



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

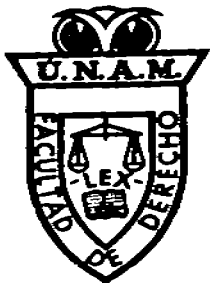
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

“LA MATERNIDAD SUBROGADA FRENTE A
LA PROBLEMÁTICA DE LA FILIACIÓN.”

T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

RANULFO GONZALEZ GONZALEZ



ASESOR: DR. JOSE DE JESUS LOPEZ MONROY

MEXICO, D. F.





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMENARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO SEMCIV/2/12/05/70

ASUNTO: Aprobación de Tesis

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

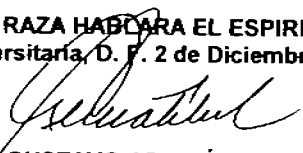
El alumno **RANULFO GONZÁLEZ GONZÁLEZ**, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad del Dr. José de Jesús López Monroy, la tesis denominada **"LA MATERNIDAD SUBROGADA FRENTE A LA PROBLEMÁTICA DE LA FILIACIÓN"** y que consta de 168 fojas útiles.

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

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

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLO EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F. 2 de Diciembre de 2005



LIC. LUIS GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS
Director del Seminario

LGAS'egr.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Ranulfo González González

FECHA: 04/04/2006

FIRMA: 

México D. F., a 6 de octubre del 2005.

MAESTRO GUSTAVO ARRATIBEL SALAS.

Director del Seminario de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad Nacional Autónoma de México

El alumno RANULFO GONZÁLEZ GONZÁLEZ ha concluido su trabajo denominado "LA MATERNIDAD SUBROGADA FRENTE A LA PROBLEMÁTICA DE LA FILIACIÓN" que considero satisface los requisitos reglamentarios para presentarlo como tesis para optar el grado de Licenciado en Derecho.

El alumno sustenta su tesis con estudios de los más importantes doctrinarios del Derecho Civil. Así mismo es novedoso el manejo que hace sobre los aspectos anatómicos, fisiológicos y en general científicos que vienen en soporte a su tesis. La vinculación que hace al problema de la maternidad subrogada con los temas de la filiación coloca a la altura de los avances de las Legislaciones Españolas y Francesas le permite al alumno un análisis jurídico de la Legislación Civil dictada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y si bien la solución que plantea el sustentante es bastante sencilla considero que esta muy de acuerdo con una Deontología Jurídica y con una madurez de los habitantes de la Ciudad de México.

Por todas estas razones en mi carácter de asesor de tesis del alumno Ranulfo González González me permito aprobar el trabajo compuesto de cuatro capítulos, conclusiones y bibliografía.

Aprovecho la oportunidad para repetirme su servidor y amigo.



DR. JOSE DE JESÚS LOPEZ MONROY.

A MIS PADRES:

Sr. RANULFO GONZÁLEZ HERNÁNDEZ.
Sra. ELVIA GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

Por darme la vida y hacer de ésta un momento
lleno de alegría. Porque: ¿Qué no haría un
Padre por sus hijos sino hasta darle la vida?
Con admiración y respeto.

A MIS HERMANAS:

MIREYA, ROSA EVELIA, ANGÉLICA,
BLANCA ESTELA, DALILA Y MIRIAM.

Porque con ustedes no estoy solo.
Gracias por su apoyo incondicional.

A MIS CUÑADOS Y MIS SOBRINOS

ADAN, ÁNGEL,
MIREYA, ADAN Y DIEGO.

Por compartir junto conmigo tan anhelado
sueño que hoy se vuelve realidad.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO Y A LA FACULTAD DE DERECHO.

Por haberme permitido formar parte de la familia
Universitaria y por haberme arropado en sus aulas
durante mi formación académica. Para mí, mi
segunda Filiación.

AL DOCTOR JOSÉ DE JESÚS LOPEZ MONROY.

Con el eterno agradecimiento por su atenta, desinteresada dirección y revisión del presente estudio y por el orgullo de haberme permitido ser discípulo suyo. Gracias maestro.

A MIS FAMILIARES Y AMIGOS:

Por todos los momentos felices que
juntos pasamos y que han hecho más
ligero el camino.

IN MEMÓRIAM:

LIC. ADALBERTO BRAULIO HERNÁNDEZ CHAPA

Por haberme infundado a tan corta edad el
Amor por el Derecho y la familia. Gracias.

CAPÍTULO TERCERO
LA MATERNIDAD SUBROGADA FRENTE A LA
PROBLEMÁTICA DE LA FILIACIÓN

3.1.-NORMATIVIDAD APLICABLE A LA MATERNIDAD SUBROGADA.	92
3.1.1.-EL DERECHO A LA PROCREACIÓN COMO DERECHO.	93
HUMANO Y COMO GARANTÍA INDIVIDUAL	
3.1.2.-CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	107
3.1.3.-LA LEY GENERAL DE SALUD Y SUS REGLAMENTOS.	110
3.2.- PROBLEMAS QUE PLANTEA LA MATERNIDAD SUBROGADA.	116
3.2.1.- PROBLEMAS DE TIPO CIVIL.	116
3.2.2.-PROBLEMAS DE TIPO PENAL.	118
3.3.-EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.	121
3.3.1.-CONCEPTO DE CONTRATO.	121
3.3.1.1.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA.	122
3.3.1.2.- REQUISITOS DE VALIDEZ.	127
3.4.- ¿EL CONTRATO COMO BASE JURÍDICA PARA DETERMINAR.	
LA FILIACIÓN?	133
3.5.-REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL.	140
CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE TABASCO	
3.6.-PROBLEMÁTICA PARA DETERMINAR LA FILIACIÓN.	149
DERIVADA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	

CAPÍTULO CUARTO
PROPUESTA PARA REGULAR LA FILIACIÓN
DERIVADA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

4.1.- PROPUESTA PARA AGREGAR UNA FRACCIÓN AL ARTÍCULO.	155
324 DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL	
4.2.-PROPUESTA PARA AGREGAR EL ARTÍCULO 340 BIS AL CÓDIGO.	156
CIVILVIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.	
4.3.-PROPUESTA PARA MODIFICAR EL ARTÍCULO 370 DEL CÓDIGO.	156
CIVILVIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL	
4.4.-JUSTIFICACIÓN DE LAS PROPUESTAS CITADAS.	157
CONCLUSIONES.	159
BIBLIOGRAFIA.	163

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia el ser humano siempre ha buscado la manera de comprender su alrededor, es así como se pregunta: ¿Que hay en el espacio? ¿Cómo es que suceden ciertos fenómenos?, preguntas a las cuales no se escapado el tema de la reproducción humana.

En la actualidad, mucho se ha hablado y escrito sobre el tema de los avances en las ciencias médicas y particularmente en el desarrollo y perfeccionamiento de las llamadas "Técnicas de reproducción humana artificial"; tema que hasta hace más de una década comienza a tener gran importancia debido al aumento del empleo de éstas técnicas. Es así como comienza su estudio; pero la mayoría de los trabajos solamente se enfocaban al estudio de la inseminación artificial ya fuere homóloga o heteróloga y a la fecundación o fertilización in Vitro sin hacer referencia a las nuevas técnicas que surgieron al irse perfeccionando la fecundación in Vitro tales como lo es la llamada "Maternidad Subrogada; practica todavía poco vista pero muy criticable por la mayoría de los juristas debido a la mecánica que encierra, siendo considerada generalmente como algo inconcebible o diabólico por lo cual es tachada rotundamente sin que nadie tome en cuenta el fin altruista, de solidaridad que es la esencia de ésta técnica; técnica que no es fácil de estudiar ya que hay muy pocos argumentos que la sustenten más sin embargo como lo iré desarrollando, considero que pueden tomarse en cuenta para permitir la práctica de ésta técnica, la cual debe ser analizada desde diversos puntos de vista tales como éticos, médicos,

II

sociales, culturales, filosóficos y principalmente jurídicos por los problemas que acarrea su práctica y por los derechos involucrados principalmente en el ámbito del derecho familiar en cuanto a la institución de la relación paterno – filial que con la realización de la maternidad subrogada se crea un conflicto para determinar con precisión a quien se le debe reconocer el vínculo filial del niño que nazca de esa técnica.

Así pues, en el primer Capítulo comenzamos señalando una serie de conceptos que nos servirán para tener un conocimiento claro de lo que consiste la maternidad subrogada así como su relación con otros conceptos jurídicos que se ven afectados con dicha técnica. En un primer punto definimos lo que es la maternidad señalando que es: "la relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre", también señalamos que el vocablo subrogar significa "sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra"; esto nos servirá para considerar que la maternidad subrogada: "es aquella técnica en la cual una mujer que se considerará como madre subrogada acepta le sea implantado un óvulo fecundado proveniente de la pareja solicitante para que lo gestee y cuando nazca el niño lo entregue a la pareja solicitante"

También hacemos referencia a una serie de instituciones jurídicas que en el desarrollo del presente trabajo se verán confrontadas con la maternidad subrogada, tales como la institución de la Filiación de la cual podemos señalar por ahora: "es el vínculo o relación jurídica que existe entre los padres y sus hijos, que crea una serie de derechos y obligaciones entre generantes y generados.

Tampoco podemos dejar de hablar en nuestro estudio de la familia la cual sigue siendo una de las instituciones de mayor importancia y trascendencia en el mundo del derecho toda vez que sigue siendo el elemento idóneo donde la persona puede desarrollarse para integrarse a la sociedad, así pues, a un lado de la familia tenemos al matrimonio el cual como institución jurídica dota de estabilidad y permanencia a la familia estableciendo una serie de derechos y deberes entre los cónyuges y entre éstos para con sus hijos, siendo uno de ellos el vínculo filial que debe existir entre generantes y generados; vínculo que debe ser bien establecido para tener seguridad jurídica respecto al estado civil de las personas (padres- hijos) ya que de ello se desprenderán una serie de derechos que son de vital importancia para la persona.

En éste primer Capítulo también abordamos únicamente el concepto del llamado "Contrato de maternidad subrogada" y dejamos su estudio para un próximo Capítulo.

Como el estudio de la maternidad subrogada implica tener un correcto conocimiento de los problemas por los cuales surge la necesidad de realizar ésta práctica, tenemos sin ser especialistas en medicina y tal vez abusando de nuestra falta de conocimiento en dicha materia, nos avocamos al estudio de la fisiología de la reproducción humana para poder comprender cuáles son las causas que hacen que las personas presenten problemas relacionados con su capacidad procreadora y por tanto recurran al avance de los conocimientos científicos para tratar de encontrar un remedio a esos problemas que presentan; es así como distinguimos entre los conceptos de esterilidad e infertilidad toda vez que en muchos casos erróneamente se les considera como sinónimos cuando en la realidad no es así; en

éste sentido establecemos que la esterilidad es "la incapacidad para poder concebir" mientras que la infertilidad "es la imposibilidad para llevar a buen término un embarazo."

Finalmente en éste Capítulo nos avocamos al estudio de las llamadas técnicas de reproducción asistida e indicamos desde ahora que deben verse como un medio para remediar problemas relacionados con la esterilidad e infertilidad y no como un sistema aleatorio de procreación; por ello estudiamos la inseminación artificial en sus variantes, la fecundación in Vitro y otras técnicas que se derivan de ésta, tales como la Transferencia Intratubárica de gametos y la propia maternidad subrogada; en cada una de ellas señalamos en qué consiste la técnica y cuales son las causas orgánicas por las que se recurre a ellas.

Por su parte, en el Capítulo segundo establecemos el marco jurídico de la Filiación y hacemos un estudio comparativo entre las legislaciones Española, Francesa y la Mexicana con el objeto de analizar la manera en la que es regulada la filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida y en particular lo existente en dicha materia filiatoria con respecto a la maternidad subrogada, lo cual nos permitirá estar en posibilidad de tener un amplio conocimiento de la tendencia legislativa y la forma en la que han resuelto el problema de la filiación derivada de la maternidad subrogada y también sobre el reconocimiento de la existencia o no del llamado "Contrato de maternidad subrogada".

En el Capítulo tercero, abordaremos el tema central de esta tesis que consiste en el estudio de la maternidad subrogada y su problemática frente a la figura jurídica de la Filiación.

Así pues, para poder comenzar con el estudio de la maternidad subrogada tendremos que ver de donde nace esa posibilidad de acceder a dicha técnica, determinando cual es la normatividad aplicable a esta figura jurídica y para ello nos referiremos a los derechos humanos vistos como Garantías individuales contenidos en el texto Constitucional, por ello tendremos que analizar diversos artículos de nuestra Constitución pero principalmente el artículo Cuarto Constitucional para ver si existe un derecho a la procreación, analizando por lo tanto el párrafo segundo de dicho artículo Cuarto Constitucional que establece que: *" toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos"* así pues tras el análisis de dicho párrafo estaremos en la posibilidad de ir determinando el sustento legal de la maternidad subrogada; haremos igualmente referencia al Código Civil vigente para el Distrito Federal y a la Ley General de Salud y su respectivo Reglamento en materia de investigación para la Salud para ver lo existente hasta el momento sobre el tema ya que aunque en forma incipiente ya se ha legislado un poco sobre éstas técnicas; es así que en el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la Salud, se reconoce en su artículo 40 a la inseminación artificial y a la fecundación o fertilización in Vitro como técnicas de procreación asistida y si nos apegamos a la doctrina médica de la fecundación in Vitro se deriva la maternidad subrogada por lo cual podemos establecer que implícitamente al menos médicamente si esta regulada y aunque se

le considere como algo aborrecedor por su mecánica, con el tiempo a pesar de estigmas e ignorancias puede ser la solución a problemas de esterilidad o infertilidad y su desarrollo puede extenderse en nuestro país.

Con el objeto de analizar si en verdad podemos hablar de un contrato de maternidad subrogada, aplicaremos la teoría general del contrato para ir analizando si éste llamado "Contrato de maternidad subrogada" existe en el mundo jurídico y su consiguiente validez o invalidez; ello con el objeto de establecer en dicho caso cual sería la base para determinar la filiación derivada de la maternidad subrogada.

Con el objeto de apoyar nuestro trabajo, haremos referencia a la regulación que ya existe en un Estado de nuestro país el cual ya regula la filiación derivada del empleo de la maternidad subrogada lo cual nos indica que con el tiempo el uso de ésta técnica puede extenderse en todo el país con la regulación expresamente establecida para esos casos, dotando así de seguridad jurídica sobre el verdadero estado civil de las personas.

También haremos referencia al Código Civil para el Distrito Federal que ya establece algunas disposiciones en materia de filiación derivada de la fecundación asistida pero como veremos, al aplicar las disposiciones actuales a un problema derivado de la filiación en el caso de la maternidad subrogada surgen una serie de problemas que deben resolverse regulando expresamente ésta figura y sus consecuencias en el ámbito de la relación paterno – filial; problemas que van desde el ámbito civil, penal etc. que iremos describiendo para concluir y proponer que es

VII

necesario regular expresamente la filiación derivada de la aplicación de la maternidad subrogada, reconociendo dicho vínculo filial a los padres solicitantes de la técnica. Quedando nuestra propuesta a la más amplia consideración de quien la lea.

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTOS GENERALES

1.1.- CONCEPTO DE MATERNIDAD SUBROGADA

La novedad de las técnicas de reproducción humana asistida, una de cuyas proyecciones es la llamada maternidad subrogada o sustituta, ha suscitado un sinnúmero de polémicas a nivel mundial atento a los derechos en juego y fundamentalmente en cuanto a lo que concierne a la persona y su dignidad.

La ciencia médica define a la maternidad como: "la relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre y se distingue de la maternidad gestacional la cual consiste en la relación que se establece por quien ha llevado a cabo la gestación."¹

Por lo que respecta al vocablo "subrogar" significa sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra, es decir podríamos hablar de un reemplazo de una persona o un objeto que cumplen una función y que por algún motivo son desplazados y suplantados por otros que llevarán a cabo la tarea asignada a los primeros.

"El término subrogación en cualquier caso evoca la idea de una sustitución, la cual puede ser de una cosa por otra o de una persona por otra"²

¹ DICCIONARIO DE MEDICINA, Facultad de Medicina de la Universidad de Navarra, editorial Espasa Calpe S.A., Madrid, 1999, P.786.

² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, 1ª edición, editorial Porrúa, México 2003, P. 1059.

El tratadista Zannoni dice: " 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 a 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, entregarán gratuitamente o por un precio al matrimonio constituido por el dador del semen y su esposa"³

Por su parte el maestro Jaime Vidal Martínez señala: "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 tal que la esposa del padre pueda adoptarlo."⁴

"La 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 sustituta o subrogada dos 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 que en

³ ZANNONI Eduardo A. Derecho Civil. Derecho de Familia, tomo 2, 5ª edición, editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1998, P. 490.

⁴ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del derecho español, editorial Civitas, Madrid, 1988 P. 180.

éste supuesto serían de la pareja que ha encargado la gestación o bien de donantes anónimos; con el compromiso de entregar al niño una vez que se haya dado el alumbramiento a quien ha encargado o contratado la gestación.

b) La mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante inseminación con espermatozoide de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo, después de nacer a quien ha encargado o contratado la gestación.⁵

De las definiciones anteriores podemos observar que la maternidad subrogada puede desarrollarse con las siguientes variantes:

1.-La pareja comitente aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre subrogada recibe el embrión en su útero únicamente con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.

2.-La madre subrogada además de llevar a cabo el embarazo, colabora aportando el material genético, el cual podrá ser inseminado con espermatozoide del hombre de la pareja comitente; siendo ésta situación, desde mi punto de vista algo que no es acorde con la verdadera maternidad subrogada ya que considero que únicamente se puede hablar de maternidad subrogada cuando la mujer que no gesta es quien aporta el óvulo o bien éste es obtenido de un donante; de forma que lo que la madre subrogada hace es únicamente gestar al niño. Pero en éste supuesto la llamada madre subrogada es en realidad la madre del niño ya que ella misma es quien aporta el óvulo y desde mi punto de vista en éste supuesto nos encontramos más bien ante

⁵ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, Filiación y Delito, editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1990, P. 318.

una hipótesis de Inseminación artificial con semen de donante conocido (el cual sería el esposo de la pareja contratante) y como señala Miguel Ángel Soto Lamadrid citando a el tratadista Zannoni : "la maternidad subrogada o maternidad sustituida se da en el primer caso, ya que en el segundo, la mujer inseminada es genéticamente la madre del hijo concebido, pues es ella quien aporta el óvulo que es fecundado con esperma ajeno . En cambio, la verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, esto es; que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación"⁶

3.- El material genético es aportado por individuos (ambos o solo uno de ellos) ajenos a la pareja comitente y la madre subrogada únicamente lleva a cabo la gestación y el nacimiento.

En cuanto a la terminología aplicada a la maternidad subrogada, debemos decir que esta es confusamente variada y aunque el problema auténtico no es el terminológico sino el jurídico debemos señalar que en el derecho comparado se les ha denominado de diferente manera: " surrogate mother" (madre subrogante) en los Estados Unidos, " mere porteuse o mere de substitution" (madre portadora) en Francia, otros hablan de maternidad subrogada o sustituta, alquiler de vientre o de útero, maternidad portadora, madre gestante o gestación por cuenta de otro, todos ellos para referirse al tema que analizamos del cual el término "Maternidad subrogada " es el más conocido para referirse a ésta técnica de procreación asistida que debemos entenderla únicamente en los supuestos en los que la madre subrogada únicamente va a gestar al niño.

⁶ IBIDEM P. 316

1.2.- CONCEPTO DE FILIACIÓN

La palabra filiación proviene del latín *FILIUS* y significa hijo y se refiere a "el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia"⁷

Señala al respecto el maestro José Castan Tobeñas que se entiende por filiación: "La relación de paternidad y filiación es la que se da entre padres e hijos, o sea entre generantes y generados. Constituya la filiación un hecho natural, ya que esta basada en la procreación, y en un hecho jurídico, puesto que produce consecuencias jurídicas; pero como advierte Cicu, si en cuanto hecho natural la filiación se da siempre en todas las personas, pues todo individuo es hijo de un padre y de una madre, como derecho jurídico la filiación no siempre existe."⁸

El maestro Rafael Regina Villegas en cuanto al concepto de filiación señala: "el término filiación tiene en el derecho dos connotaciones. Una amplísima que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc. sino también en la línea descendente para tomar como punto de relación a los hijos, nietos, Bisnietos etc. Por filiación se entiende, en una connotación estricta: la relación de

⁷ ZANNONI Eduardo A. Op. Cit. P.491.

⁸ CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español Común y Foral, tomo V, Vol. II Relaciones Paterno Filiales y Tutelares, 10ª edición, editorial Reus S.A., Madrid, 1997, P.11.

derecho que existe entre el progenitor y el hijo.⁹

El Código Civil, vigente para el Distrito Federal, en su artículo 338 señala que "la filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo..."

La filiación como una de las instituciones más importantes del derecho de familia, crea un estado jurídico entre generantes y generados; sus fuentes son el hecho natural de la procreación y excepcionalmente la adopción; por ello la filiación esta relacionada con el concepto jurídico de parentesco consanguíneo el cual se establece respecto de las personas que descienden unas de otras, es decir, que provienen de un progenitor o tronco común; por ello "la filiación como estado jurídico, reconoce su relación y antecedente en los hechos jurídicos de la concepción, gestación y nacimiento, que son hechos biológicos que el derecho toma en cuenta para crear entre procreantes y procreados una serie de relaciones jurídicas recíprocas y complementarias de deberes, derechos y obligaciones."¹⁰

1.3.- EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

En éste apartado únicamente daremos una definición del contrato de maternidad subrogada ya que en el capítulo tercero analizaremos a fondo si en verdad es o no un contrato y su consecuente validez o invalidez.

⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, tomo I Introducción, Personas y Familia, 28ª edición, editorial Porrúa S.A., México, 1998, P. 451.

¹⁰ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, 4ª edición, editorial Porrúa, 2001, P. 19

Podemos definir al Contrato de maternidad subrogada como: "el acuerdo de voluntades por el cual una pareja (o una persona sola) contrata con una mujer para que a ésta se le implante el embrión humano en la matriz y lo desarrolle hasta su nacimiento de modo que a posteriori lo entregue a la pareja solicitante."¹¹

En cuanto a las características del contrato de maternidad subrogada se establecen las siguientes:

- 1.- La existencia de un acuerdo o contrato entre un matrimonio o pareja y una mujer fértil (madre subrogada) para que ésta procee y de a luz a una criatura.
- 2.- Obligación de la madre subrogada de aceptar la implantación de un embrión formado por fecundación in Vitro, con gametos de la pareja contratante o con la aportación de un gameto de un miembro de la pareja contratante y el otro gameto proveniente de un donante o de donantes ambos elementos genéticos.
- 3.- Puede ser a título gratuito en cuyo caso únicamente se costearán todos los gastos que fueren necesarios para llevar a buen término el nacimiento de la criatura, o bien puede haber la percepción de un beneficio económico por parte de la madre subrogada.
- 4.- Una vez que se de el nacimiento, la madre subrogada se compromete a renunciar al vínculo filial respecto al niño que ha parido y a entregar al niño.
- 5.- Compromiso por parte de la pareja contratante de recibir al niño como hijo suyo.

¹¹ IBIDEM, p. 74.

1.4.- CONCEPTO DE FAMILIA

La familia, una de las más antiguas instituciones humanas, constituye el elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad. A través de ella la comunidad se provee no solo de sus miembros sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde.

Se ha definido a la familia como la célula social, es decir, el grupo humano más elemental, sobre el que descansa la organización de las sociedades modernas. El hombre nace perteneciendo a una familia y su desarrollo, sobre todo en los primeros años que exigen una permanente atención y cuidados hasta que alcance su desarrollo que le permita integrarse a la comunidad, lo realiza al amparo de la misma.

La palabra familia procede de la voz "*famulia*" derivada de "*famulus*", que a su vez procede del osco "*famef*", que significa siervo, y más remotamente del sánscrito "*vama*", que significa hogar o habitación, por consiguiente debemos entender por familia "el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa"¹²

Por su parte, el maestro Ignacio Galindo Garfias, señala al respecto: "la familia es el conjunto de personas, en un sentido amplio (parientes) que proceden de un

¹² CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español Común y Foral, tomo V, Vol. I Derecho de Familia, 10ª edición, editorial Reus S.A., Madrid, 1997, P. 25.

progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil).¹³

Para Baqueiro Rojas la familia se define desde tres puntos de vista que son: el biológico, sociológico y jurídico, y así nos dice: " desde el punto de vista biológico deberá entenderse por familia el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación; en un enfoque social la familia es una institución formada por los miembros vinculados por lazos consanguíneos y los individuos unidos a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda; y jurídicamente familia, es aquella que atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidas como parentesco y a los que la ley reconoce ciertos efectos; esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros"¹⁴

El Código Familiar del estado de Hidalgo en su artículo primero define a la familia como: "una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico, del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad."

En cuanto a la maternidad subrogada, la pareja contratante lo que busca es lograr su propia descendencia para tener precisamente una familia y en éste caso podría recurrir a mujeres de su familia para que con esos lazos de solidaridad los ayudaran.

¹³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso, parte general. Personas, familia, 17ª edición, editorial Porrúa S.A., México, 1998, P. 447.

¹⁴ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUEN ROSTRO BAEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones, editorial Harla, México 1990, P. 8.

1.5.- CONCEPTO DE MATRIMONIO

La familia ha sido considerada como la célula social, esto es, que es la organización más pequeña que forma la sociedad; ahora bien, la familia en la sociedad actual se origina en el matrimonio, de ahí que la duración y la estabilidad de la familia depende de la estabilidad del matrimonio, es decir, si la unión del hombre y la mujer es estable o permanente, la familia podrá cumplir las funciones sociales que le están reservadas ya que de lo contrario le será difícil cumplir dichas funciones debido a que la inestabilidad del matrimonio trae como consecuencia la desadaptación de la pareja, la pérdida de la comunicación de los miembros de la familia y finalmente la disolución del vínculo matrimonial lo cual podría darse ante la imposibilidad de la pareja para poder procrear su propia descendencia.

La palabra matrimonio proviene del latín "*matrimonium*", conformada a su vez por las voces "*matris*" madre y "*monium*" carga o gravamen y se refieren a una carga, ello lo confirma el Papa Gregorio IX en sus famosas Decretales del año de 1227 que estimaba el matrimonio en función de la maternidad; sin embargo algunos autores señalan que etimológicamente proviene de las voces "*matrem*" y "*muniens*" que significan en su conjunción, defensa o protección de la madre.

Por su parte el maestro Jorge Mario Magallón señala: "el matrimonio, aún como sacramento, como contrato civil y como institución de orden público, constituye propiamente un sistema jurídico. Sistema porque estructura y organiza en abstracto

un hecho que se expresa en forma de institución, del que resulta en forma concreta un conjunto de relaciones, situaciones y estados que se conjugan en un todo, en el cual sus partes son interdependientes; no pudiendo comprender un hecho aislado de él, sin abarcar todo el conjunto y a su vez, éste no podría entenderse si no es por la suma de todas ellas*¹⁵

Para el derecho Canónico el matrimonio además de ser un sacramento es un contrato que se realiza entre un solo hombre con una sola mujer y tiene por objeto crear un derecho perpetuo y exclusivo sobre los cuerpos, que ambos contrayentes se otorgan recíprocamente en orden a la procreación y perpetuación de la especie. Así pues, el Código Canónico en su canon 1055 señala que el matrimonio es: "la alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo nuestro señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.*¹⁶

Así pues, desde el punto de vista religioso el matrimonio es un sacramento por ser un signo sagrado y eficiente de la gracia y su objeto es ser fuente de utilidad y salud pública ya que además de servir para la propagación de la especie, contribuye a hacer dichosa y feliz la vida de los cónyuges. Es al mismo tiempo un medio eficaz para la educación de los hijos, controla el ejercicio de la patria potestad ya que promueve en los hijos el respeto y obediencia a los padres para hacer una

¹⁵ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil, editorial Porrúa, México, 1988, Págs. 104,105.

¹⁶ IBIDEM. p. 118.

convivencia armoniosa, en la que exista una identidad derivada del vínculo sanguíneo que une a los miembros de la familia.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal define al matrimonio en su artículo 146 diciendo que: *"es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que la ley exige."*

El Código Familiar del estado de Hidalgo señala en su artículo 11 que el matrimonio es: *"una institución social y permanente, por la cual se establece la unión jurídica de un solo hombre y una sola mujer, que con igualdad de derechos y obligaciones, originan el nacimiento y estabilidad de una familia, así como la realización de una comunidad de vida plena y responsable."*

En la actualidad, no puede desconocerse que el matrimonio es la forma legal y moral de formar una familia, al que la ley provee de seguridad jurídica creando derechos y deberes entre los cónyuges y entre éstos y sus hijos; "de ahí que la filiación está fundada y cimentada en el matrimonio y con base en la unión conyugal produce sus más amplios efectos, pero no puede desconocerse que también esta cimentada en la relación natural derivada de los hijos nacidos fuera de matrimonio."¹⁷

¹⁷ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit. Págs. 17, 18.

Ahora bien, una vez que se ha celebrado el matrimonio, la ley establece derechos y deberes para los cónyuges, los cuales se encuentran regulados en el Código Civil vigente para el Distrito Federal en su libro primero, título quinto, capítulo tercero estableciéndose que una vez celebrado el matrimonio surgen derechos y obligaciones entre los cónyuges, siendo éstos producto de la misma naturaleza del matrimonio. "El matrimonio hace nacer derechos y obligaciones, que se dividen en dos grupos: derechos y obligaciones con relación a los hijos y derechos y obligaciones de los esposos entre sí."¹⁸

Los hijos con relación a sus padres tienen múltiples derechos dentro de los cuales el más importante para nuestro estudio es el siguiente:

- A) Derecho a llevar el apellido de sus padres, a ser reconocidos por ellos, surgiendo así el vínculo filial entre generantes y generados.** De lo anterior observamos como los hijos refiriéndonos a éstos como los descendientes consanguíneos tienen el derecho a ser reconocidos y a llevar el apellido de sus padres con lo cual la norma jurídica protege y conserva ese vínculo filial que todo ser humano posee.
- B) Derecho a recibir alimentos de conformidad con lo que señala la norma jurídica.
- C) Derecho a ser respetados y protegidos por sus padres en el ejercicio de la patria potestad, viviendo en un ambiente adecuado.
- D) Derecho a recibir la porción hereditaria que les corresponda.

¹⁸ MOTO SALAZAR, Efraín. MOTO, José Miguel. Elementos de Derecho, 44ª edición, editorial Porrúa, 1998, P. 168.

En cuanto a los cónyuges, la norma jurídica ha creado un sistema que dota de igualdad a éstos en cuanto a los derechos y obligaciones que tienen tanto para con los hijos como entre ellos. "Los derechos y deberes derivados de la relación matrimonial son aquí especialmente recíprocos porque incumben y corresponden a ambos cónyuges, a quienes se estima en situación de paridad, tienen un carácter marcadamente ético, porque se confía al sentimiento y la conciencia íntima el cumplimiento de tales deberes." ¹⁹

Los cónyuges tienen los siguientes derechos y obligaciones:

A) Contribuir a los fines del matrimonio (procreación de la especie, a socorrerse mutuamente y a guardarse mutua fidelidad). Este principio, hasta antes de la reforma al Código Civil para el Distrito Federal y para Toda la República en materia federal en donde se separan las materias y surge el actual Código Civil para el Distrito Federal, estableciéndose en éste Código *"que el matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua CON LA POSIBILIDAD DE PROCREAR HIJOS..."* es decir se hace a un lado el principio anterior el cual decía que uno de los fines del matrimonio era la procreación de la especie; reforma que considero tomó en cuenta el problema del crecimiento demográfico en las últimas décadas. Sin embargo al tratar de controlar dicho crecimiento surge otro problema ya que las personas buscan métodos para la planificación familiar que en uso excesivo llevan a problemas de esterilidad o infertilidad y es ahí donde éstas parejas pueden recurrir a

¹⁹ RUGGIERO DE, Roberto. Instituciones de Derecho Civil, tomo II, Vol. 2, editorial Reus, Madrid, España, 1944, P. 113.

las técnicas de reproducción asistida de las cuales deriva la maternidad subrogada para lograr tener su propia descendencia que sigue siendo un fin primordial del matrimonio para la existencia del hombre.

B) Vivir juntos en el domicilio conyugal. Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal, dicho domicilio será establecido de común acuerdo y en él ambos cónyuges disfrutarán de autoridad propia y consideraciones iguales. Los tribunales, con conocimiento de causa podrán eximir de esta obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social; o que se establezca en lugar que ponga en riesgo su salud o integridad.

C) Contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, pudiendo distribuirse las cargas en la forma y proporción que al respecto acuerden y de conformidad con sus aptitudes y posibilidades. Al respecto los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges y totalmente independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar. En cuanto al trabajo, se establece que podrán dedicarse al ejercicio de cualquier actividad económica que sea lícita y se establece que el trabajo doméstico será considerado como contribución económica al sostenimiento del hogar.

D) El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo que deberán resolver de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. De éste derecho de igualdad es importante destacar que considerando

el derecho que tienen los cónyuges a lograr su propia descendencia, en el caso de que recurran a las técnicas de reproducción asistida, tal decisión deberá ser tomada por ambos cónyuges.

E) El marido y la mujer mayores de edad tienen plena capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y a ejercitar los derechos que tengan con relación a ellos, sin que para ello necesiten el consentimiento de su otro cónyuge, salvo lo que se estipule en las capitulaciones matrimoniales sobre la administración de los bienes; en las cuales al momento de celebrar el matrimonio, los cónyuges deben establecer a qué régimen matrimonial van a quedar sujetos los bienes que lleven al matrimonio o que puedan adquirir dentro de él.

1.6.- FISIOLÓGIA DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA Y LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

La reproducción del ser humano ha sido un tema en el cual el hombre ha enfocado numerosos estudios a lo largo de su historia, el tema de la reproducción es tan antiguo que encontramos pasajes bíblicos en los cuales se habla de la importancia de la procreación y perpetuación de la prole; así en el capítulo 30 del Génesis se narra que *"cuando Raquel vio que no daba hijos a Jacob, tuvo envidia de su hermana Lea y dijo a Jacob desesperada: ¡dame hijos, que si no me muero...!*, de éste pasaje, lo trascendental radica en constatar que desde la antigüedad se daba gran importancia a la fertilidad y se advierte un gran rechazo a esas mujeres que como Raquel sintieron ese sentimiento de amargura y frustración que hasta ahora es el mismo que agobia a las parejas que quieren y no pueden tener su propia

descendencia en la forma natural, sin embargo ahora la ciencia médica abre una esperanza con las técnicas de reproducción asistida.

Todo ser humano lleva en su esencia. El afán de trascender, de marcar su paso por el mundo, de vencer en cierta forma a la muerte; este afán se logra, íntegramente a través de los hijos, por ello la procreación humana no constituye un simple acto de reproducción instintiva como sucede con los animales, sino es la confirmación de nuestra trascendencia, de que podemos crear vida y a través de ella prolongar la nuestra.

Hasta finales del siglo pasado, la reproducción humana se realizaba en la forma natural, es decir mediante la relación sexual que daba origen a la concepción y nacimiento de un nuevo ser, sin embargo; aquellas parejas que por alguna circunstancia no podían reproducirse, no tenían ninguna otra opción para lograr tener su descendencia; en cambio, en la actualidad con los avances científicos y en especial con el desarrollo y mayor perfeccionamiento de las técnicas de reproducción asistida, se busca ayudar a aquellas parejas que por una u otra razón, anatómica o funcional, no han podido lograr tener su propia descendencia; con lo cual el ser humano comparte con Dios el misterio de la vida que debe realizarse tomando en cuenta principios éticos, médicos, sociales, culturales, jurídicos porque involucran al mismo hombre en su existencia. Sin duda, es una actividad lícita moralmente por cuanto lo que persigue es el bien, la felicidad de otros. Aquí encuentra la ciencia médica la oportunidad de demostrar su papel de defensora de la pareja conyugal y de la sociedad, como que lo buscado va a favorecerlas a ambas: a aquélla,

propiciando su descendencia; a ésta, dándole validez y sentido a la familia, que es su núcleo social primario.

1.6.1. - CONCEPTO DE ESTERILIDAD

"Se define a la esterilidad como una enfermedad o consecuencia de una enfermedad con componentes físicos, psíquicos e incluso sociales. Consiste en la incapacidad para concebir."²⁰

La Real Academia Española de la Lengua define a la esterilidad como la falta de aptitud de fecundar en el macho y de concebir en la hembra, con lo que la hace sinónimo de infertilidad. Pero la definición médica incluye el elemento tiempo: "La American Fertility Society considera estéril a la pareja que no consigue embarazos tras un año de coitos normales sin métodos anticonceptivos"²¹ sin embargo el Comité de Nomenclatura de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO) y la Sociedad Europea de Reproducción no consideran que una pareja sea estéril hasta que no hayan transcurrido dos años de relaciones sexuales regulares con finalidad procreadora.

Se considera esterilidad primaria o absoluta cuando afecta a las parejas que nunca han conseguido una gestación y secundaria cuando tras una gestación han

²⁰ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. La Fecundación in Vitro y la Filiación, editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, P.31.

²¹ VANRELL, Joan Antoni. CALAF, Jaquim. et. al. Fertilidad y Esterilidad humanas, tomo II, 2ª edición, editorial Masson, S. A. Barcelona 1999, P. 1

pasado uno o dos años sin conseguir un nuevo embarazo.

La Norma Oficial Mexicana de los servicios de planificación familiar (NOM 005-SSA2-1993) señala que por esterilidad debe entenderse la incapacidad que presenta un individuo, hombre o mujer o ambos integrantes de la pareja, en edad fértil, para lograr un embarazo por medios naturales, después de un periodo mínimo de 12 meses de exposición regular al coito, sin uso de métodos anticonceptivos.

En la actualidad, los problemas relacionados con la esterilidad y la infertilidad se han acentuado más debido a múltiples factores como:

- A) El stress a que están sometidos los individuos por las condiciones de vida en la actualidad.
- B) El aumento de enfermedades de transmisión sexual.
- C) El uso de dispositivos intrauterinos y los efectos secundarios de algunos anticonceptivos
- D) Las complicaciones surgidas tras la práctica de abortos provocados.
- E) La tendencia actual de muchas parejas para retrasar su primer embarazo, debido en muchos casos a la inserción de la mujer en el ámbito laboral.
- F) El abuso del alcohol, el tabaco y las drogas.

1.6.2.-CONCEPTO DE INFERTILIDAD

Es importante distinguir la infertilidad de la esterilidad ya que para nuestro estudio sobre la maternidad subrogada es importantísimo saber en que casos se presenta la esterilidad y en cuales o en que consiste la infertilidad ya que muchas veces se le concibe como términos para referirse a los problemas que se presentan por la ausencia de embarazo en la pareja lo cual es erróneo en cierta medida ; sin embargo la medicina señala que "llamamos estéril a la pareja que no concibe e infértil a la que aborta repetidamente o no llega a gestaciones viables, es decir, es la imposibilidad de llevar a término el producto concebido"²²

Otros autores señalan al respecto: "desde el punto de vista médico cabe diferenciar el concepto esterilidad, que indica imposibilidad de efectuarse la fecundación, e indica que esta alteración es irreversible, el de infertilidad, que expresa la imposibilidad de tener hijos vivos, siendo posible la fecundación y por tanto, el desarrollo del embrión o feto (equivale a esterilidad relativa)"²³

La Norma Oficial Mexicana de los servicios de planificación familiar (NOM 005-SSA2-1993) señala que por infertilidad debe entenderse la incapacidad de la pareja o del individuo (mujer) para poder llevar a término la gestación con un producto vivo después de dos años de exposición regular al coito, sin uso de métodos anticonceptivos.

²² IDEM

²³ LOYARTE, Dolores. ROTONDA E. Adriana. Procreación Humana Artificial: Un desafío Bioético, editorial Desalma, Buenos Aires Argentina, 1995, P. 85.

Aunque el problema de la superpoblación es un tema mucho más apremiante que los trastornos de la reproducción, no por ello deja de ser una preocupación creciente para la sociedad. En la actualidad, la infertilidad constituye un problema que afecta a ambos miembros de la pareja, aunque uno solo de ellos sea el que presente el problema, es sin duda un problema con repercusión social que llega a afectar no sólo el rendimiento laboral e intelectual del ser humano sino también la integridad de la familia y las relaciones interpersonales de la pareja y consecuentemente, su salud mental y física, si tenemos en cuenta la definición de salud dada por la O. M. S.: "es un estado de perfecto bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad."

CAUSAS DE LA INFERTILIDAD

La infertilidad humana puede ser originada por diversas causas tales como:

A) CAUSAS FEMENINAS: La infertilidad en la mujer puede presentarse por problemas del aparato reproductor, es decir por problemas en los ovarios, trompas de Falopio, útero o vagina.

1.- CAUSAS OVARICAS: Encontramos principalmente problemas por la ausencia o carencia de gónadas, por anomalías en el proceso de ovulación o bien por la producción de bajos niveles de progesterona lo cual crea un estado inapropiado en la mucosa uterina o bien crea un periodo breve y consecuentemente aunque el óvulo sea expulsado a las trompas de Falopio muere ya sea que haya sido fecundado o no.

2.- CAUSAS TUBARICAS: "El principal problema de infertilidad tubárica es la obstrucción originada por existir a nivel de las trompas un proceso inflamatorio, ya

sea de etiología infecciosa (tuberculosis, clamidia trachomatis) o no (endometriosis) bien por anomalías congénitas, iatrogénicas y cirugías de esterilización.*²⁴

3.- CAUSAS UTERINAS: Se debe principalmente a lesiones del endometrio, ya sean de tipo orgánico o funcionales, vinculadas estas últimas a trastornos ováricos; también se debe a la falta de permeabilidad congénita, vinculada con otras anomalías del aparato reproductor, también puede ser adquirida: por legrados, postabortos, sinequias uterinas, pólipos, miomas, alteraciones de la mucosa endometrial y vascularización, neoplasias, inyección intrauterina de cáusticos.

4.- CAUSAS CERVICALES: Dentro de las causas cervicales encontramos alteraciones congénitas: vinculadas con anomalías del cuerpo uterino o vagina, por posiciones anormales del útero (reposición o prolapso uterino) por alteraciones morfológicas o en las dimensiones del cuello, miomas y pólipos cervicales, cervicitis, alteraciones funcionales como trastornos hormonales o infecciosos, lesiones traumáticas como sinequias, cauterizaciones profundas, amputaciones.

5.- CAUSAS VAGINALES: Se debe principalmente a malformaciones congénitas, vaginitis intensa principalmente.

6.-CAUSAS PSIQUICAS: Los factores psíquicos pueden actuar en todo el aparato reproductor inhibiendo por ejemplo la ovulación en forma directa en el ovario, o produciendo espasmos en la vagina lo cual puede impedir el coito.

7.- OTRAS CAUSAS: También pueden presentarse factores que en forma indirecta inciden en la capacidad reproductora de la mujer, por ejemplo: enfermedades graves,

²⁴ VÁZQUEZ BENITEZ, Efraín. Medicina Reproductiva, 2ª edición, editorial El Manual moderno, México, 2003, P. 137.

obesidad o adelgazamiento extremos, alteraciones en las glándulas suprarrenales o tiroides, el uso de drogas, medicamentos etc.

B) CAUSAS MASCULINAS: Las causas que afectan al hombre se deben principalmente a problemas a nivel testicular, por anomalías en las vías excretoras, por alteraciones de las glándulas accesorias o por defectos estructurales o morfológicos de los espermatozoides.

1.- **A NIVEL TESTICULAR:** La principal alteración se debe a la inexistencia de espermatogonias por anomalías cromosómicas o bien por la destrucción de éstas por factores exógenos o por inmadurez debida a alteraciones en la nutrición, irradiaciones, drogas, cambios de temperatura significativos y persistentes en especial en algunos oficios tales como los panaderos.

2.- **ANOMALÍAS EN LAS VÍAS EXCRETORAS:** Obstrucciones a nivel del conducto deferente o epidídimo, pueden ser congénitas o infecciosas, traumáticas o por la presencia de quistes.

3.- **ALTERACIONES DE LAS GLÁNDULAS ACCESORIAS:** Se debe a infecciones localizadas en la próstata o en las vesículas seminales, o por problemas hormonales que causen alteraciones en el líquido seminal, obstaculizando la movilidad de los espermatozoides.

4.- **ANOMALIAS EN LA EYACULACIÓN O EN LA INSEMINACIÓN:** Se debe a problemas de eyaculación precoz, desviada y retrograda. Las alteraciones en la inseminación pueden deberse a causas orgánicas: malformaciones externas de los genitales, trastornos neurológicos o a enfermedades generales (neuropatías o hepatopatías graves).

5.- DEFECTOS ESTRUCTURALES O MORFOLÓGICOS DE LOS ESPERMATOZOIDES: Se debe a la baja o nula cantidad en la eyaculación de espermatozoides así como su baja movilidad (astenospermia), la existencia de espermatozoides anormales en porcentajes altos que se denomina teratospermia.

C) FACTORES COMUNES O MIXTOS: Dentro de los factores comunes se encuentran los factores inmunológicos que pueden presentarse en cualquiera de los miembros de la pareja; puede deberse a incompatibilidad en el sistema sanguíneo de los cónyuges, o en otros casos a reacciones, en distintos niveles celulares del cuerpo femenino debidos a la presencia del semen que es reconocido por anticuerpos de la mujer como un elemento extraño. "Dentro de éstos factores encontramos también la llamada esterilidad idiopática o sin causa aparente ya que en el ámbito médico se designa así a los casos en que los exámenes practicados a la pareja son, desde el punto de vista reproductor, normales sin embargo no es posible llevar a cabo la fecundación."²⁵

1.6.3.- CONCEPTO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

El avance en la ciencia médica y la tecnología ha logrado que el ser humano intervenga en el proceso de la propia reproducción del hombre. Podemos decir que "Las técnicas de reproducción asistida son las que procuran con fines procreativos la unión de los gametos masculino y femenino por un medio distinto al de la relación

²⁵ LOYARTE Dolores, ROTONDA E. Adriana. Op. Cit P. 89

sexual natural.²⁶ Por mi parte, de lo leído puedo decir que las técnicas de reproducción asistida son aquellos medios por los cuales el ser humano interviene artificialmente en el proceso de la procreación, teniendo como característica principal la ausencia del acto copulatorio, esto implica que no se da la relación sexual como en el ámbito natural pero no por ello debemos entender que estamos en presencia de una reproducción asexuada. Lo artificial es la manera en la que se logra la unión de los gametos masculino y femenino únicamente ya que en toda técnica de reproducción asistida siempre será necesario contar con un óvulo y espermatozoides que evidentemente única y exclusivamente el ser humano es capaz de generar.

Ahora bien, éstas técnicas debemos verlas como una posible solución a problemas de esterilidad o infertilidad de las cuales ya hablamos y solamente en dichos casos se puede recurrir, no deben ser vistas como un medio alternativo de procreación y en especial hago referencia a la maternidad subrogada.

Respecto a las técnicas de reproducción asistida también se señala: "éstas técnicas permiten fecundar a seres humanos por medios distintos del coito y modificar estructuras genéticas."²⁷

Ahora bien, si bien la ciencia médica esta al servicio de la humanidad como instrumento para procurar la salud del individuo; en cuanto a la finalidad de éstas técnicas se dice: "nacieron con la finalidad de superar una situación patológica de

²⁶ CORDOBA, Jorge Eduardo. SANCHEZ TORRES, Julio Cesar. Fecundación humana asistida, aspectos emergentes, ediciones Alveroni, Argentina, 2000. P. 24.

²⁷ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. Cit. P. 11

esterilidad que impedía concebir hijos por la vía natural"²⁸

1.-6.3.1.- TIPOS DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Las técnicas de reproducción asistida se clasifican como de baja, mediana y alta complejidad, la de baja complejidad corresponde a la inseminación artificial; la de mediana es la llamada Transferencia intratubárica de gametos (G. I. F. T. o T. I. G.) la cual es en verdad una inseminación artificial en la trompa, por medios más complicados; y dentro de las técnicas de alta complejidad tenemos a la fecundación fertilización in Vitro (F. I. V.) la cual implica todo un procedimiento de laboratorio altamente especializado.

1.6.3.1.1.- INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

El Comité of Experts on Genetic Engineering (CAHGE) define a la inseminación artificial como "la introducción de espermia en la vagina o útero de una mujer por cualquier medio distinto de la relación sexual natural. Más académicamente puede conceptuarse como cualquier procedimiento para hacer llegar el semen al óvulo mediante cualquier artificio y, en definitiva, puede entenderse por dicha técnica, aquel proceso genético que prescinde de la unión sexual fecundadora y natural, reemplazándola por otro procedimiento."²⁹

²⁸ SAMBRIZZI, Eduardo A. La procreación asistida y la manipulación del embrión humano. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, P. 32.

²⁹ MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. MASSIGOGUE BENEGLIU, J. M. La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español, editorial Dykinson, Madrid, 1994, P. 19.

Cuando los espermatozoides son introducidos en el canal vaginal, el útero o las trompas de Falopio, según el caso, usando un método distinto de la copulación sexual, dejando que el proceso natural se complete en la forma antes narrada, es cuando hablamos de inseminación artificial, no sólo porque el método para acercar los gametos es atípico, sino, además, porque concluye con la sola introducción del material genético, dejando que la fecundación se produzca al azar y dependiendo del lugar del aparato reproductor femenino en donde se inocule el esperma, estaremos hablando de las siguientes variantes:

1.- INSEMINACIÓN ARTIFICIAL INTRAVAGINAL: En ella, el esperma fresco es inyectado en el fondo de la vagina mediante la utilización de una jeringa.

2.- INSEMINACIÓN ARTIFICIAL INTRACERVICAL: En ésta, el esperma se deposita en contacto con la secreción cervical; para ello se inyecta una cantidad pequeña en el interior del cuello del útero y el resto del esperma se aplica en una especie de tapón cervical que la misma mujer puede retirar posteriormente. Aplicando esta técnica se permite que la secreción cervical cumpla las funciones de selección del material seminal que naturalmente está destinada a cumplir.

3.- INSEMINACIÓN ARTIFICIAL INTRAUTERINA: Se recurre a ésta cuando existen alteraciones del cuello del útero y de la secreción cervical. En este caso se deposita el semen en la cavidad uterina. Aquí el proceso tiene mayores complicaciones ya que se puede provocar contracciones uterinas y riesgo de infecciones por bacterias del esperma que no ha sido filtrado por la secreción cervical. Por ello son importantes las técnicas de preparación del esperma, dichas técnicas tienen por objeto la separación de los espermatozoides del plasma seminal así como el aislamiento de los espermatozoides más móviles con el objeto de obtener la mayor concentración

de espermatozoides móviles en el semen que se va a inocular y por consiguiente el disminuir la cantidad de plasma seminal que contenga elementos que puedan restringir la posibilidad de fecundación. Dentro de las técnicas de preparación de espermatozoides tenemos a el centrifugado, el filtrado, el lavado o "sperm washing," el "swim up", con las cuales se logra que los espermatozoides nadan hacia arriba lográndose la separación de la fracción de espermatozoides más móviles y aptos para ser utilizados.

4.- INSEMINACIÓN ARTIFICIAL INTRAPERITONEAL: Esta técnica consiste en la introducción de los espermatozoides directamente en el líquido intraperitoneal, mediante una inyección aplicada a través de la pared posterior de la vagina en el momento de la ovulación.

1.6.3.1.1.1.- INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA

La inseminación artificial homóloga, también llamada inseminación artificial intraconyugal (I. A. C.) es "aquella en la que el semen procede del marido o también del varón que vive establemente con la mujer que va a ser inseminada, aunque no estén jurídicamente casados."³⁰

"La inseminación artificial homóloga consiste en la fecundación de una mujer con semen de su marido o conviviente, al margen del coito, gracias a una ayuda instrumental."³¹

³⁰ SOTO LAMADRID Miguel Ángel. Op. Cit. P. 22.

³¹ CARCABA FERNÁNDEZ, María. Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana, José María Bosch editor, Barcelona, 1999, P. 63.

La inseminación homóloga o con semen del marido, supone malformaciones o defectos funcionales que no impiden totalmente la producción de gametos en ambos miembros de la pareja, y que se han intentado ya los métodos quirúrgicos y farmacológicos sin ningún resultado positivo y es por ello que se recurre a ésta técnica pero para que tenga éxito se requiere de una pareja que físicamente reúna las siguientes características: en el hombre, que su semen cuente con una adecuada cantidad de espermatozoides funcionalmente aptos y fecundantes; en la mujer se requiere que la ovulación sea normal y que en las trompas de Falopio no se presenten anomalías.

La utilización de la inseminación artificial con semen procedente del esposo o concubino se da en los siguientes casos:

- A) En hombres que tienen problemas anatómicos tales como las epispadias del varón y a las anomalías vaginales de la mujer, o bien a problemas sexológicos que les impide realizar adecuadamente el acto sexual, en este caso hablamos de malformaciones del pene, impotencia, eyaculación retrograda o emisión del semen en la vejiga.
- B) En hombres que se han sometido a un tratamiento químico o radioterápico lo cual puede tener repercusiones negativas en su descendencia, encontramos casos de hombres que han recibido un tratamiento esterilizante, se trate de vasectomías, castración quirúrgica, esterilización radioterápica o quimioterápica etc., habiéndose procedido a congelar previamente el esperma.

- C) En hombres oligoastenospermicos, es decir, aquellos hombres cuyo líquido seminal contiene un nivel muy bajo de espermatozoides y de reducida motilidad. En estos casos se procede a mejorar la cantidad de semen.
- D) En el caso de que existan problemas en la mujer, es decir, cuando existan alteraciones femeninas que hagan imposible la relación sexual como por ejemplo: malformaciones en la vagina, en casos de vaginismo (contracción intensa del músculo constrictor de la vagina generalmente de origen psicológico), y por último en caso de alteraciones de las secreciones del cuello uterino que, en determinados casos patológicos, pueden faltar o hallarse en cantidades insuficientes, resultar demasiado espesas o infectadas o, en fin, ser demasiado ácidas o alcalinas, lo cual destruye los gametos masculinos; por ello en éstos casos el médico introduce el espermatozoides del marido, no ya en el canal vaginal, sino en el interior del útero, utilizando para ello una jeringa lo cual permitirá que los gametos masculinos logren atravesar la barrera constituida por la mucosidad defectuosa.

1.6.3.1.1.2.- INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETEROLOGA

También es conocida como inseminación artificial con donación de espermatozoides (I. A. D. o A. I. D.). Para Gafo, "la inseminación artificial heteróloga es aquella en la que el semen proviene de un donante distinto del marido, ajeno a la pareja y generalmente anónimo"³²

³² SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Op. Cit. P. 22.

Se recurre a la I. A. D. en las siguientes circunstancias:

- A) Problemas de esterilidad masculina de índole definitiva, es decir, ante la ausencia completa de espermatozoides por causas definitivas e irreparables. Puede tratarse de alteraciones en la producción de espermatozoides, llamada azoospermia secretora. Dentro de los antecedentes que originan esta anomalía se pueden observar factores genéticos, consecuencias de malformaciones o de tratamientos como quimioterapias o bien, por la obstrucción de las vías excretoras del testículo, denominada "azoospermia excretora".
- B) Hipo fertilidad: De acuerdo a los estudios realizados, se ha comprobado que cuando la eyaculación contiene menos de un millón de espermatozoides móviles, es excepcional que se logre un embarazo. En otros caso, aunque la cantidad de espermatozoides sea suficiente, éstos se hayan afectados por anomalías morfológicas llamadas teratospermias, que hacen imposible la fecundación.
- C) Motivaciones Genéticas: Son casos de anomalías transmisibles de forma dominante que afectará uno de los cromosomas del padre o de la madre, o bien, puede suceder que uno de los miembros de la pareja sea portador de una anomalía en un solo cromosoma y si ambos progenitores presentan esa misma anomalía, existe la posibilidad de que su hijo herede esos cromosomas anómalos y presente una enfermedad que sea grave; por ello, en éstos casos se puede recurrir a la inseminación artificial heteróloga para modificar uno de los patrimonios genéticos a transmitir.

- D) En casos del virus de inmunodeficiencia adquirida (SIDA): Cuando el cónyuge de la mujer ha sido declarado positivo, la única forma viable para lograr un embarazo libre de dicha enfermedad, es recurrir a la utilización de semen de un donante al cual también se le hacen numerosos estudios para descartar toda posible transmisión del virus.

1.6.3.1.2.- FECUNDACIÓN IN VITRO

Es una técnica mediante la cual se consigue que un óvulo y un espermatozoide puedan encontrarse en una placa de cultivo de un laboratorio, cuando esto no se ha logrado por el mecanismo natural.

Según el Committee of Experts on Genetic Engineering (CAHGE) por fecundación in Vitro debe entenderse "la fusión del óvulo y el espermatozoide, realizada en un instrumento de cultivo. De modo más genérico, puede definirse, como aquella técnica utilizada en las mujeres, consistente en la eliminación de la obturación existente en las trompas de Falopio, para introducir allí el óvulo fecundado previamente en el laboratorio para su posterior reimplantación en el útero."³³

"La fecundación in Vitro consiste básicamente en reproducir, con técnicas de laboratorio, el proceso de fecundación del óvulo que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio, cuando obstáculos insuperables impiden que

³³ MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. MASSIGOGE BENEGLIU, J. M. Op. Cit. P. 19.

éste fenómeno se realice intra corpore³⁴

Requiere una tecnología altamente sofisticada y la presencia de un equipo biomédico de gran especialización por lo que resulta más compleja y costosa que la inseminación artificial.

Para que se pueda desarrollar, se requiere:

- A) Disponer del semen de un hombre, recogido previamente a través de la masturbación o de otros mecanismos
- B) Poseer uno o más óvulos de una mujer, recogidos por un procedimiento técnico en un centro sanitario adecuado
- C) Poner en contacto el semen con el óvulo u óvulos en una placa de cultivo esperando que la fecundación in Vitro se produzca
- D) La transferencia del embrión de pocas horas, al interior del útero, para que allí se realice el proceso de anidación o implantación y continúe el desarrollo embrionario.

1.6.3.1.2.1.- FECUNDACIÓN IN VITRO HOMÓLOGA

La fecundación in Vitro homóloga se realiza utilizando el material genético de ambos cónyuges, principalmente para resolver los casos de infertilidad femenina relacionada con la obstrucción de las trompas de Falopio.

Desde el punto de vista médico, se afirma que: "si el problema de la mujer consiste

³⁴ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Op. Cit. P. 34.

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.*³⁵

La fecundación in Vitro homóloga, consiste en "la unión del espermatozoide y del óvulo de los cónyuges o convivientes, en un laboratorio, creando un cigoto que tras la división celular adquiere el estatus embrionario siendo transferido al útero de la que va a ser su madre antes del décimo cuarto día a contar desde la fecundación, y descontando el tiempo que pudo estar crío conservado.*³⁶

En la actualidad, se utiliza también para resolver casos en los que el varón es oligospermico, es decir, cuando existe un número reducido de espermatozoides en el líquido seminal, lo cual haga aparecer al varón como infértil en casos de fecundación natural. Sin embargo podría ser fértil a través de una fecundación artificial in Vitro, en la que un reducido número de espermatozoides es suficiente para conseguir la fecundación del óvulo.

DESARROLLO DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO HOMOLOGA

A) LA ESTIMULACIÓN OVÁRICA.

Generalmente las parejas que recurren a ésta técnica, previamente han pasado por un proceso en el cual se les ha diagnosticado su problema fisiológico y han

³⁵ IBIDEM. P. 35.

³⁶ CARCABA FERNÁNDEZ, María. Op. Cit, P. 137.

cubierto una serie de estudios que son la base para determinar su viabilidad para acceder al desarrollo de la técnica. En la mujer, en primer término se verifica la normalidad de los ciclos menstruales mediante obtención de curvas de temperatura, elaboradas sobre la base de datos diarios, y exámenes que revelan los diversos niveles hormonales en la sangre. Se examina la cavidad uterina para saber si será propicia para la recepción e implante de los embriones. En el hombre se controla la calidad del espermatozoides y también se realizan exámenes a los pacientes para poder detectar todo posible foco infeccioso y en forma sistemática se realizan estudios que detectan Sida.

Con respecto a la estimulación o hiperestimulación ovárica, podemos indicar que ésta se practica como técnica en sí misma para favorecer a pacientes con hipofertilidad o como complemento de las fecundaciones asistidas. Básicamente estos tratamientos consisten en la inducción provocada a los ovarios para la producción y obtención de más de un ovocito en cada ciclo femenino. Esta estimulación ofrece para los tratamientos de esta índole especiales ventajas, debido a la baja tasa de éxito en cada intento de fecundación.

Entre las ventajas mencionadas cabe señalar las siguientes:

- 1.- En primer lugar, una más cómoda extracción de folículos para la paciente, ya que permite conocer más precisamente el momento de la ovulación, y por ello se evitan los constantes exámenes para determinar en forma precisa cuando debe actuar el equipo biomédico. Asimismo, se evitan las molestias que debe sufrir la mujer para la obtención de óvulos si se procediera con ciclos en condiciones totalmente naturales.

Esta circunstancia también resulta beneficiosa para el equipo médico, ya que permite programar la extracción de los ovocitos.

2.- Al obtener varios folículos preovulatorios, se aumenta en cada tentativa el número de ovocitos que serán sometidos a fecundación in Vitro, y con ello crecen las posibilidades de obtención de embriones a ser implantados.

LOS INDUCTORES DE LA OVULACIÓN

Se utilizan para ello las hormonas que naturalmente estimulan el desarrollo folicular, la denominada F, S, H. (follicle stimulating hormona, u hormona estimuladora del crecimiento folicular), que es secretada por la hipófisis, y que también tiene otras funciones que coadyuvan a desencadenar la ovulación.

La inducción puede ser llevada a cabo por dos vías distintas:

- a) directa; Se inyectan hormonas hipofisarias llamadas también gonadotropinas, HMG (gonadotropina menopáusica humana);
- b) indirecta: Se utiliza una molécula sintética de citrato de clomifeno, que actúa en el ámbito del cerebro desencadenando la secreción de cantidades importantes de la ya mencionada F. S. H. y L. H. u hormona luteinizante, que también colabora en el desencadenamiento de la ovulación y en preparar las paredes del útero para la implantación del embrión.

En cuanto a la recolección de ovocitos, en éste aspecto de las fecundaciones in Vitro ha evolucionado notablemente desde los primeros años de práctica. Las primeras punciones se realizaron mediante laparotomía (incisión quirúrgica del

abdomen) o celioscopia (examen de la cavidad abdominal mediante una incisión a la altura del ombligo) bajo anestesia general. Actualmente, prácticamente en todos los casos los ovocitos se colectan mediante punción y aspiración de los folículos, bajo control ecográfico. Existen tres caminos de acceso posible: la aguja puede atravesar el abdomen y la vejiga, el fondo de la vagina o bien la uretra (conducto eyaculador de la orina) y la pared posterior de la vejiga. En general es suficiente con una anestesia suave. Los folículos se aspiran mediante una jeringa y se trasladan al laboratorio. El momento para llevar a cabo esta aspiración debe ser calculado con absoluta precisión: La recogida del óvulo para la F. I. V-T. E. ha de realizarse cuando aumenta la secreción de L. H. y el óvulo ha alcanzado cierta madurez, pero antes de que entre en la trompa de Falopio, donde no se podría localizar y recoger. Recogidos del líquido folicular, los ovocitos se colocan en un tubo que contiene un medio de cultivo que proporciona al ovocito y luego al embrión los nutrientes necesarios.

Una vez extraídos los folículos se respetan tres reglas básicas y fundamentales, en su tratamiento posterior:

- 1) Que se encuentre en un medio absolutamente estéril, a fin de evitar cualquier contaminación bacteriana.
- 2) Trabajar a temperatura constante; se mantiene a 37° C mientras dura el proceso de una F. I. V.
- 3) Es necesario disminuir la iluminación en el laboratorio y evitar observaciones muy prolongadas bajo el microscopio para evitar efectos que pudieran causar daño a los cromosomas lo cual haría que éstos ya no sirvieran para el proceso.

B) OBTENCIÓN DEL ESPERMA DEL CÓNYUGE

Una vez que se obtiene el semen, mediante masturbación o con la utilización de profilácticos especiales, se lo deja licuar a temperatura ambiente. Se efectúa un espermiograma a efectos de observar: cantidad, movilidad y aspecto morfológico de los espermatozoides y contenido de gérmenes del semen.

PROCESO DE FECUNDACIÓN

Es necesario preparar el espermia que va a ser utilizado; para ello se lo lava y centrifuga. De esta manera se logran extraer los espermatozoides de mayor movilidad. Cada ovocito se deposita en un tubo de inseminación junto a los espermatozoides y se los mantiene así hasta el día siguiente en incubadora a 37 ° C. A las 17/18 horas aproximadamente desde el acercamiento de los gametos, se localiza al ovocito para intentar observar los signos de fertilización. Si subsistieran dudas sobre la efectiva fertilización se utiliza un microscopio de visión invertida (como esta observación hay que realizarla fuera de la incubadora, se procede en forma muy rápida para no dañar al huevo). La fecundación, de llegar a producirse, se constatará al observarse dos pro núcleos en el centro del huevo, el del óvulo y el del espermatozoide. Si ha existido fecundación, el huevo se trasfiere a un nuevo tubo con medio de cultivo desprovisto de espermatozoides. En ese nuevo ambiente el huevo fecundado permanece en las mismas condiciones de temperatura y luz ya mencionadas, hasta 48 horas desde la punción folicular, y se realiza, entonces, la transferencia embrionaria.

Cuarenta y ocho horas después los embriones se han dividido y presentan 2, 3 o 4

células (llamadas blastómeros). Entre los embriones que se obtiene existen algunas diferencias morfológicas; en principio son todos implantables, salvo aquellos que ya inicialmente están en manifiesta vía de degeneración. Actualmente se afirma que aunque existen múltiples factores que juegan un papel importante en el resultado de la F. I. V., la calidad de los embriones transferidos se efectúa en base a estudios metabólicos y morfológicos que debieran ser en su totalidad no invasivos, puesto que estamos ya en presencia de un ser humano con dotación cromosómica propia y exclusiva. Ahora bien, esa calidad embrionaria se establece y clasifica desde el punto de vista morfológico, tomando en cuenta principalmente el número, forma y tamaño de las células blastómeros que lo componen; y en la presencia o ausencia de fragmentos citoplasmáticos enucleados. Con estos parámetros se clasifican los embriones en cuatro categorías, siendo los de clase IV (embrión de 2, 4, 6 o más células de igual tamaño y forma sin fragmentos o con muy escasa fragmentación celular) los considerados óptimos, y que transferidos al organismo materno muestran un mayor porcentaje de implantación y logro de embarazo clínico. También se evalúa la velocidad con que esas primeras células se segmentan.

TRANSFERENCIA DE EMBRIONES

Una vez que se ha realizado la fusión del óvulo y el espermatozoide, se mantiene a los embriones de 12 a 48 horas en un caldo de cultivo hasta que comience la división celular, una vez realizada la división celular, se transfieren uno o varios de ellos al cuerpo de la mujer. Los embriones a implantar son aspirados en un catéter muy fino, se los introduce en forma indolora en el cuello del útero y luego se los deposita a 1 centímetro de la cavidad uterina. Esta etapa de la técnica también

puede presentar problemas, la mujer puede estar tensionada, o el acceso al cuello del útero no es recto o existe algún obstáculo y el ingreso por el cuello del útero puede hacerse difícil. Es entonces cuando en alguno de estos casos se recurrirá a una anestesia suave que permita depositar los embriones en el lugar apropiado.

1.6.3.1.2.2.- FECUNDACIÓN IN VITRO HETERÓLOGA

La fecundación in Vitro heteróloga tiene lugar cuando existen problemas de infertilidad de la pareja lo cual hace necesario recurrir al terceras personas que van a aportar el elemento genético que falte (ya sea el óvulo o el espermatozoide o incluso ambos). Al respecto se señala: "si el defecto consiste en disfunciones graves de la ovulación, no susceptibles de corrección alguna, entonces la recomendación médica – cuestiones morales y jurídicas aparte – sería la de obtener la donación de un óvulo ajeno o de un embrión residual de otra pareja que se haya sometido a la F. I. V. T. E., en el caso de que el marido sea también estéril, siempre que no haya contraindicaciones para el embarazo y el parto."³⁷

Así pues, la fecundación in Vitro procede en los siguientes casos:

1.- Ante la presencia de anticuerpos, "antiespermatozoides en el moco cervical, prevención de enfermedades genéticas o ligadas al sexo, defectos del semen del marido. Para estos casos se ofrece la posibilidad de recurrir al empleo de semen de donante"³⁸

³⁷ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Op. Cit. Págs.35, 36.

³⁸ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. Cit. P. 25.

2.- Inaccesibilidad o grave hipoflasia del ovario. Se ofrece aquí a la paciente la posibilidad de recurrir al empleo de óvulos de donadora.

En cuanto al procedimiento para realizar la fecundación in Vitro heteróloga es similar al realizado en la fecundación in Vitro homóloga.

1.6.3.1.3.- SUBROGACIÓN DE VIENTRE O MATERNIDAD SUBROGADA

Se acude a ésta técnica de procreación asistida cuando la mujer es quien presenta problemas de infertilidad es decir cuando presenta la imposibilidad de tener hijos vivos, siendo posible la fecundación y por tanto, el desarrollo del embrión o feto, sin embargo por causas orgánicas no puede retener el embrión en la matriz y llevar a buen término el embarazo teniendo como consecuencia el aborto del feto. Lo anterior debe tenerse muy en claro ya que es la única justificación que debe tomarse en cuenta para poder acceder al empleo de esta técnica. Solo ante la infertilidad o esterilidad se justifica y en ningún otro caso.

Así pues, *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 arrendamiento de útero, 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 maternidad subrogada con aportación de óvulo y vientre por parte de otra mujer, usando espermatozoides del marido de la estéril para inseminar a la subrogataria

podría ser una solución al problema.³⁹

Se puede recurrir a la maternidad subrogada en las siguientes situaciones:

- 1.- Cuando la mujer de la pareja carece de ovarios y útero o existen malformaciones que impidan llevar a cabo la gestación.
- 2.- Cuando la mujer de la pareja sea estéril, por anomalías en el útero, pero tenga ovarios normales.
- 3.- Cuando ambos miembros de la pareja sean estériles por anomalías o taras genéticas.
- 4.- Cuando la mujer ha muerto y antes de morir dejó un embrión congelado, producto de una fecundación in Vitro de un óvulo de ella y espermatozoides de su marido.

En cuanto al procedimiento médico para llevar a cabo ésta técnica, gracias al perfeccionamiento de la fecundación in Vitro se pudo llegar a la maternidad subrogada, tanto para la obtención del material genético y para su posterior implantación en la mujer que llevará a cabo la gestación del niño. Así pues, la descripción de la técnica se realiza de la siguiente manera:

- 1.- La obtención del óvulo u óvulos, extrayéndolos de la cavidad abdominal (propiamente hablando se trata de ovocitos próximos a su maduración). En cuanto a la persona de la cual se obtengan los óvulos cabe señalar que si se trata de la mujer (cónyuge) que por problemas de infertilidad no ha podido lograr un embarazo, será su material genético el que se utilizará pero, si por el contrario la cónyuge presenta

³⁹ SOTO LAMADRID Miguel Ángel. Op. Cit. P. 36

esterilidad, entonces se recurrirá a una tercera persona siendo en este caso el material genético de una Donadora.

2.- La obtención del espermatozoides del marido de la mujer o de su pareja en el supuesto de que no estén casados. Si el cónyuge presenta problemas de esterilidad se tendrá que recurrir al uso de semen de donante.

3.- 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.

4.- La implantación o transferencia del embrión al interior del útero de la mujer que llevará a cabo la gestación y alumbramiento del nuevo ser, quien debe cumplir ciertos requisitos médicos así como llevar un comportamiento en sus hábitos de salud que permitan el buen desarrollo de la técnica y por consiguiente el nacimiento del nuevo ser.

1.6.3.1.4.- TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETOS.

Actualmente se ha comenzado a utilizar un nuevo método denominado: "Transferencia intratubárica de Gametos" (TIG o GIFT – Gamete Intrafallopian Transfer). Fue creada por el médico Argentino Ricardo Ash, consiste en "captar los óvulos de la mujer a través de laparoscopia y, al mismo tiempo, el espermatozoides del marido. En la misma operación se coloca a ambos gametos en una cánula especial debidamente preparados y se los introduce en cada una de las trompas de Falopio,

lugar donde se produce naturalmente la fertilización.⁴⁰

Esta técnica está indicada para tratar problemas de esterilidad relativa en el hombre, tales como problemas en la cantidad o movilidad de los espermatozoides y trastornos que impidan su ascenso por el canal femenino, así como para solucionar las esterilidades sin causa aparente y la endometriosis.

Para el buen éxito de esta técnica se requiere que la mujer tenga las trompas de Falopio sanas ya que una vez que los espermatozoides penetren en uno o más óvulos formarán el embrión el cual descenderá dentro de las trompas de Falopio hacia el útero, de forma tal que la concepción se producirá íntegramente en el cuerpo de la mujer; por ello esta técnica está ideada como un refuerzo de la inseminación homóloga, respetándose al máximo el proceso de la fecundación que en este caso se realiza completamente en el cuerpo de la mujer y no en un laboratorio.

1.6.3.1.5.- INSEMINACIÓN POST MORTEM.

El desarrollo de las técnicas de congelación de espermatozoides y embriones ha permitido, de una parte, que el hombre que deseando tener descendencia tema no poder conseguirla en el futuro, por padecer de alguna enfermedad que pueda llevarlo a la esterilidad, deposite su semen en un banco, y de otra, que los embriones resultantes de una fecundación in Vitro con gametos de una pareja para realizar una FIV con transferencia de embrión pueden congelarse esperando ser transferidos a la

⁴⁰ IBIDEM. P. 30.

mujer. "Los problemas relativos a la congelación de espermatozoides y embriones surgen cuando el marido o varón de una pareja muere y la mujer quiere tener un hijo de la persona fallecida y pide ser inseminada con su semen o que le transfieran los embriones, para poder llevar a cabo la gestación de un hijo."⁴¹

"Se entiende por fecundación post mortem lo de inseminación artificial de una mujer con semen de su marido o varón de la pareja fallecido y de implantación en la mujer de un embrión formado con su óvulo y el semen de su marido o compañero fallecido,"⁴²

Sin embargo, Corral Talciani, considera cinco supuestos en que se puede dar la fecundación post mortem:

- 1.- La inseminación artificial de la mujer con semen del marido o conviviente ya difunto.
- 2.- Fecundación in Vitro con óvulos de la fallecida (llevada a cabo antes de su muerte).
- 3.- Implantación de un embrión (concebido en vida de sus padres genéticos y crió conservado posteriormente en el útero de la madre después de la muerte del marido o conviviente varón).
- 4.- Implantación de un embrión crió conservado (concebido con gametos de la mujer difunta) en el seno de una tercera mujer, después de la muerte de la madre genética, por disposición del marido o conviviente superviviente.

⁴¹ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. Cit. P. 163.

⁴² IBIDEM. P. 164.

5.- Un embrión crió conservado, no destinado a la donación, cuyos padres genéticos mueren, siendo transferidos o implantados a otra mujer.

Respecto de los supuestos anteriores, cabe señalar que tanto la segunda, como la cuarta y quinta hipótesis, implican necesariamente una maternidad sustituta, es decir, se requiere de una mujer (que no es la madre genética) para transferirle el embrión y encargarle que geste y alumbre a la criatura.

Por lo tanto, La fecundación post mortem siempre se da en las situaciones de inseminación artificial y fecundación in Vitro con gametos de la pareja y transferencia de embrión. No se puede dar en los casos de fecundación con donante de semen porque el motivo que impulsa la inseminación post mortem es el deseo de la mujer de tener un hijo de su marido o compañero muerto y aquí no se daría y tampoco se puede hablar de fecundación post mortem con el material genético de la mujer muerta, con el objetivo de que el marido o compañero tuviera un hijo de ella, porque estaríamos en presencia de la figura de la maternidad de sustitución o subrogada.

ELEMENTOS DE LA FECUNDACIÓN POST MORTEM:

1. Se requiere que exista una procreación no coital, sea por inseminación artificial o por FIVTE, puesto que si se trata de una fecundación coital, estaríamos frente a la figura del hijo póstumo.
2. Es necesario que el padre fallecido haya tenido la voluntad de asumir la paternidad respecto de la criatura que resulte de la aplicación de la I. A. o de una FIVTE.

3. Es preciso que el marido o varón de la pareja haya fallecido antes de la concepción del hijo, si se trata de una I. A. o antes de la implantación del embrión en su esposa o mujer.
4. Se requiere el deseo de la mujer de tener un hijo de su marido o compañero muerto.

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO JURIDICO DE LA FILIACIÓN

2.1.- ANTECEDENTES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

España es considerada como el primer país europeo en emitir una ley que regula en forma sistemática las técnicas de reproducción asistida, aunque hay que hacer mención que ya antes en Suecia se había dictado una ley que regulaba en forma exclusiva la inseminación artificial (ley de 22 de diciembre de 1985).

España, con la ley 35 de 22 de noviembre de 1988, publicada en el boletín Oficial del Estado nº 282 del 24 de noviembre de 1988 es el primer país en establecer disposiciones expresas en materia de la filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida.

LEY DE TECNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

La ley de Técnicas de reproducción asistida tiene por objeto regular el empleo de las técnicas de reproducción humana, dentro de las cuales contempla a la inseminación artificial (IA), la fecundación in Vitro (FIV), con transferencia de embriones (TE), la transferencia intratubárica de gametos (TIG), así como disposiciones relativas a la maternidad subrogada.

En materia de la filiación derivada del empleo de estas técnicas, dicha ley establece en su capítulo tercero titulado "de los padres y los hijos", que la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo; es decir, se aplicarán las disposiciones establecidas en el Código Civil Español y en ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejara datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación. Esto implica que no se hará ninguna declaración respecto al origen del método empleado para el nacimiento del niño.

El artículo ocho de la Ley establece que ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación esto se debe a que ellos han manifestado su voluntad para el empleo de la técnica así como para la colaboración de una tercera persona denominada donante, por ello si el material genético proviene del donante, ninguno de los cónyuges podrá impugnar la paternidad o maternidad tal como lo establece el artículo 116 del Código Civil español; además, se considera escrito indubitable a los efectos previstos en el artículo 49 de la ley del Registro Civil, el documento extendido ante el centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas y se establece que queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad aunque aquí la ley parece no ser tan clara y es contradictoria ya que no dice a quien se le garantiza el

derecho a reclamar judicialmente la paternidad, esto es, si se refiere al donante o a otra persona.

Más adelante se establece que en el supuesto en el que hubiere participado una tercera persona como donante del material genético, sólo en casos excepcionales o en circunstancias extraordinarias que pongan en peligro la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, se podrá revelar la identidad del donante, pero dicha revelación no implica, en ningún caso, determinación legal de filiación entre el hijo y el donante. Con lo anterior observamos que tanto el donante como el hijo en ningún momento tendrán acción para reclamar el vínculo filial.

El artículo noveno de la Ley regula la llamada "Inseminación Post Mortem" y señala que no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. Sin embargo, no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

Ahora bien, las disposiciones establecidas para la llamada Inseminación Post Mortem, se hacen extensivas para el varón no unido por vínculo matrimonial, quien podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal

consentimiento como título para iniciar el expediente del Art.49 de la ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

El artículo 10 es uno de los más importantes para nuestro tema ya que regula la maternidad subrogada y establece expresamente que:

- 1. . Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.**
- 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.**
- 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico; conforme a las reglas generales.**

Del artículo anterior, observamos que en el punto uno se establece muy claramente que para el derecho español todo contrato que revista las características propias de la maternidad subrogada será declarado nulo de pleno derecho así pues la maternidad subrogada esta prohibida expresamente y para el derecho español la filiación de los hijos nacidos mediante la técnica de la maternidad subrogada será atribuida respecto de la madre que ha parido al hijo y no se le atribuirá a la mujer que ha encargado la gestación y ha contribuido aportando su elemento genético por lo cual únicamente a la madre encargante se le considera como una simple donadora de material genético (óvulo) sin que tenga ningún medio jurídico para reclamar su vinculo filial pese a que ella es quien a encargado la gestación, esto en virtud de que el contrato de maternidad subrogada es nulo. Por lo que respecta al padre biológico,

éste si puede reclamar la paternidad a través de las acciones de reclamación de paternidad y apoyándose en los avances científicos en materia probatoria para determinar que el es padre del niño.

Es por ello que dicha Ley establece que para determinar el vínculo filial de los niños nacidos mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida y en especial de la maternidad subrogada, se aplicarán las disposiciones comunes que establece el Código Civil Español en materia de filiación.

REGULACIÓN JURIDICA DE LA FILIACIÓN EN ESPAÑA

El Código Civil Español regula en su libro primero, título quinto, capítulo primero al tercero, la figura jurídica de la Filiación y señala al respecto en el artículo 108 que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial así como la adoptiva surten los mismos efectos de acuerdo a las disposiciones de dicho Código.

Del artículo anterior en comento, se desprende que la filiación se funda ya sea en la generación real (biológica), o bien en una relación supuesta. Esta última derivada de una ficción de la ley: es decir, se trata de la adopción, la cual produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza, lo anterior prueba de que no tiene por qué coincidir la relación biológica y la relación jurídica, a modo como ocurre también con las técnicas de reproducción asistida.

También vemos que el Código Civil Español ha eliminado la antigua discriminación respecto de los hijos y ahora únicamente hace referencia a la filiación de aquellos que son por naturaleza (matrimoniales y no matrimoniales) y los que lo son por ley (adoptivos). es decir en su actual derecho existen por así llamarlo clases de filiación, no de hijos, ya que todos son iguales ante la ley.

Tan importante es la filiación que crea un estado civil dotado de estabilidad y permanencia ya que se crea una cualidad permanente que determina la posición jurídica fundamental de la persona (en el grupo familiar organizado en nuestro caso, y a través del mismo en la comunidad) y que condiciona su capacidad concreta para el goce de importantes derechos.

Uno de tales derechos es el derecho al nombre y a los apellidos, en cuanto a éstos últimos, con la ley 40/1999 de 5 de noviembre de 1999 se establece de conformidad con el artículo 109 del C. C. que la filiación determina los apellidos, si la filiación esta determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral; también se contempla la posibilidad que tiene el hijo al alcanzar la mayor edad para solicitar se altere el orden de sus apellidos.

Así pues, siguiendo la ley el hijo producto de la aplicación de la maternidad subrogada llevará los apellidos de la madre que lo gestó y si esta es casada llevará el apellido del esposo de dicha mujer a menos que éste lo haya desconocido en cuyo

caso el padre biológico de conformidad con el artículo 10 de la Ley de técnicas de reproducción asistida podrá en tal supuesto reclamar la filiación biológica de su hijo.

También se establece que con independencia de la patria potestad, que es un derecho que corresponde en principio a los padres, pero del que pueden ser privados por ciertas causas y posteriormente rehabilitados, éstos tienen siempre, en forma irrenunciable, la obligación de velar por sus hijos menores y prestarles alimentos. Ello no quiere decir que, a la mayor edad de los hijos no continúe la obligación de alimentos; por tanto esta obligación irrenunciable debe ser observada por los progenitores, aunque carezcan de la patria potestad y su incumplimiento puede llevar consecuencias sancionables tal como lo señala el artículo 111 que indica que quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias el progenitor:

1.- Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.

2.- Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

En ambos supuestos, el hijo no ostentará el apellido del progenitor, salvo que sea por voluntad del hijo al alcanzar la mayoría de edad. No obstante lo anterior quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.

Del artículo anterior se desprende que las causas de exclusión de los efectos de la patria potestad son dos: el haber sido condenado a causa de delito contra la

honestidad y, en segundo lugar, en el supuesto de haber obtenido la filiación contra la voluntad y con oposición del progenitor.

En cuanto a la determinación y prueba de la filiación, el artículo 112 del Código Civil Español señala:

Art. 112. La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no dispusiere lo contrario. En todo caso, conservarán su validez todos los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal, antes de que la filiación hubiere sido determinada.

Como vemos, los efectos de la filiación se producen desde el momento en que queda perfeccionada, ya sea por actuación de parte o por acto jurisdiccional y además, se mantiene la validez de los actos realizados en nombre del hijo menor o incapaz, antes de que la filiación haya quedado determinada o perfeccionada.

En cuanto a la manera de acreditar la filiación, el artículo 113 del Código Civil Español señala:

ART. 113: "La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determine legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la ley de Registro Civil."

"No será eficaz la determinación en tanto resulte acreditada otra contradictoria."

Es cierto que la única manera de acreditar la filiación es su inscripción en el Registro Civil. Los otros medios probatorios (documento o sentencia que la determina legalmente, la presunción de paternidad matrimonial y la posesión de estado) son desde mi punto de vista medios para obtener la inscripción, que es la que en último termino "acredita" la filiación. Merece también crítica el último párrafo de este artículo, pues es obvio que si se trata de otra filiación ha de ser contradictoria a la inscrita siempre, pues de lo contrario no se entiende a que filiación se pueda referir.

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.

De conformidad con el artículo 115 del C. C. Español, la filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente:

- 1.- Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres.
- 2.- Por sentencia firme.

Del artículo en comento, podemos decir que la filiación matrimonial puede ser voluntaria la cual se distingue del reconocimiento, porque se produce por ministerio de ley siempre que se cumplan los requisitos del matrimonio de los padres, que sea la maternidad cierta, que exista la paternidad atribuida de *iure* al marido de la madre y que se de la identidad del nacido; a diferencia de la filiación forzosa, en donde se establece en virtud de sentencia que la declare previo juicio de filiación.

En cuanto a la presunción de la paternidad, se establece que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges, en la doctrina se le conoce como presunción legal ordinaria. En el caso de que el hijo nazca dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, el marido puede impugnar tal presunción mediante declaración auténtica dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto pero si él hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente, o hubiere conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio la acción ya no procederá; a esta presunción la doctrina la conoce como presunción legal extraordinaria ya que puede ser impugnada.

Como vemos, la presunción de paternidad se origina desde el mismo momento de la celebración del matrimonio, sin establecimiento de plazo; en tal virtud al padre se le confiere la posibilidad de entablar acción de impugnación de esa presunción, si el hijo nace dentro del primer periodo de ciento ochenta días y para ello se le confiere una acción dentro de los seis meses desde que tuviere conocimiento del parto, no desde el parto que, puede ser desconocido su momento por el marido. Pero esta acción de impugnación desaparece si el marido hubiese reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer antes de la celebración del matrimonio.

El artículo 119 de Código Civil Español establece que la filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores; cuando

éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente. Se trata de lo que en la doctrina se denomina "hijos legitimados por razón de matrimonio", se consideran hijos de matrimonio a los que, aún habiendo nacido antes del matrimonio obtienen su legitimación en virtud el posterior matrimonio de sus padres.

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL

La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:

- 1.- Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.
- 2.- Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.
- 3.- Por sentencia firme.
- 4.- Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación

Los nacimientos fuera de matrimonio no gozan de presunción de paternidad, por ello exigen medios probatorios, el reconocimiento es el modo más sencillo y claro, sobre todo respecto del padre, pues respecto de la madre el hecho del parto es evidentemente determinante. El reconocimiento puede ser voluntario o forzoso. Este último conlleva procedimiento y obtención de sentencia firme. Respecto de la madre, el hecho de que consigne la filiación en la inscripción del nacimiento implica claramente el reconocimiento.

Como vemos la legislación española da preeminencia al parto ya que aún en el caso de la maternidad subrogada, éste es determinante para atribuir la maternidad a la mujer que ha dado a luz al recién nacido

Para la validez del reconocimiento otorgado por una persona incapaz o quien no puede contraer matrimonio por razón de edad, se requiere la aprobación judicial con audiencia del ministerio fiscal. En el supuesto del reconocimiento de filiación de un hijo mayor de edad, la ley exige que éste preste su consentimiento, expresa o tácitamente. Si no obstante, se procede al reconocimiento sin el consentimiento del mayor de edad, el hijo reconocido tiene la acción de impugnación, dentro del año siguiente. Si se tratare de reconocer a un menor o incapaz se requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido. No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento.

También se regula la filiación incestuosa estableciéndose que cuando los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz, el cual una vez que alcance la plena capacidad, podrá mediante declaración propia invalidar esta última determinación si no la hubiere consentido.

Si se tratare de reconocer a un hijo ya fallecido, el reconocimiento sólo surtirá efecto si lo consintieren sus descendientes por sí o por sus representantes legales.

En cuanto a las acciones para reclamar o impugnar la filiación, con las reformas de la ley 1/2000 de 7 de enero de 2000 y que entró en vigor a partir del 9 de enero de 2001, se establece que podrá pedirse a los tribunales la determinación legal de la filiación, así como impugnarse ante ellos la filiación legalmente determinada, pero los tribunales rechazarán la admisión de cualquier demanda que pretenda impugnar la filiación declarada por sentencia firme, o la determinación de una filiación contradictoria con otra que hubiere sido establecida también por sentencia firme; es decir, no se puede reclamar una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia, esto implica que no se puede reclamar una filiación que ya se tiene, como no sea simultáneamente impugnándola, porque la acción de reclamación se dirige a llenar un vacío, pero no puede emplearse para sustituir otra que ya está legalmente determinada; y en éste caso, lo que procede es la acción de impugnación, acumulada a la de reclamación, con lo cual lo que se pretende destruir lo falso para sustituirlo por lo verdadero

Las acciones de determinación o de impugnación de la filiación que correspondan al hijo menor de edad o incapacitado podrán ser ejercitadas por su representante legal o por el ministerio fiscal indistintamente, si una vez iniciada la acción falleciere el actor, podrán sus herederos continuar las acciones ya entabladas.

En cuanto a los medios probatorios, se establece que en ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación, si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde, se admitirán, para la investigación de la paternidad y la maternidad toda clase de pruebas incluidas las biológicas; aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción o de otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo.

Algo que resulta muy importante es que ante la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de esta no se haya obtenido por otros medios.

En cuanto a las medidas cautelares se señala que mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el tribunal adoptará las medidas para la protección de la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor, en el caso de que se reclame la filiación, el juez debe acordar medidas sobre alimentos provisionales a cargo del demandado y en su caso, medidas de protección de la persona y bienes del menor o incapacitado.

Otra forma mediante la cual se declara la filiación es mediante la "Posesión de Estado" la cual debe cumplir con los requisitos del "nones, tractus y fama o reputatio" además de ser constante o reiterado. La acción se confiere a cualquier

persona con interés legítimo en que se declare la filiación. Indudablemente que la posesión de estado deberá probarse y ser aceptada por el juez como bastante, además se requiere que la filiación que se reclama no contradiga otra legalmente determinada, es decir que ya esté inscrita en el Registro Civil. En el caso de que el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos, tratándose de la acción de reclamación de filiación matrimonial, la acción es imprescriptible y corresponde al padre, a la madre o al hijo y si se reclama la filiación no matrimonial, la acción corresponde al hijo durante toda su vida.

En cuanto a la impugnación de la filiación, la acción de impugnación tiene por objeto ir en contra de la inscripción de filiación que se considera falsa o improcedente. Si es el marido quien ejercita la acción tiene un plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo dicho plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento; ahora, si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado, la acción corresponde a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo. La impugnación de la filiación por el hijo depende de que sea mayor de edad y capaz, tiene un año desde la fecha de la inscripción; si fuere menor de edad o incapaz, la acción corresponde a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal durante el año siguiente a la inscripción de la filiación.

Finalmente, la acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación corresponde a quien lo hubiere otorgado, esta acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio del consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquel, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año.

2.2.- PARTICULARIDADES EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

En la legislación francesa encontramos la "ley n° 94-653 de 29 de julio de 1994 publicada en el Diario Oficial el 30 de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano la cual fue incorporada al texto actual del Código Civil vigente y establece disposiciones muy importantes relativas a las técnicas de reproducción asistida y en particular a la maternidad subrogada; por ello es importante mencionar lo establecido en el artículo 16.5 y 16.7.

Artículo 16.5.- "Las convenciones que tengan por efecto el de conferir un valor patrimonial al cuerpo humano, sus elementos o a sus productos son nulas.

Artículo 16.7.- Toda convención que verse sobre la procreación o gestación realizada en nombre de otra persona es nula.

Los artículos arriba mencionados dejan ver claramente que en Francia por lo que se refiere al contrato de maternidad subrogada en cuanto a su validez es nulo, así lo establecen expresamente en el artículo 16.7 ello en virtud de que han establecido que el cuerpo humano y sus componentes no pueden ser objeto de ningún derecho

patrimonial y en el caso de que se diere algún convenio en donde el cuerpo humano sea objeto de tal convenio, será declarado nulo.

En conclusión : para el derecho Francés el contrato de maternidad subrogada es nulo y por lo que respecta a la filiación de los hijos producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y en particular de los derivados de la aplicación de la técnica de maternidad subrogada, ha diferencia de España que elaboró su "Ley de técnicas de reproducción asistida", en la legislación Francesa se ha incorporado en el texto del Código Civil la regulación de la filiación de los hijos nacidos mediante dichas técnicas; es por ello que la legislación francesa aplica las mismas disposiciones y únicamente introdujo dos artículos mediante la ley número 94-653 de 29 de julio de 1994 que regulan lo relativo a la participación de un donante y a la forma en la que debe manifestarse el consentimiento para el empleo de tales técnicas.

Art. 311-19: "En caso de reproducción asistida con un tercero Donante, no podrá establecerse ningún vínculo de filiación entre el donante y el hijo nacido de la procreación. No podrá ejercitarse ninguna acción de responsabilidad en contra del donante."

El artículo anterior es muy claro al señalar que en el supuesto en el cual participe una tercera persona que sea la que aporte parte del material genético, no se determinará entre ésta persona y el hijo producto de tal procreación ningún vínculo filial, ello porque existe el principio del anonimato del donante y porque la misma ley establece que no podrá ejercitarse ninguna acción de responsabilidad en contra del

donante ya que éste como su nombre lo dice únicamente dona el elemento genético sin la intención o voluntabilidad de asumir un vínculo filial.

ART. 311-20: "Los cónyuges o concubinos que, para procrear, recurrieran a una asistencia médica que necesite la intervención de un tercero donante, deberán previamente dar, en condiciones que garanticen el secreto, su consentimiento al juez o al notario, que les informará de las consecuencias de su acto con respecto a la filiación."

El consentimiento dado a una reproducción asistida prohíbe cualquier acción de impugnación de la filiación o de reclamación de estado a menos que se sostenga que el hijo no ha nacido de la reproducción asistida o que el consentimiento hubiera quedado privado de efecto.

El consentimiento quedará privado de efecto en caso de fallecimiento, de presentación de una demanda de divorcio o separación de cuerpos o de cese de la convivencia antes de realizarse la reproducción asistida. Quedará igualmente privado de efecto cuando el hombre o la mujer lo revoquen, por escrito y antes de la realización de la reproducción asistida, ante el médico encargado de comenzar esta asistencia.

El que, después de haber consentido la asistencia médica a la reproducción, no reconozca al hijo nacido compromete su responsabilidad hacia la madre y hacia el hijo.

Además, se declarará judicialmente la paternidad no matrimonial de quien, después de haber consentido la asistencia médica a la reproducción, no reconociera al hijo que ha nacido.

El artículo anterior faculta al juez y al notario para que ante ellos se exprese el consentimiento para la práctica de una reproducción asistida y de la misma forma obliga a dichas personas a explicar a los que intervienen, el contenido y alcance de las consecuencias jurídicas de su consentimiento.

Ahora bien, una vez que se ha otorgado el consentimiento a una reproducción asistida la ley prohíbe cualquier acción de impugnación de la filiación o de reclamación de estado a menos que se sostenga que el hijo no ha nacido de la reproducción asistida o que el consentimiento hubiera quedado privado de efecto como en caso de fallecimiento, de presentación de una demanda de divorcio o de separación de cuerpos o de cese de la convivencia antes de realizarse la reproducción asistida. Quedará igualmente privado de efecto cuando el hombre o la mujer lo revoquen, por escrito y antes de la realización de la reproducción asistida, ante el médico encargado de comenzar esta asistencia.

Sin embargo, el que después de haber consentido en el uso de técnicas de reproducción asistida no reconozca al hijo nacido de acuerdo con la ley se le declarará judicialmente la paternidad no matrimonial previo desarrollo del juicio de reclamación de paternidad. Esto se hace en función de que al acudir al empleo de las técnicas de reproducción asistida, se les informa a los usuarios de todas las consecuencias que implica el consentimiento y porque en principio son personas que tienen el firme deseo de tener descendencia mediante éstos métodos y si alguno de

ellos una vez que se ha dado el nacimiento no quiere asumir su responsabilidad, la ley establece los medios para que se declare la filiación respectiva.

Ahora bien, en cuanto a la forma en que se regula la filiación, la ley presume que el hijo ha sido concebido durante el periodo que se extiende entre los ciento ochenta y los trescientos días, inclusive antes de la fecha del nacimiento, por ello se presumen hijos de los cónyuges los nacidos durante el matrimonio y antes de los trescientos días después de la disolución de matrimonio; la presunción de paternidad no es aplicable al hijo nacido después de dicho término ni en caso de ausencia declarada del marido cuando el nacimiento se hubiere dado más de trescientos días después de la desaparición. En contra de las presunciones legales, el padre puede ejercitar la acción de denegación de paternidad para demostrar que no puede ser el padre teniendo incluso la única prueba de la fecha del parto, a menos que hubiera conocido el embarazo antes del matrimonio, o que se hubiera comportado después del nacimiento como el padre. Dicha acción de denegación de paternidad deberá ejercitarse dentro de los seis meses siguientes al nacimiento, cuando se encuentre en el lugar y si no estuviese en el lugar, dentro de los seis meses desde su regreso; en el caso de que el nacimiento se le hubiere ocultado dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento del fraude. La ley permite en el caso de que el marido falleciere antes de haber iniciado la acción pero estando todavía en plazo válido para hacerlo, sus herederos podrán impugnar la filiación dentro de los seis meses desde que el hijo tomó posesión de los bienes o desde el instante en que los herederos hubieran sido perturbados por él en su propia posesión.

La filiación de los hijos legítimos se prueba con las partidas de nacimiento inscritas en el Registro Civil, a falta de este título, la posesión de estado del hijo será suficiente

También se regula lo que en la doctrina se conoce como "Posesión de Estado" la cual se establece por la reunión suficiente de hechos que indiquen la relación de filiación y de parentesco entre un individuo y la familia a la que se dice pertenecer.

Para que pueda establecerse la Posesión de estado deben cumplirse ciertos requisitos los cuales son:

- 1.- Que el individuo siempre haya llevado el apellido de los que se le dice nacido.
- 2.- Que éstos le hayan tratado como su hijo, y él les haya tratado como su padre y madre. Es necesario que se relacione al hijo indivisiblemente con su padre y con su madre.
- 3.-Que hayan contribuido a su educación, a su manutención.
- 4.- Que dicha posesión de estado sea continua.
- 5.- Que la autoridad pública la considere como tal.

En cuanto a las acciones de la Filiación, se establece que éstas no son objeto de renuncia y se señala que siempre que no estuvieran señalados en la ley plazos más cortos, las acciones de filiación prescribirán a los treinta años contados a partir del día en que la persona ha sido privada del estado que reclama o ha comenzado a disfrutar del estado que le fue impugnado. Solamente podrán ejercitar la acción de filiación los herederos, en la medida en que el titular hubiera fallecido menor de edad

o dentro de los cinco años posteriores a su mayoría de edad o a su emancipación; también podrán continuar la acción que hubiera ya iniciado, a menos que haya habido desistimiento de la instancia.

La ley señala que nadie puede reclamar un estado contrario al que le otorgan su partida de nacimiento y la posesión de estado y recíprocamente, nadie puede impugnar el estado de quien tuviera una posesión conforme a su partida de nacimiento, esto viene a confirmar lo que en materia de reproducción asistida se ha establecido, es decir, no se determinará ningún vínculo filial entre el hijo producto de tales técnicas y el donante que haya participado, así el hijo no puede impugnar su filiación y reclamar la otra a menos que se alegue que ha habido suposición de parto, suplantación de hijo, incluso involuntaria o bien que el hijo no es producto de las técnicas de reproducción asistida, para lo cual se señala que serán admisibles todos los medios adecuados para establecer que el reclamante no es el hijo de la madre que pretende tener, o incluso probada la maternidad, que no es el hijo del marido de la madre.

En cuanto a la legitimación, se establece que ésta puede darse por matrimonio de los progenitores o por resolución de la autoridad judicial. Tratándose de los hijos no matrimoniales, aunque hubieran fallecido serán legitimados de pleno derecho por el subsiguiente matrimonio de sus padres. La legitimación surte efectos desde la fecha del matrimonio de los padres y confiere al hijo legitimado todos los derechos y los deberes del hijo legítimo, sin embargo la legitimación no puede tener como efecto modificar el apellido de un hijo mayor de edad sin el consentimiento de éste.

En el caso de que el matrimonio resultare imposible entre los dos progenitores, el beneficio de la legitimación podrá ser concedido al hijo por la autoridad de justicia siempre que tenga respecto al progenitor que la solicite, la posesión de estado de hijo natural; ésta legitimación surte efectos desde la fecha de la resolución que la pronuncie definitivamente. En el caso de que se hubiere producido a petición de uno sólo de los padres, no surtirá efecto respecto del otro y solamente cuando se haya declarado respecto de los dos padres, el hijo tomará el apellido del padre si fuera menor de edad.

Respecto a la filiación no matrimonial, se señala que se da por el reconocimiento voluntario, por la posesión de estado o por efecto de una sentencia.

El reconocimiento de un hijo natural puede hacerse en la partida de nacimiento, por acta recibida por el oficial del Registro Civil o por cualquier acta pública, en el caso de que el reconocimiento sea hecho por el padre, sin la indicación y la confesión de la madre, solo surtirá efectos respecto del padre. Una vez realizado el reconocimiento, hace inadmisibile el establecimiento de otra filiación natural que lo contradiga mientras no se haya impugnado en juicio por cualquier persona que tuviera interés, incluso por su autor. El hijo natural tiene en general los mismos derechos y deberes que el hijo legítimo en sus relaciones con su padre y madre, el hijo natural adquiere el apellido de aquél de los padres respecto del que se establece la filiación en primer lugar.

En cuanto a las acciones de investigación de la paternidad y maternidad, el artículo 340 establece que la acción de investigación de la paternidad sólo corresponde al hijo pero durante la minoridad del hijo, la madre, incluso menor de edad, es la única que tiene calidad para ejercerla en contra del presunto padre o contra sus herederos; a falta de herederos o si éstos hubieran renunciado a la sucesión, contra el Estado, debiendo sin embargo ser llamados al procedimiento los herederos que renuncien para hacer valer sus derechos.

Dicha acción deberá ejercitarse, bajo pena de prescripción, dentro de los dos años siguientes al nacimiento. Sin embargo, si el presunto padre y la madre hubieran vivido durante el periodo legal de la concepción en concubinato que implique, a falta de convivencia, relaciones estables o continuas, la acción podrá ser ejercida hasta la expiración del plazo de dos años siguientes al cese del concubinato. Si el presunto padre hubiera contribuido a la manutención, a la educación o al establecimiento del hijo como padre, la acción podrá ser ejercida hasta la expiración de los dos años siguientes al cese de esta contribución. En el caso de que no hubiere sido ejercida durante la minoridad de edad del hijo, éste podrá ejercerla durante los dos años siguientes a su mayoría de edad.

Tratándose de la acción de investigación de la maternidad, el hijo que ejerce la acción esta obligado a probar que era él a quien la presunta madre parió, aunque con la reforma realizada por la ley n° 93-22 del 8 de enero de 1993 se establece que en el momento del parto, la madre puede solicitar que se preserve el secreto de su

ingreso y de su identidad, situación en la cual, el hijo queda imposibilitado para probar la presunta maternidad .ya que no contará con los medios probatorios adecuados y únicamente podrá hacer valer algunos indicios y de la misma forma, la presunta madre o padre en su caso, podrán desechar la demanda probando por cualquier medio que no puede ser el padre o la madre.

2.1.3.- REGULACIÓN DE LA FILIACIÓN EN MÉXICO

El Código Civil vigente para el Distrito Federal con las reformas realizadas en el mes de mayo de 2000 define lo que es la filiación en su artículo 338 diciendo: *"es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia, por lo tanto no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción o a sujetarse en compromiso en árbitros."*

Esta última parte del artículo en comento, es muy lógica ya que toda transacción supone derechos cuestionables en donde las partes se hacen recíprocas concesiones en beneficio de la solución del problema, sin embargo sobre la filiación no puede darse tal situación ya que o se es hijo de una determinada persona o no se es ya que la filiación no es divisible, es decir, no se puede ser frente a unos hijo de determinada persona y frente a otros hijo de distinta persona. Por lo tanto respecto al empleo de las técnicas de reproducción asistida y en particular en el caso de que se recurriera a la maternidad subrogada, de acuerdo a la redacción de éste artículo, la madre a la que la ley le reconoce el vínculo filial es la mujer que ha llevado el embarazo y ha dado a luz al niño por lo tanto no puede esta mujer previamente hacer

un convenio respecto a la filiación de dicho niño, con lo cual la madre que ha solicitado el empleo de dicha técnica de conformidad con la actual legislación no tendrá ningún vínculo filial que le reconozca la ley aún cuando ella y su cónyuge hayan aportado el elemento genético y aún ante la ausencia de éste, fueron ellos quienes tuvieron ese deseo.

En donde si esta permitida la transacción o compromiso en árbitros es sobre los derechos pecuniarios que de la filiación legalmente adquirida pudieran deducirse, salvo aquellos casos en que el Código señale lo contrario.

Algo que resulta importante señalar es que en la actual redacción del Código Civil, ya no se hace toda una clasificación respecto de los hijos. La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen. Todos tienen el mismo derecho y dignidad independientemente de que hubieren nacido de matrimonio o fuera de él.

Una vez que define la filiación, sin clasificar, el artículo 324 señala quienes son considerados hijos de matrimonio. Para ello se funda en la existencia del matrimonio de los padres y hace referencia a los hechos de la concepción y el nacimiento para considerar hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

- 1.- Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y
- 2.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este

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

Del artículo en comento se desprende que se consideran hijos de los cónyuges aquellos nacidos durante la vida del matrimonio sin importar el hecho de que la concepción se haya dado antes de la celebración del matrimonio, porque según el periodo legal de la concepción los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, se dieron cuando eran solteros; así ahora por ministerio de ley el hijo es considerado como hijo de la pareja conyugal ya que sólo exige que nazca "de matrimonio" es decir durante la vida del matrimonio.

En cuanto a la segunda fracción del artículo en comento, por extensión; son considerados hijos de los cónyuges los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo pues se considera que la concepción se produjo durante la vida del matrimonio aunque el nacimiento acaezca dentro de los trescientos días siguientes a la disolución ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio. En éste supuesto se agrega una condición para que pueda darse la presunción y consiste en señalar que sea:

"siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la ex cónyuge." Esto es una condición tácita a la mujer para que no se case durante ese periodo ya que si se incumple la condición prohibitiva no surte efecto la presunción al no saberse o existir duda a cual cónyuge correspondería la paternidad del hijo que nazca.

No me parece claro ni congruente que el plazo de los trescientos días, en los casos

de divorcio o nulidad se cuente desde la fecha en la cual quedaron de hecho separados los cónyuges por orden judicial. Esto desde mi particular punto de vista, considero que debería favorecerse a la existencia del matrimonio y no al hecho de la separación de los cónyuges pues en tanto no se de la sentencia que disuelva el vínculo, seguirán siendo consortes y los hijos que nazcan serán de matrimonio a menos que operen los presupuestos señalados en la ley es decir, cuando se pruebe que se le ocultó el embarazo o que fue físicamente imposible tener cópula con su esposa en los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento, encontrándonos ante el supuesto de la separación de cuerpos lo cual no implica que aunque estén separados se haya roto la práctica de tener relaciones sexuales aunque sean ocasionales.

Si bien la filiación crea un estado de familia, es decir de hijo de matrimonio, dicho estado puede ser destruido mediante el ejercicio de la acción de contradicción de paternidad o la acción de desconocimiento de la paternidad, por ello si se pretende atacar las presunciones establecidas en el artículo 324, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer. También se establece que el cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos. Con lo anterior, la ley abre el camino a los cónyuges para que puedan acceder a las técnicas de reproducción asistida siendo una de ellas la técnica de la maternidad subrogada la cual puede utilizarse para lograr tener su propia descendencia lo cual queda ratificado en la redacción actual del artículo 162 del Código Civil vigente para el Distrito Federal el cual señala: *"...los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia."*

Si bien la ley otorga el derecho a los cónyuges de acceder a éstas técnicas de reproducción asistida una vez que se ha cumplido con lo señalado en la ley respectiva, también le impone la obligación al cónyuge que ha dado su consentimiento en los términos que marca la Ley General de Salud para que se realicen tales técnicas y cuando el resultado sea el nacimiento de un hijo; dicho cónyuge no podrá impugnar la paternidad de ese hijo, incluso cuando parte del material genético hubiere sido aportado por un donante.

El Código Civil, con las reformas que se realizaron en mayo de 2000 abrió la posibilidad de acceder a los avances científicos para probar la paternidad y previendo el avance científico no sólo se refinó a los conocimientos actuales sino a las que deriven de los conocimientos futuros; esto se debe a que hasta antes de la

reforma no existía ningún otro medio probatorio y sólo se acudía al hecho de haber sido físicamente imposible al marido el tener acceso carnal con su cónyuge dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento; sin embargo ahora existe toda una serie de pruebas biológicas siendo la prueba del ADN la más importante ya que la certeza de sus resultados es en el 99% segura.

Una vez que se ha establecido la filiación y lo que se pretenda es atacar dicha filiación, debemos recordar que únicamente se puede impugnar la filiación del hijo que nazca en los términos del artículo 337, es decir "se tendrá por nacido al que desprendido enteramente del seno materno vive 24 horas o es presentado vivo ante el juez del Registro Civil" por lo tanto sino nace viable o nace muerto, no procede contradicción o desconocimiento alguno en cuanto a su filiación.

Dicha acción corresponde en principio al marido o su tutor, sin embargo la ley en ciertos casos otorga a los herederos y en un caso especial a todos los interesados, cuando se trata de cuestiones relativas a la filiación del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, pero esta acción no prosperará si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge. Esto se basa en que opera una presunción en su aspecto negativo, es decir, se considera al hijo nacido fuera de matrimonio pues se trata del hijo que nació después de trescientos días de disuelto el matrimonio y es imposible jurídicamente que se le considere como hijo de matrimonio pues éste ya estaba disuelto y en el caso de que el cónyuge aceptara el uso de métodos de reproducción asistida, su acción no prosperará.

En todos los casos en que el cónyuge varón impugne la paternidad, debe deducir la acción dentro de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento. Si el cónyuge varón está bajo tutela por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, este derecho podrá ser ejercido por su tutor. Si éste no lo ejercitare, podrá hacerlo el cónyuge varón después de haber salido de la tutela, en el plazo señalado en el artículo anterior, mismo que se contará desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento. Respecto a los herederos del cónyuge varón, que habiendo tenido o no tutor, hubiere muerto incapaz, podrán impugnar la paternidad, en los casos en que podría hacerlo el padre dentro del término de sesenta días contados a partir de los eventos que se señalan en la ley.

En el caso de que el marido se encontrare en pleno uso de sus facultades mentales y hubiere muerto sin haber ejercitado la acción dentro del término señalado, los herederos no podrán impugnar la paternidad de un hijo nacido del matrimonio, en todos los demás casos, si el cónyuge ha fallecido sin hacer la reclamación dentro del término hábil, los herederos tendrán para interponer la demanda, sesenta días contados desde aquél en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean perturbados por el hijo en la posesión de la herencia sin que se acumule el plazo ya transcurrido durante la vida del esposo. Es un plazo nuevo de sesenta días en beneficio de los herederos.

*El desconocimiento de un hijo, es decir, la destrucción de la presunción de paternidad establecida contra el marido de su madre, únicamente puede resultar de una sentencia. Cualquier otra forma sería inoperante,⁴³

En el juicio de impugnación de paternidad, el juez competente es el juez de lo familiar de acuerdo al artículo 159 del Código de Procedimientos Civiles, será el juez de lo familiar del domicilio del hijo en contra del cual se ejerce la acción, siguiendo el principio de que es el demandado y aplicando la fracción IX del artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles que se refiere a los menores e incapacitados en cuyo caso es competente el juez del domicilio de éstos. En cuanto a las partes, son en primer lugar el marido por su propio derecho y serán oídos, según el caso, la madre y el hijo, a quien, si fuere menor, se le proveerá de un tutor interino, y en todo caso el Juez de lo Familiar atenderá el interés superior del menor.

En cuanto a la prueba de la filiación de los hijos, en relación con la madre es de fácil probanza pues se trata de un hecho biológico comprobable en forma directa por virtud del parto de la madre y la identidad del hijo. Los artículos 340 y 341 del C. C. señalan las pruebas de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio, las cuales son:

- 1.-La partida de nacimiento de los hijos,
- 2.-A falta de actas, la posesión constante de estado de hijo
- 3.-En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza incluyendo aquellos que el avance de los conocimientos científicos pudiera ofrecer, pero la testimonial no es admisible sino

⁴³ PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Editorial Cajica [S.A.] Puebla México, P. 140.

hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento.

Si faltare registro o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba sin admitirla de otra clase.

De lo anterior se deduce que hay dos clases de pruebas para acreditar la filiación: "Unas son extrajudiciales, como son las actas de Registro Civil y la posesión de estado y las segundas son las judiciales por medio de las pruebas que se aporten ante el juez"⁴⁴ incluyendo aquellas derivadas del avance de la ciencia y no sólo se alude a las presentes sino a las que pudieren existir en el futuro.

De acuerdo a la ley, la prueba primordial con la que se acredita la filiación de los hijos es el acta de nacimiento y sólo en caso de falta de ésta puede recurrirse a la prueba de posesión de estado de hijo " que es un estado de hecho, una relación humana que se establece en forma natural y que viene a acreditar la relación que hay entre dos personas, de las cuales una descende de la otra y por aceptarse en el derecho viene a acreditar en esa forma la relación jurídica entre ambos. "⁴⁵

Mazeaud define la posesión de estado de hijo como: "una reunión suficiente de hechos que indica la relación de filiación y de parentesco entre un individuo y la

⁴⁴ CHÁVEZ ASECIO, Manuel. Op. Cit. P. 87.

⁴⁵ IBIDEM. P. 89.

la familia a la que él pretende pertenecer^{*46}

Para que se de la posesión de estado se requiere como presupuesto que no exista el acta de nacimiento y que además se cumplan los elementos constitutivos que señala la ley.

De acuerdo a la doctrina, se requieren tres elementos constitutivos que son:

- 1.- El nombre que significa que el hijo usa constantemente el apellido del que pretende ser su padre o su madre.
- 2.- El trato se refiere a que el padre lo ha tratado como hijo, proveyéndolo a su subsistencia, educación y establecimiento.
- 3.- La fama, se estima que es el elemento principal ya que es ante la sociedad en donde el hijo debe aparecer y ser reconocido como hijo; así como ante la familia del padre y de la madre.

Además se requiere que el presunto padre o madre tenga la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido.

De acuerdo al artículo 343 se establece que si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo, si además concurre alguna de las circunstancias señaladas en el párrafo anterior, es decir, no se exige que se den todas las circunstancias, sino solamente que concorra alguna de ellas.

^{*46} MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Op. Cit. P. 443.

Debido a que la relación paterno filial es recíproca; así como los padres tienen el ejercicio de la acción para contradecir la filiación de los hijos supuestamente habidos de matrimonio, éstos tienen la acción para reclamar su estado de hijo de matrimonio; dicha acción tiene por objeto obtener la filiación de la que carece.

No se trata del resultado de la acción ejercida por los padres de impugnación de la paternidad, sino del desconocimiento de hecho al no haber sido inscrito el hijo en el Registro Civil y no contar por ello con el acta de nacimiento, o bien porque el padre y o la madre que aparecen en el acta no lo sean en realidad o porque haya sido registrado sólo por su madre.

De acuerdo con el artículo 347 la acción que compete al hijo para reclamar su filiación es imprescriptible para él y sus descendientes; es personalísima durante la vida del hijo y pierde ese carácter a su muerte, es decir, viviendo el hijo únicamente él podrá ejercer la acción, una vez que muera, los descendientes, herederos, acreedores, legatarios y donatarios del hijo pueden ejercitar la acción de conformidad con lo previsto en la ley.

Tratándose de los herederos, podrán intentar la acción de reclamación de la filiación conyugal que correspondería al hijo, si éste murió antes de cumplir veintidós años o si presentó incapacidad de ejercicio antes de cumplir esa edad y murió después en el mismo estado, en éstos casos la acción prescribe a los cuatro años contados desde el fallecimiento del hijo.

Los herederos podrán continuar la acción intentada en tiempo por el hijo, y pueden también contestar toda demanda que tenga por objeto disputarle su filiación. Los acreedores, legatarios y donatarios tendrán los mismos derechos que a los herederos concede la ley si el hijo no dejó bienes suficientes para pagarles,

Como podemos observar, la regulación jurídica de la filiación tanto en España como en Francia es muy similar a la establecida en nuestro país, únicamente encontré una diferencia en cuanto a los términos para ejercitar cualquier acción en materia filiatoria y es que en la legislación francesa se establece en el artículo 311-7: *"Siempre que no estuvieran recogidas por la ley en plazos más cortos, las acciones de filiación prescribirán a los treinta años a contar desde el día en que la persona ha sido privada del estado que reclama, o ha comenzado a disfrutar del estado que le fue impugnado."*

Del anterior artículo observamos que en Francia el legislador ha establecido un término máximo para poder ejercitar las acciones relacionadas con la filiación, situación que en México no se da ya que en nuestra legislación se establece que algunas acciones en materia filiatoria son imprescriptibles.

La condición de hijo no puede perderse sino por sentencia ejecutoriada en virtud de que todo desconocimiento de un hijo practicado de otra manera es nulo; además, aunque el reconocimiento sea posterior, los hijos adquieren todos sus derechos desde la fecha de nacimiento que consta en la primera acta, pueden gozar también de ese derecho, los hijos que ya hayan fallecido al celebrarse el matrimonio de sus

padres, si dejaron descendientes; también pueden gozar de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre declara que reconoce al hijo de la mujer que está embarazada.

De acuerdo con el artículo 360, la filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare.

Para el maestro Manuel Chávez Ascencio, el reconocimiento es "el acto jurídico familiar por el cual quienes han tenido un hijo fuera de matrimonio declaran, conjunta o separadamente, que lo reconocen y aceptan como su hijo, siempre que ello se haga mediante las formas prescritas por la ley. En virtud del reconocimiento una persona manifiesta ser el padre o madre de la otra."⁴⁷ Se establece una presunción en relación con el padre de que el reconocido es hijo del reconociente; esta presunción se basa en un concepto de fidelidad respecto a la mujer que lo engendró, con la cual ha tenido relaciones sexuales.

El progenitor podrá reconocer a sus hijos si tiene la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido, tratándose de un menor de edad no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento del que o de los que ejerzan sobre él la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o, a falla de ésta, sin la autorización judicial. 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 mayor edad.

⁴⁷ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit. P. 147.

El reconocimiento es un acto individual ya que puede hacerlo el padre independientemente de la madre, o ésta independientemente del padre por ello el reconocimiento hecho por uno de los padres produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor. El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento.

La ley establece que el cónyuge podrá reconocer al hijo habido antes de su matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con la anuencia expresa de éste; además, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo; así pues se requiere para poder reconocer al hijo de la mujer casada, que previamente el esposo de ésta haya entablado acción de desconocimiento de la filiación de ese hijo.

Tratándose del reconocimiento del hijo mayor de edad, éste no puede ser reconocido sin su consentimiento, ni el menor, ni el que esté en estado de interdicción, sin el de su tutor, si lo tiene, o del tutor que el Juez de lo Familiar le nombrará especialmente para el caso, no obstante, si el hijo reconocido es menor, puede reclamar contra el reconocimiento cuando llegue a la mayor edad en cuyo caso el término para deducir esta acción será de dos años, que comenzará a correr desde que el hijo sea mayor de edad, si antes de serlo tuvo noticia del

reconocimiento, y si no la tenía, desde la fecha en que la adquirió.

El reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos señalados en el artículo 369:

- 1.- En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;
- 2.- Por acta especial ante el mismo Juez; en este caso se presume que ya se hubiere levantado el acta de nacimiento y como el acta de reconocimiento se hace con posterioridad a la de nacimiento, se hará mención en ésta del reconocimiento habido, haciendo la anotación correspondiente.
- 3.- Por escritura pública. Se hará ante notario público u otro fedatario.
- 4.- Por testamento; y
- 5.- Por confesión judicial directa y expresa.

El reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto, pero podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad.

En el caso de que el padre y la madre no vivan juntos y reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su guarda y custodia; y si no lo hicieren, el Juez de lo Familiar, oyendo al padre, madre, al menor y al Ministerio Público, resolverá lo más conveniente atendiendo siempre el interés superior del menor. Si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por el padre o la madre que no viven juntos, ejercerá la guarda y custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que ambos convinieran otra cosa entre ellos, y siempre que el Juez de lo

Familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los progenitores, del menor y del Ministerio Público.

En cuanto a la forma de determinar la filiación de los hijos de los concubinos, la ley establece que se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- 1.- Los nacidos dentro del concubinato; y
- 2.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

Como ya señalamos anteriormente, el artículo 360 del C. C. establece que la filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos; o por sentencia ejecutoriada que así lo declare; de lo anterior vemos que el reconocimiento puede establecerse en virtud de un acto de voluntad o mediante la sentencia que declare la paternidad en un juicio de investigación de la misma que será un acto jurisdiccional que se impone al progenitor con el que se litiga.

No habiendo reconocimiento por parte de los progenitores, los hijos extramatrimoniales tienen el derecho de establecer el vínculo paterno filial por sentencia que se obtiene al ejercitar la acción de investigación de la paternidad.

Podemos definirla como: "el derecho que tienen los hijos habidos fuera de matrimonio de acudir a los tribunales, en los casos permitidos por la ley, para aportar las pruebas de su filiación, a fin de que sea declarada por los mismos y se obligue a

los padres demandados a cumplir con los deberes, derechos y obligaciones que les impone la relación paterno filial.⁴⁸

La acción de investigación de la paternidad y la maternidad corresponde a los hijos habidos fuera de matrimonio, en forma paralela a la acción de reclamación que corresponde a los hijos de matrimonio. En la doctrina se le denomina "reconocimiento forzado" sin embargo Marcel Planiol señala que quien reconoce la filiación es el juez y no el padre o la madre, los cuales lejos de reconocerla, la discuten hasta el fin.

En la actualidad la investigación de la paternidad y maternidad esta abierta, así el artículo 382 señala que la paternidad y maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.

Las disposiciones establecidas en el artículo en comento, fueron realizadas el 25 de mayo de 2000 con el objeto de evitar obstáculos y facilitar la comprobación, tanto de la paternidad como de la maternidad, se permite cualquier medio ordinario de prueba y aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrezca. Sin embargo como puede haber la resistencia de algún progenitor para negarse u obstaculizar el desahogo de la prueba, el citado artículo establece una presunción

⁴⁸ IBIDEM. P. 179

legal, al expresar que: ***“si se propusiere cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negare a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá salvo prueba en contrario que es el padre o la madre.”***

Esta presunción de conformidad con el criterio establecido por diversas tesis pronunciadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es violatoria de garantías individuales ya que con su desahogo se afectan derechos sustantivos del sujeto que debe practicarse la prueba y en consecuencia se establece la procedencia del Juicio de Amparo Indirecto en contra de la resolución que ordene el desahogo de la probanza ya que para poder practicarse las pruebas derivadas de los avances científicos, como lo es el caso de la prueba de ADN, se requiere que exista el consentimiento del sujeto y una evidencia material suficiente para poder llevarla a cabo tal como son muestras de sangre, piel, hueso o tejido o en su caso líquido seminal.

Esto desde mi particular punto de vista crea un candado a tan excelente avance legislativo ya que deja inoperante el citado artículo ya que con lo establecido en los criterios jurisprudenciales, se crea una problemática en cuanto al ofrecimiento, admisión y desahogo de la prueba ya que la presunción establecida en la última parte del artículo en comento, quedará privada de efecto legal ya que no podrá desarrollarse la prueba en virtud de que no se podrá coaccionar al sujeto para que se la practique puesto que para la admisión de la prueba se requiere previamente su consentimiento para practicarla y para obtener la muestra necesaria; y como es

lógico, dicho sujeto sabiendo la certeza de la probanza, difícilmente aceptará practicársela más aún si en realidad existe el vínculo sanguíneo.

Ahora bien, el criterio jurisprudencial establece que si no existe el consentimiento previo del sujeto, no puede coaccionársele al sometimiento de la prueba pues con ello se contrapone a su voluntad y se atenta contra su persona, lo cual en mi opinión es incongruente puesto que entonces no tendrá validez dicho artículo ya que para la persona sometida a la prueba le será muy fácil negarse a la práctica de ella para colocarse en los supuestos señalados en la tesis citada y en consecuencia no se podrá desahogar la prueba con las consecuencias legales que arrojaran sus resultados, perjudicando el interés superior del menor al no poder determinarse su filiación.

En cuanto a la investigación de la maternidad; ésta se encuentra abierta ya que el artículo 385 faculta al hijo y a sus descendientes a investigar la maternidad, la cual puede probarse por cuales quiera de los medios ordinarios; pero existe una excepción que se da cuando la indagación tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.

Sin embargo, la excepción señalada en el párrafo anterior, deja de tener efecto cuando la investigación se deduzca de una sentencia civil o criminal. Esto significa que en los casos señalados de raptó, estupro o violación, y después de haber una sentencia penal por la que se condene al delincuente, puede hacerse la investigación de la maternidad en relación a la ofendida.

La ley establece que el hecho de dar alimentos no constituye por si solo prueba, ni aun presunción, de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar éstas.

En cuanto al tiempo en el cual pueden ejercitarse las acciones de investigación de paternidad o maternidad, éstas sólo pueden intentarse en vida de los padres. Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad.(Art. 388 C. C. D. F.)

Ahora bien, el hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene derecho:

- 1.- A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca.
- 2.- A ser alimentado por las personas que lo reconozcan.
- 3.- A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley, y
- 4.- Los demás que se deriven de la filiación.

CAPITULO TERCERO
LA MATERNIDAD SUBROGADA FRENTE A LA
PROBLEMÁTICA DE LA FILIACIÓN

3.1.-NORMATIVIDAD APLICABLE A LA MATERNIDAD SUBROGADA

A pesar de que nuestro país no tiene un gran desarrollo científico como las grandes potencias, sí ha logrado avances muy importantes en materia de ingeniería genética y en especial en las técnicas de reproducción asistida tales como la inseminación artificial y la fecundación in Vitro, técnicas que sirven para desarrollar la muy controvertida técnica de la maternidad subrogada. Sin embargo nuestro actual sistema jurídico si bien ha regulado algunos aspectos en cuanto a las técnicas de reproducción asistida, respecto a la técnica de la maternidad subrogada no ha regulado en ningún aspecto, ya sea prohibiéndola o permitiéndola, esto a pesar de que en un Estado de nuestro país ya se permite jurídicamente; ello hace necesario el análisis jurídico de lo existente hasta el momento sobre el tema pues con el tiempo y a pesar de los ataques, estigmas e ignorancias, éstas técnicas pueden ser la solución a los problemas de esterilidad e infertilidad y su desarrollo puede extenderse en todo el territorio nacional.

Así pues, cualquier estudio jurídico sobre la técnica de la maternidad subrogada, debe partir del contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual es la norma fundamental en nuestro orden jurídico y de la cual

derivan otras leyes que son de gran importancia en el estudio de nuestro tema tales como la Ley General de salud que establece disposiciones en materia de inseminación artificial, el Código Civil para el Distrito Federal que ya establece algunas disposiciones relativas a la filiación de los hijos nacidos mediante el empleo de éstas técnicas y sobre el cual pretendo hacer mi propuesta para regular la filiación derivada de la maternidad subrogada.

3.1.1.- EL DERECHO A LA PROCREACIÓN COMO DERECHO HUMANO Y COMO GARANTÍA INDIVIDUAL

Para poder encontrar y dar un fundamento a la maternidad subrogada debemos analizar si existe un derecho a la reproducción como derecho humano y posteriormente su integración como una garantía Constitucional, ya que como señalaba el ilustre maestro de nuestra Facultad de Derecho don Gabriel García Rojas. *"toda garantía individual entraña o contiene un derecho humano pero no todo derecho humano se encuentra contenido en una garantía individual."*

Los derechos Humanos, vistos como un medio jurídico de defensa del individuo frente al poder del Estado, son de reciente creación pues datan de finales del siglo XVIII con la caída del régimen absolutista y más exactamente con la revolución francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.

El ser humano no es solamente la parte material, posee también un elemento espiritual; por eso al pensar en nuestra calidad de personas, necesariamente nos

remitimos a los derechos humanos que podemos definir como un conjunto de principios y normas universalmente aceptados por los individuos, comunidades, instituciones y Estados para preservar la dignidad humana, fomentar la justicia, el progreso y la paz, de ahí su importancia en cuanto al tema de la reproducción humana. Así pues, desde su creación, han ido evolucionando y enriqueciéndose; doctrinariamente se les clasifica en generaciones. A los derechos humanos que surgieron al principio se les conoce como de primera generación (derecho a la vida, a la libertad, en general los comúnmente conocidos como derechos civiles y políticos).

En los de segunda generación, no menos importantes "se incorpora cierta extensión del sufragio, algunas libertades públicas y el progresivo reconocimiento de los grupos"⁴⁹

Dentro de los derechos de tercera generación, que son más de carácter social encontramos que "la tercera generación coincide con el denominado estado social y junto con los derechos de las dos anteriores generaciones, se reconocen los derechos económicos (salario mínimo; protección económica de los menores, minusválidos, ancianos etc.) y los derechos de prestación exigibles al Estado para garantizar su ejercicio: derecho a la educación, a la tutela judicial etc."⁵⁰ "Estos derechos tienden a la creación de un entorno garantizador de la efectiva vigencia de los correspondientes a las dos generaciones anteriores (derecho al desarrollo, a la

⁴⁹ GOMEZ SÁNCHEZ YOLANDA. El Derecho a la reproducción humana, servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1994 P.24

⁵⁰ IDEM

paz, a la libre determinación de los pueblos etc.»⁵¹

Actualmente podemos decir que se están creando los derechos humanos de cuarta generación dentro de los cuales encontramos un cúmulo de derechos que compondrían un nuevo estatus jurídico de la vida y del patrimonio genético de cada individuo en la sociedad y que se refiere a los nuevos problemas planteados con relación al comienzo de la vida humana (fecundación artificial, investigación y crío conservación de embriones, clonación, etc.) también encontramos lo relativo a la protección y preservación del medio ambiente.

Ahora bien, dentro de estos derechos humanos son importantes para nuestro estudio, el derecho a la procreación, el derecho a la protección de la salud y el derecho a conocer los propios orígenes.

Sin embargo, actualmente no existe un concepto jurídico de reproducción humana y el llamado derecho a la reproducción o procreación humana es vago en su significado ya que no existe una declaración expresa que lo señale, esto es; el tema de la reproducción se ha dejado entendido en forma implícita en diversos conceptos tales como la maternidad, la familia, la infancia etc. Así, en la Carta Internacional de los derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, hace referencia implícitamente en diversos artículos al tema de la reproducción humana; tales como:

⁵¹ RAFAÉL MARQUEZ PIÑEIRO, *Perspectivas penales del desarrollo de la ingeniería genética en Genética Humana y Derecho a la intimidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1995 P. 74

Artículo 1°: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."

El artículo en comento se refiere a la igualdad de derechos que deben poseer todas las personas, esto es acorde con el artículo primero de nuestra Constitución; así en cuanto a la reproducción, las personas que tienen algún problema fisiológico para procrear y las que no padecen ninguno, tienen de igual forma el mismo derecho a tener su descendencia y a formar una familia pudiendo en la actualidad acceder a las técnicas de reproducción asistida para lograr su descendencia.

Artículo 16: Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio, en su caso, de disolución del matrimonio.

2.-Sólo mediante libre y pleno consentimiento los esposos podrán contraerse al matrimonio.

3.-La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Este artículo se refiere a la familia y al matrimonio y en forma implícita se refiere a la procreación, sin embargo no encontramos en ésta Declaración una disposición jurídica que se refiera expresamente a la reproducción.

Existen otras Convenciones internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos de 16 de diciembre de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, la Carta Social de Europa de 18 de octubre de 1961, los cuales tampoco mencionan en forma directa la reproducción, sino que aluden al matrimonio, a la familia, a los niños, la infancia y la filiación; los cuales se relacionan con el tema de la reproducción.

Por su parte, La Carta de los Derechos de la Familia del 22 de octubre de 1983 presentada por la Santa Sede ha tratado en forma directa el tema de la función procreativa dentro del matrimonio. Así en su artículo tercero se establece:

Artículo 3: Los esposos tienen el derecho inalienable de fundar una familia y decidir sobre el intervalo entre los nacimientos y el número de hijos a procrear, teniendo en plena consideración los deberes para consigo mismos, para con los hijos ya nacidos, la familia y la sociedad, dentro de una justa jerarquía de valores y de acuerdo con el orden moral objetivo que excluye el recurso de la contracepción, la esterilización y el aborto.

a) Las actividades de las autoridades públicas u organizaciones privadas que traten de limitar de algún modo la libertad de los esposos en las decisiones acerca de sus hijos constituye una ofensa grave a la dignidad humana y a la justicia.

b) En las relaciones internacionales, la ayuda económica concedida para la promoción de los pueblos no debe ser concedida a la aceptación de programas de contracepción, esterilización o aborto.

c) La familia tiene derecho a la asistencia de la sociedad en lo referente a sus deberes en la procreación y educación de sus hijos. Las parejas casadas con

familia numerosa tienen derecho a un ayuda adecuada y no deben ser discriminadas.

Este documento es sin duda el que más ahonda en el tema de la reproducción, pues señala que los esposos tienen el derecho inalienable de fundar una familia y decidir sobre el intervalo entre los nacimientos y el número de hijos a procrear; además señala que el Estado tiene el deber de asistir a la sociedad en materia de reproducción humana respetando la libertad y la dignidad de las personas al implementar sus políticas en ésta materia y no debe realizar políticas represivas en la reproducción.

Ahora bien, el concepto de DECISIÓN LIBRE Y RESPONSABLE ACERCA DEL NÚMERO Y ESPACIAMIENTO DE LOS HIJOS A TENER, "fue declarado por primera vez, un derecho humano en 1968, en el artículo 16 de la Proclamación de los Derechos Humanos de Teherán (ONU). Subsecuentemente fue ratificado en 1969 por la Declaración de Progreso Social y Desarrollo (artículos 4 y 22), así como por otros instrumentos declaratorios (United Nations Secretariat, 1990)."⁵²

Por su parte, en nuestro sistema jurídico, el tema de la reproducción se eleva a Garantía Constitucional el 31 de diciembre de 1974 aunque desde 1968 México ya había suscrito la Proclamación De Derechos Humanos de Teherán (ONU).

Así pues, el primer párrafo del artículo Cuarto Constitucional establece:

⁵² CAREAGA PEREZ GLORIA, FIGUEROA JUAN GULLERMO, CONSUELO MEJIA MARIA. *Compiladores, Ética y Salud Reproductiva. Programa Universitario de Investigación en salud UNAM, Grupo Editorial Miguel Angel Porrúa, México 1997 Págs. 324,325*

Artículo 4 Constitucional: *"El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia."*

Del párrafo anterior podemos analizar que nuestra Constitución permite la organización y desarrollo de la familia además de que la protege por ser ésta el núcleo de toda sociedad y la base para la conformación del Estado. Sin embargo en la actualidad esta protección debe ser más profunda ya que en la actualidad la sociedad padece problemas de salud como es cada vez más frecuente la esterilidad y la infertilidad de las parejas, problema que se ve reflejado en el incremento en la utilización de las técnicas de reproducción asistida y aunque de la aplicación de dichas técnicas deriva la Maternidad Subrogada, ésta aún no es tan solicitada, ello no significa que parejas que presenten disfunción en cierto grado para procrear encuentren en ella la solución a su problema y tengan así la oportunidad de ser padres. De otra manera se vería coartada su garantía constitucional de carácter social de poder conformar y constituir una familia en todos los aspectos y que mediante la utilización de la maternidad subrogada sí se constituiría plenamente esa familia en todos sus aspectos.

Por su parte el segundo párrafo del artículo cuarto Constitucional establece:

Artículo 4: *"... Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos".*

El texto del párrafo anterior es por naturaleza un derecho multidimensional porque involucra más de un momento y más de una decisión ya que en él coexisten

principalmente tres dimensiones: la decisión de tener un hijo (implícitamente se refiere al derecho a la procreación), la de cuando tener un hijo, y sobre todo el tipo de anticonceptivo a utilizarse o el medio para regular la fecundidad.

Así pues, éste segundo párrafo del artículo cuarto Constitucional es de vital importancia para nuestro estudio por lo cual lo iremos abordando palabra por palabra para poder comprenderlo.

Analizando dicho párrafo podemos señalar que en cuanto a la titularidad se establece que el legislador señala: LA PERSONA, la cual para efectos de reproducción debe ser entendida como una persona física, así pues, técnicamente el titular de la garantía es una persona en lo individual sin embargo, desde su declaración hasta la fecha, ha existido una gran controversia respecto a la definición de su titularidad. "Mientras que en los años sesenta se reconocía a la familia, para los setentas y ochentas ya se había convertido en la pareja. Actualmente la discusión ha puesto de relieve la necesidad de mayores refinamientos y especificaciones en el sujeto titular y en el significado del término pareja."⁵³

Desde mi particular punto de vista, considero que si bien toda persona (en sentido individual) tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, **es lógico que una sola persona y entendida como de sexo masculino o femenino, sola no puede procrear porque únicamente cuenta con un elemento genético para ello ; lo que sí hace en lo**

⁵³ IBIDEM P.325

individual es tomar la decisión pero para poder materializar esa decisión y llevar a cabo el acto procreativo necesariamente requiere de la voluntad y participación de otra persona de sexo opuesto para que juntos aporten el elemento volitivo y genético (óvulo y esperma) para tener así sus descendientes. Así pues, para evitar confusiones "quizá una solución hubiera sido decir que para los fines reproductivos se entiende como "persona" a la "pareja".⁵⁴

En cuanto a la palabra: FACULTAD, se refiere al derecho subjetivo que la norma confiere al gobernado para decidir en éste caso respecto al número y espaciamiento de sus hijos.

Ahora bien, ese derecho para DECIDIR deberá sujetarse a tres supuestos:

1.- **LIBRE:** Es decir que no deberá ser resultado de coacciones físicas o de cualquier naturaleza. Así pues dicha manifestación en el caso de la utilización de las técnicas de reproducción asistida deberá manifestarse expresa o tácitamente sin que medie ningún vicio del consentimiento como lo es el error, el dolo, la violencia, lesión o ignorancia.

2.- **RESPONSABLE:** Se refiere a que la persona que esta tomando la decisión tenga la capacidad de comprender el hecho y asumir las consecuencias; esto es que la persona tenga la capacidad de responder, de garantizar con sus actos el orden social vigente. Por ello para poder realizar la maternidad subrogada es fundamental el concepto de responsabilidad ya que al participar en ella tres personas y la

⁵⁴ MARTÍNEZ ROARO Ester. Sexualidad, Derecho y Cristianismo. 2ª edición, editorial Instituto de Cultura de Aguascalientes, Aguascalientes México, 2000. Pág. 301

institución médica, se requiere que los que intervienen acepten conscientemente las consecuencias materiales del hecho a realizar, como lo es el aceptar o permitir la gestación de una nueva vida dentro de un cuerpo humano diferente al de origen, surgiendo así un nuevo ser y la constitución real y material de una familia. Así en éste punto considero que es importante ir creando un concepto de PROCREACIÓN RESPONSABLE que va más allá del simple acto sexual y que en el caso de la utilización de la maternidad subrogada se cumple plenamente esa voluntad procreacional que es muy responsable ya que la pareja que acude a dicha técnica y entendiendo que es únicamente en los supuestos ya señalados en el capítulo anterior, al no poder lograr su descendencia en la forma ordinaria, recurren a ésta técnica y desde el comienzo asumen la responsabilidad de su proceder ya que buscan el bienestar de ese hijo que esperan anhelantemente y que en muchos otros casos de niños que nacen en forma ordinaria ni siquiera se observa esa aceptación de la responsabilidad que entraña tener un hijo.

3.-INFORMADAMENTE: Desde la perspectiva del derecho a la información, cabe señalar que la toma de la decisión respecto al número y espaciamiento de los hijos a tener debe hacerse tomando en cuenta la información obtenida para tal caso y en éste supuesto es de vital importancia la labor del Estado a través de sus organismos de salud para que el individuo al tener los medios y conocimientos necesarios logre una decisión reproductiva acorde con sus necesidades y su realidad; por ello el Estado no debe inhibir el proceso de toma de decisiones con respecto a la reproducción, ya sea coaccionando u ocultando la información necesaria para la toma de decisión y además debe proveer los medios necesarios para el ejercicio de las decisiones que han sido tomadas. Así pues, considero que el contenido de la

información para ejercer el derecho a la procreación debe ajustarse en sus contenidos a lo que establece el artículo tercero Constitucional en su fracción segunda que dice: "se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios." Solo de esta forma el individuo podrá tomar la decisión libre de todo prejuicio y en la forma señalada por la Constitución.

Ahora bien, desde la perspectiva del derecho a la información queda claro que la maternidad subrogada requiere de una difusión por parte del Estado en cuanto a hacer llegar la información en materia de avances en las técnicas de reproducción asistida a toda la población y en especial en aquellos que por alguna causa se encuentren impedidos de constituir una familia derivado de algún problema de infertilidad o esterilidad. Es por ello que la técnica de la maternidad subrogada debe considerarse como un producto del desarrollo científico que la civilización humana ha obtenido y que hoy en día permite la posibilidad de lograr la procreación humana responsable utilizando los métodos científicos y tecnológicos denominados "técnicas de reproducción asistida" de las cuales se deriva la maternidad subrogada, la cual debemos entenderla no como una forma alternativa de procrear su descendencia, sino como una posible solución ante los problemas de esterilidad o infertilidad de la pareja; que puede servir para lograr tener una descendencia de éstas personas que no pueden tener por sí mismas un hijo; sirviendo así para garantizar la constitución del núcleo familiar que la mayoría de los seres humanos desea y requiere tener en primer lugar para consolidar la familia y en segundo lugar para perpetuar la especie humana y avanzar en la evolución socio-cultural de nuestro país, ello gracias al

avance científico y tecnológico que se ha desarrollado en el extranjero y que ya ha llegado a nuestro país.

En cuanto a la palabra **HIJOS**, se refiere a los descendientes consanguíneos y se entiende por descendiente consanguíneo aquel que está unido o vinculado con el progenitor por lazos de sangre es decir que el progenitor o generante ha heredado o transmitido al generado sus caracteres genéticos. Así en cuanto a la maternidad subrogada, si bien es otra mujer la que lleva a cabo la gestación y alumbramiento del niño, el hijo producto del empleo de dicha técnica es en principio hijo consanguíneo de las personas que aportaron el elemento genético y que **SOLICITARON RESPONSABLEMENTE** la realización de la técnica.

De todo lo analizado considero pertinente señalar que la reproducción humana se ha dejado entendida en forma implícita en diversos ordenamientos como los ya señalados y en el artículo cuarto Constitucional, pero esto me parece inadecuado y considero que existe una laguna jurídica porque la reproducción no es algo que se tenga que deducir de otros conceptos ya que tiene su propia importancia. Así Yo me pregunto: ¿si la familia seguiría existiendo sin la reproducción?, obviamente que no. Por lo tanto la procreación es elemento básico de la supervivencia humana y de todo el universo jurídico. La familia, el matrimonio, las sucesiones y en general cualquier norma jurídica suponen indefectiblemente al ser humano por ello cualquier acto jurídico está vinculado con el fenómeno de la reproducción humana.

Así pues considero que debe hacerse una reforma al artículo cuarto Constitucional para regular expresamente lo relativo al derecho a la reproducción. Dicha reforma sería en su párrafo tercero cuya redacción no cambiaría en su sentido original y conforme a mi propuesta quedaría de la siguiente forma:

ARTÍCULO CUARTO CONSTITUCIONAL: "...Toda persona tiene derecho a reproducirse por los métodos naturales y en su defecto por los artificiales y a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos."

También debemos considerar el párrafo tercero del mismo artículo Cuarto Constitucional que establece: "*Toda persona tiene derecho a la protección de la salud*" que en éste caso corresponde a la "salud reproductiva" la cual ha sido abordada en múltiples foros internacionales como El Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de la ONU (El Cairo, 1994) el cual reconoce el derecho básico que tienen "...todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos". Así mismo, La Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU (Pekín, 1995) estableció que la salud reproductiva es: "Un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus

funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. La atención de la salud reproductiva incluye el acceso a "métodos, técnicas y servicios que contribuyan a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados." ⁵⁵

Por otro lado, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha señalado que la demanda de accesibilidad a las técnicas de reproducción asistida se basa en tres principios que son:

- 1.-El derecho a la autodeterminación que cada ser humano debe poder ejercer respecto de su proyecto de vida.
- 2.-El derecho a gozar de salud reproductiva; y
- 3.-El derecho a la equidad en el acceso a las prestaciones de la salud.

En este sentido, la atención de la salud reproductiva y el cumplimiento de los derechos reproductivos incluyen el acceso a aquellas parejas que por alguna causa orgánica no puedan tener su propia descendencia puedan acceder a los tratamientos para la infertilidad y el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida dentro de las cuales se encuentra la maternidad subrogada.

⁵⁵ MARTINEZ ROARO, Marcela. *Derechos y Delitos Sexuales y Reproductivos*, editorial Porrúa, México 2000, P. 319

3.1.2.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En la actualidad, el tema de la maternidad subrogada ha sido abordado por pocos países en el mundo. En nuestro país sólo en un Estado se ha regulado, sin embargo han existido ciertos avances normativos en cuanto a la regulación de las técnicas de reproducción asistida y sus consecuencias en el ámbito del derecho civil y en especial en materia filiatoria.

En el Distrito Federal, los legisladores han introducido en el actual Código Civil algunas disposiciones relacionadas con las técnicas de reproducción asistida. Así, el segundo párrafo del artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal reformado en mayo de 2000 señala:

Artículo 162 párrafo segundo: "Los cónyuges tiene derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamento de sus hijos, así como emplear en los términos que señala la ley cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges"

Del párrafo anterior podemos señalar que en cuanto a la titularidad de éste derecho, la norma jurídica concede el derecho a decidir sobre el número y espaciamento de los hijos a tener, a los cónyuges atento a la materia que regula el Código Civil; aplicándose también esto a los concubinos ya que según el artículo 291 ter. Del Código Civil para el Distrito Federal: *"regirán al concubinato todas los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que fueren aplicables."*

En cuanto al derecho a emplear cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia, el legislador ha dejado abierta la posibilidad de recurrir a cualquiera de las técnicas de reproducción asistida y de las cuales una de ellas es la maternidad subrogada y si bien a la reproducción asistida doctrinariamente se le divide en inseminación artificial, fecundación in Vitro y clonación, en la forma en que lo señala el Código Civil para el Distrito Federal se están permitiendo éstas técnicas de las cuales la clonación es todavía mayormente cuestionada a nivel mundial. Así pues considero que existe una falta de conocimiento en cuanto a la terminología correcta que debe utilizarse para no caer en males mayores ya que la ley que regula éstas técnicas de reproducción asistida en nuestro país tampoco señala expresamente cuáles y en qué consisten tales técnicas.

Otra disposición relacionada con las técnicas de reproducción asistida es la que señala el artículo 293 que dice. ***"también se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan"*** sin embargo considero que la redacción del artículo es vaga ya que señala que el parentesco se dará respecto a quienes consientan la técnica siendo que pueden ser muchas personas las implicadas en el desarrollo de la técnica, tales como los médicos, enfermeras, cónyuges etc. más sin embargo debemos entender que el parentesco se dará respecto del hijo producto de dichas técnicas y los cónyuges que solicitaron su empleo aún cuando no hayan aportado el elemento genético para lograr tener ese hijo.

En cuanto a la filiación de los hijos nacidos mediante el empleo de las técnicas

de reproducción asistida, ya existe cierta regulación, sin embargo en cuanto a la filiación derivada del empleo de la maternidad subrogada todavía no hay ningún señalamiento en ningún sentido y en el caso de que surgiera algún conflicto derivado de la maternidad subrogada tendríamos que aplicar las disposiciones existentes en materia de filiación para reconocer la filiación de ese recién nacido a una mujer que solo lo ha gestado más sin embargo genéticamente no es su madre y mucho menos tuvo la voluntad responsable de querer tener un hijo; con lo cual en dicho caso el juzgador no podría resolver por falta de preceptos jurídicos.

Actualmente se establece en el artículo 326 en su párrafo segundo que: *"el cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos"*.

Como hemos visto, estas son algunas disposiciones que se han establecido en materia civil en relación con las técnicas de reproducción asistida, sin embargo la preocupación por su estudio es cada vez más grande y la muestra esta en que se han realizado estudios, foros como el realizado por la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados el 10 de octubre de 2001 llamado "Implicaciones médicas y jurídicas de la reproducción asistida" en donde participaron investigadores, médicos y juristas como el Doctor Flavio Galván Rivera; también el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal pretendió realizar un foro denominado "Reproducción asistida, enfoque multidisciplinario hacia una regulación específica para el Distrito Federal" el cual se realizaría del 27 al 30 de noviembre de 2002, sin embargo no se realizó; a

nivel académico han sido muchos los foros que han abordado éstos temas y sus repercusiones, tales como el realizado el año pasado en el mes de septiembre por el Colegio de profesores de Derecho Civil de nuestra Facultad celebrando el bicentenario del Código Napoleón en el cual participó el doctor José de Jesús López Monroy y en el cual se abordaron temas sobre la filiación y sus Avances científicos en la reproducción humana y su Problemática jurídica expuesto por el doctor *Moisés Hurtado* González y sobre la evolución de la filiación expuesto por el maestro José Barroso Figueroa.

3.1.3.- LA LEY GENERAL DE SALUD Y SUS REGLAMENTOS

La Ley General de Salud, creada en 1984, es reglamentaria del derecho a la protección de la salud que tiene toda persona de conformidad con el artículo cuarto Constitucional el cual establece en su párrafo tercero: "*Toda persona tiene derecho a la protección de la salud.*" Siendo así, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.

Desde mi particular punto de vista, considero que sí es posible realizar la técnica de la maternidad subrogada ya que la misma Ley General de Salud regula el Sistema Nacional de Salud que es un organismo a cargo de la Secretaría de Salud y está constituido por las dependencias y entidades de la Administración Pública, tanto local como federal (Art. 5° de la Ley General de salud) y dentro de los objetivos del

Sistema Nacional de Salud se encuentra: “**el impulsar las actividades científicas en el campo de la salud** (Art. 7 fracción VIII) siendo una de dichas actividades la investigación en materia de infertilidad con el objeto de procurar que las personas que presenten problemas de ésta naturaleza puedan acudir a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida siendo una de ellas la maternidad subrogada para lograr su propia descendencia; así pues, debe entenderse como una innovación científica pues existe gracias al avance de la ciencia médica .

Así pues, de conformidad con el artículo 4° Constitucional las personas tienen el derecho a la protección de la salud por lo tanto la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida puede ser un medio que sirva para que esas personas encuentren esa protección a su salud; por ello el artículo segundo de la Ley General de Salud establece:

Artículo 2: El derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:

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

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

III.- La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuvan a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;

IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;

V. El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;

VI. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios

de salud; y

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

Por su parte, a La Secretaría de Salud como encargada de coordinar el Sistema Nacional de Salud le corresponde proporcionar servicios de salud a toda la población y mejorar la calidad de los mismos, dar impulso al desarrollo de la familia y de la comunidad así como a la integración social (Art. 6 LGS.) y por "Servicios de Salud" se entiende: todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad y dentro de estos servicios encontramos a los servicios básicos de salud que se refieren a la atención médica que comprende actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias; la atención materno-infantil, la planificación familiar etc. (Art.27 L. G. S.)

También el artículo 61 establece:

Artículo 61: La atención materno infantil tiene carácter prioritario y comprende las siguientes acciones:

- 1.-La atención de la mujer durante el embarazo, parto y el puerperio;**
- 2.-La atención del niño y la vigilancia de su crecimiento y desarrollo, incluyendo la promoción de la vacunación oportuna; y**
- 3.- La promoción de la integración y del bienestar familiar**

En cuanto a nuestro tema, el artículo 68 de la citada ley señala:

Artículo 68: Los servicios de planificación familiar comprenden:

.....

IV. El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.

De lo anterior considero en forma personal que es posible llevar a cabo la maternidad subrogada ya que hemos visto artículos que se refieren al impulso de la integración y bienestar de la familia y los que aluden al desarrollo científico en materia de investigación de la reproducción humana en casos de infertilidad. Ambos se complementan para que la maternidad subrogada pueda realizarse, pues el desarrollo de la familia significa la constitución plena entre los padres y sus hijos, lo cual puede hacerse mediante el desarrollo científico, como lo son las técnicas de reproducción asistida y para efectos de la maternidad subrogada, también constituye un beneficio para la sociedad que debe ir encaminado a proteger, promover y restaurar a la familia velando principalmente por el bienestar del niño que nacerá y será protegido en esa familia que lo ha añorado y ha recurrido a ésta técnica con el firme propósito de que cuando ese niño venga al mundo sea bien protegido.

Es más, a mi parecer si se encuentra regulada implícitamente ya que en el artículo 40 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud se establece que se entiende por fertilización asistida, refiriéndose en este caso a las técnicas de reproducción asistida y dice:

Artículo 40: Para los efectos de este reglamento se entiende por:

XI. FERTILIZACION ASISTIDA: Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in Vitro.

Del artículo anterior observamos que de acuerdo con la ciencia médica son dos básicamente las técnicas de reproducción asistida (la inseminación artificial y la fecundación in Vitro) y de ésta última la ciencia médica desprende otras variantes con caracteres propios siendo una de ellas la maternidad subrogada por lo cual implícitamente sí esta permitida al menos médicamente y lo que no esta regulado son las consecuencias que se derivan de su aplicación en materia civil.

Algo que ha sido un logro muy acertado y que para nuestro estudio es muy importante, es lo que establece el artículo 56 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud que señala:

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, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aún si este difiere con el del investigador.

Lo anterior es un candado que hace que personas que en condiciones normales sí pueden reproducirse y quisieran dolosamente acudir a éstas técnicas y en particular a la maternidad subrogada se encuentren con un impedimento ya que únicamente se podrá acudir al empleo de tales técnicas cuando previamente se haya estudiado y detectado que no existe otro método que pueda realizarse, es decir cuando se compruebe plenamente a través de múltiples estudios que la pareja es

estéril o padece algún grado de infertilidad. Con lo anterior queda salvado el argumento que muchos detractores del empleo de ésta técnica señalan al establecer que podría darse el caso de que parejas que en condiciones normales de salud pueden tener su descendencia vean en la maternidad subrogada una salida para evitar las molestias de un embarazo recurriendo a mujeres que serían explotadas a cambio de un dinero. Así pues vemos que no cualquiera puede ser destinatario de éstas técnicas, es decir: LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y EN PARTICULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA NO SON UNA ALTERNATIVA PARA LA PROCREACIÓN HUMANA SINO QUE ESTAN EN FUNCIÓN DE RESOLVER PROBLEMAS DE ESTERILIDAD O INFERTILIDAD PLENAMENTE COMPROBABLES.

Además para poder realizar éstas técnicas en algún paciente, se debe dar primero toda la información necesaria a fin de que los solicitantes se encuentren en la posibilidad de otorgar su consentimiento en la forma más plena posible, basada en el conocimiento y consecuencias que implica la práctica de tales técnicas. Es por ello que en cuanto al consentimiento que debe otorgarse para poder realizar investigaciones y acceder a las técnicas de reproducción asistida, el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la salud en su artículo 43 establece:

Artículo 43: Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivos y muertos; de la utilización de embriones; óbitos o fetos, y para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o

concubinario de acuerdo a lo estipulado en el artículo 21 y 22 de este reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso.

3.2.- PROBLEMAS QUE PLANTEA LA MATERNIDAD SUBROGADA

Debido a que para la realización de la maternidad subrogada se requiere la intervención de una tercera persona distinta a la pareja solicitante la cual es la mujer que llevará a cabo la gestación y una vez que haya nacido el niño deberá entregarlo a la pareja solicitante, se ha dado origen a múltiples controversias en diversos ámbitos tales como sociales, éticos, psicológicos, religiosos y jurídicos principalmente en materia filiatoria.

3.2.1.- PROBLEMAS DE TIPO CIVIL

El impacto que ha causado el empleo de las técnicas de reproducción asistida ha sido muy grande pero más aún ha sido el empleo de la maternidad subrogada, de la cual muchos detractores señalan que debe prohibirse pues además de atentar contra la dignidad humana ha venido a revolucionar y cuestionar instituciones jurídicas que hasta hace unos años parecían inmutables; esto a mi parecer no tiene por qué ser así, ya que considero que no podemos aplicar los mismos principios a algo que es nuevo y presenta características diferentes a lo que regula hasta ahora la norma jurídica; otros argumentan que circunscribiéndonos expresamente a la institución de la filiación, señalan que no es necesario reformar el instituto pues las reglas para

determinar la paternidad o maternidad ya están establecidas y son muy claras, esto último desde mi particular punto de vista no resuelve el problema de atribuir el vínculo filial a las personas correctas ya que si aplicamos dichas disposiciones estaremos atribuyendo la paternidad y la maternidad a personas que aunque participaron en el desarrollo de la técnica, no tenían la intención de tener un vínculo filial con el niño que nazca y por disposición de la ley se les estaría imponiendo ese vínculo como un castigo, siendo así necesario revisar el instituto ya que al menos en cuanto a ésta técnica se refiere no responde a los problemas que se pudieren plantear con la práctica de la maternidad subrogada hoy en día.

Podemos señalar que hasta antes del surgimiento de las técnicas de reproducción asistida y en particular de la maternidad subrogada, la maternidad era un hecho que no estaba a discusión; de ahí el principio romano: *"MATER SEMPER CERTA EST"* ello debido a que había en la mujer una unidad en cuanto a la concepción, gestación y el nacimiento siendo éste susceptible de prueba directa; así en tal virtud los elementos para determinar la filiación en relación a la maternidad lo constituían el parto que como ya señalamos es susceptible de constatarse como un hecho por prueba directa, por ello los romanos decían: *"PARTUS SEQUITUR VENTREM"*; pero además se requiere como segundo elemento establecer la identidad del hijo; es decir, determinar si el hijo que reclama la filiación es realmente el que la mujer dio luz, lo cual se puede acreditar mediante la posesión del estado de hijo o con el acta de nacimiento.

Ahora bien, en el supuesto de la aplicación de la maternidad subrogada éstos

principios que han permanecido desde el derecho romano, parecen inoperantes ya que en la maternidad subrogada la mujer solicitante de la técnica puede o es la que aporta el material genético (óvulo) y otra mujer es quien va a llevar a cabo únicamente la gestación de dicho óvulo con lo cual se produce una disociación en cuanto a la maternidad y principalmente en determinar a quien reconocer ese vínculo filial.

También podemos señalar que la maternidad subrogada presenta problemas en cuanto a la institución de la familia, el matrimonio y por extensión al concubinato; esto se debe a que en el caso de que la madre subrogada fuere casada, de acuerdo con la ley, el niño que nazca dentro de matrimonio o concubinato será considerado como hijo de la pareja sin importar quienes hayan solicitado la técnica y si aportaron el material genético con lo cual observamos que a la Ley no le interesa la voluntad de quienes solicitaron el acceso a ésta técnica y su aportación genética, teniendo la firme intención de recibir a ese niño y establecer su verdadero vínculo filial y que con las disposiciones actuales se les ve privado al reconocérsele el vínculo filial a la pareja subrogante, creándose un problema de falta de seguridad jurídica en cuanto al verdadero estado civil del niño

3.2.2.- PROBLEMAS DE TIPO PENAL

Al recurrir a la técnica de la maternidad subrogada el principal problema en materia penal se refiere básicamente por la tutela de la seguridad jurídica de las personas que con éstas manipulaciones se ve afectada en lo relativo a la certeza de su estado

civil en el delito previsto en el artículo 227 que se encuentra contenido en el título decimosexto titulado: "Delitos contra el estado civil y bigamia." el cual establece:

Artículo 227: Se impondrá de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes:

- 1.- Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre.*
- 2.- Hacer registrar en las oficinas del estado civil un nacimiento no verificado;*
- 3.- A los padres que no presenten a un hijo suyo al Registro con el propósito de hacerle perder su estado civil, o que declaren falsamente su fallecimiento, o lo presenten ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas;*
- 4.- A los que substituyan a un niño por otro, o cometan ocultación de infante, y*
- 5.- Al que usurpe el estado civil de otro con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden*

De las fracciones anteriores las que son operantes en el caso de la maternidad subrogada son la primera que consiste en: "atribuir un niño recién nacido a una mujer que no sea realmente su madre" que en la doctrina se conoce como "SUPOSICIÓN DE PARTO" "La atribución o aplicación de un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre constituye la suposición de parto y solo puede ser dolosa."⁵⁶ ahora bien, éste problema se presenta ya que la mujer solicitante de la técnica aporta el elemento genético y es otra quien lleva a cabo la gestación y da a luz al niño y de conformidad con la legislación civil la filiación y la maternidad se atribuye a

⁵⁶ CARRANCA Y TRUJULLO, Raúl, CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Código Penal anotado, 25ª edición, editorial Porrúa, México, 2003, P. 759

la mujer que da a luz al niño ya que ella es quien presentó las características del embarazo y del parto; y para que la madre solicitante pueda presentar a ese niño como suyo a registrar tiene que aparentar que fue ella quien dio a luz a ese niño que genéticamente puede ser suyo pero debido a que la legislación civil no regula la filiación derivada de la maternidad subrogada, coloca a la madre solicitante como sujeto activo de éste delito ya que ella no dar a luz al niño supone dicho parto y lo presenta a registrar cometiendo un delito que no debería existir si se regulara la filiación derivada de la maternidad subrogada.

También la maternidad subrogada puede dar origen a lo establecido en la fracción tercera: *"A los padres que no presenten a un hijo suyo al Registro con el propósito de hacerle perder su estado civil,.... o lo presenten ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas"* en tal supuesto, lo sujetos activos del delito serán la madre subrogada y si ésta es casada su cónyuge los cuales no van a presentar al niño con el objeto que pierda el estado civil que tiene respecto de ellos derivado de lo establecido en la legislación civil actual, todo ello con la intención de que los padres solicitantes de la maternidad subrogada sean quienes lo presenten como hijo suyo. Esto como observamos podría solucionarse si se estableciere en el Código Civil a quien se le otorgaría la filiación del niño nacido de maternidad subrogada otorgando un único padre y una única madre al así nacido, en éste sentido los delitos contra el estado civil partirán de la violación de las reglas civiles para poder atribuir la filiación del recién nacido a los padres solicitantes de la maternidad subrogada. Por ello debe regularse la filiación derivada de la maternidad subrogada evitando así que las personas que intervienen caigan en conductas

delictivas ya que su intención no es violar la ley sino lograr tener su descendencia propia y que éste hijo tenga la filiación correcta en el aspecto genético, social y jurídico principalmente.

3.3.- EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

Si hablar médicamente de la técnica de maternidad subrogada resulta muy controvertido, hablar de un contrato de maternidad subrogada resulta todavía más complicado por las características propias del llamado "Contrato de maternidad subrogada" toda vez que de acuerdo con la legislación actual es difícil de celebrar y peor aún es más difícil exigir su cumplimiento. En tal sentido la mayoría de los juristas que han abordado este tema consideran a éste contrato como inexistente o bien nulo.

3.3.1.- CONCEPTO DE CONTRATO

De conformidad con el artículo 1793 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, *"los convenios que producen o transfieren las obligaciones y los derechos toman el nombre de contratos"*

Por su parte podemos definir al Contrato de maternidad subrogada como "el acuerdo de voluntades por el cual una pareja (o una persona sola) contrata con una mujer para que a ésta se le implante el embrión humano en la matriz y lo

desarrolle hasta su nacimiento de modo que a posteriori lo entregue a la pareja solicitante⁵⁷

Para saber si es valido o no vamos a analizar los elementos del contrato para concluir si es no valido de conformidad con la legislación vigente.

3.3.1.1.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA

En cuanto a los elementos de existencia el artículo 1794 del Código Civil señala:

ARTÍCULO 1794: Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento; y

II. Objeto

El Consentimiento es: "el acuerdo de dos o más voluntades que tienden a crear, transferir, conservar, modificar o extinguir, efectos de derecho, y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior"⁵⁸

En el caso de la maternidad subrogada dicho consentimiento se encuentra regulado en el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la Salud en el artículo 20 que señala:

Artículo 20: Se entiende por consentimiento informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal

⁵⁷ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit. P. 74

⁵⁸ GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Op. Cit. P. 267.

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

Por su parte el artículo 21 del mismo reglamento señala: *Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal deberá recibir una explicación clara y completa, de tal forma que pueda comprenderla, por lo menos, sobre los siguientes aspectos:*

- I. La justificación y los objetivos de la investigación;*
- II. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales;*
- III. Las molestias o los riesgos esperados;*
- IV. Los beneficios que puedan observarse;*
- V. Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto;*
- VI. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto;*
- VII. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen prejuicios para continuar su cuidado y tratamiento;*
- VIII. La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad;*
- IX. El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el*

estudio aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando;

X. La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución de atención a la salud, en el caso de daños que la ameriten, directamente causados por la investigación, y

XI. Que si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación.

De los artículos anteriores se observa que el consentimiento dado para la práctica de las técnicas de reproducción asistida y por lo tanto para la maternidad subrogada debe cumplir ciertos requisitos que los establece el artículo 22 del Reglamento.

Artículo 22: El consentimiento informado deberá formularse por escrito y deberá reunir los siguientes requisitos:

I. Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo anterior y de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría;

II.- Será revisado y, en su caso, aprobado por la Comisión de Ética de la institución de atención a la salud;

III.- Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de investigación;

IV. Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación no supiere firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona que él designe, y

V. Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal.

De los artículos anteriores podemos analizar que para la práctica de la maternidad subrogada, todas las personas involucradas deben otorgar plenamente su consentimiento (pareja solicitante ya sea matrimonio o concubinos, la madre subrogada y en su caso el o los donadores del elemento genético) el cual no debe estar viciado ya que se presupone que éste se ha otorgado con base en la información proporcionada y con plena conciencia de las responsabilidades y consecuencias que conlleva.

En cuanto al objeto materia del contrato, la doctrina señala que éste tiene tres significados a propósito del contrato:

1.- El objeto directo del contrato: El cual de acuerdo con la definición de lo que es el contrato, resulta ser el crear y transmitir derechos y obligaciones. A él se refiere el artículo 1793 ya señalado.

2.- El objeto indirecto del contrato: El cual es el objeto directo de la obligación y que consiste en una conducta de dar, hacer o no hacer y que se encuentra previsto en el artículo 1824 que señala:

Artículo 1824. Son objeto de los contratos:

I.- La cosa que el obligado debe dar;

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

3.- EL objeto considerado como la cosa física materia del contrato que esta prevista en el artículo 1825 y que debe cumplir ciertos requisitos:

Artículo 1825. La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza. 2o. ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3o. Estar en el comercio.

Refiriéndonos al Contrato de maternidad subrogada tenemos que el objeto directo es la creación de derechos y obligaciones entre las personas que intervienen en la realización de la técnica. En cuanto al objeto indirecto del contrato encontramos una conducta de dar es decir de entregar algo que en éste supuesto es: Un niño o bien puede considerarse al útero de la madre subrogada quien en dicho caso gestará al bebe para entregarlo posteriormente y siguiendo con lo establecido en la Ley, como en éste contrato se establece una obligación de dar, se debe cumplir con los requisitos que señala el artículo 1825 que ya señalamos y es aquí donde surge un gran problema para la vida de éste contrato ya que ya si bien el útero o el niño son algo factible de existir en la naturaleza, son determinables porque se refiere a un niño (independientemente de su sexo) que va a nacer y a el útero de una mujer que es la madre subrogada pero; al llegar al tercer requisito que la cosa objeto del contrato debe cumplir: **"ESTAR EN EL COMERCIO"** lo cual de acuerdo con lo establecido en los artículo 748 y 749 las cosas están en el comercio por su naturaleza o por disposición de la ley encontrando así una barrera imposible de superar ya que su objeto no puede ser materia de un contrato debido a que: " el ser humano no pueden ser objeto de comercio sino sujeto ya que las personas o partes de ella no son una mercancía."

Además de conformidad con lo que establece el artículo 1827 el hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser: posible y lícito y esto llevado al contrato de

maternidad subrogada vemos que el hecho si se puede realizar en el aspecto físico debido a los grandes avances que se han desarrollado en materia de las técnicas de reproducción asistida en particular de la fertilización in Vitro que es la base para el desarrollo de la maternidad subrogada. Así pues, respecto a esto no tenemos ningún problema aunque el verdadero conflicto se presenta al tratar de encuadrar un contrato de maternidad subrogada que entraña la realización de un hecho que para poder ser realizable jurídicamente debe ser lícito y si lo relacionamos con el artículo 1830 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, para que el hecho sea lícito debe ser acorde a las leyes de orden público o a las buenas costumbres ya que a *contrario sensu*, si es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres será ilícito y por lo tanto imposible de realizarse toda vez que no se permitirá que dicho contrato exista, pues al ser imposible, no habrá objeto, y al faltar éste faltará un elemento de existencia y al faltar ese elemento, **la conclusión a la que llegamos tras analizar únicamente sus elementos de existencia es que no habrá contrato siendo por tanto inexistente y si esto lo aplicamos al llamado contrato de maternidad subrogada tendremos que en el mundo jurídico es un contrato inexistente.**

3.3.1.2.- REQUISITOS DE VALIDEZ.

En el apartado anterior señalamos cuales son los elementos que se requieren para que exista un contrato, pero además de ellos se requiere para que dicho contrato pueda alcanzar su validez y produzca sus efectos cumpla ciertos requisitos ya que la falta de ellos traerá como consecuencia la nulidad del contrato que bien puede

convalidarse en los casos señalados por la ley, doctrinalmente los requisitos de validez son:

- A) AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO
- B) INCAPACIDAD LEGAL DE LAS PARTES
- C) LA FALTA DE FORMA EXIGIDA POR LA LEY
- D) LA LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN DEL CONTRATO.

Respecto a los requisitos de validez del contrato en general, tenemos al artículo 1795 el cual señala las causas por las cuales puede ser invalidado.

Artículo 1795. El contrato puede ser invalidado:

I.- Por incapacidad legal de las partes 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.

AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Para que el contrato de maternidad subrogada no se vea afectado en su validez se requiere que haya ausencia de vicios en el otorgamiento del consentimiento, así pues; se requiere que dicha manifestación de la voluntad de todas las personas involucradas en el contrato al momento de exteriorizarse sea expresada sin ningún vicio es decir, que no sea derivada de error, dolo, mala fe, sin violencia de ningún

tipo ya sea moral (amenazas) o física (coacción física) que tienen su fundamento en los artículos 1812, 1813, 1815 y 1818 del Código Civil vigente.

Así pues para que el contrato de maternidad subrogada pueda realizarse deberá otorgarse el consentimiento bajo ningún tipo de amenaza ya sea física o moral de cualquiera de las partes pero hago especial énfasis en el consentimiento de la madre subrogada la cual deberá otorgarlo sin que medie error, maquinaciones o engaños que la hagan pensar que firma un contrato diferente cuando en realidad esta comprometiéndose a realizar la maternidad subrogada que implica gestar y alumbrar al niño para entregarlo una vez que haya nacido. Tampoco debe existir mala fe de las partes, que se da cuando una de las partes conoce el error en que esta cayendo la madre subrogada y lo disimula para que ella siga en ese error pudiendo consistir en que la madre subrogada piense que al gestar al bebe no tendrá que entregar al bebe lo cual es erróneo porque la principal característica de éste contrato es precisamente eso: entregar al bebe que nazca fruto de tal técnica.

Así pues, el consentimiento en éste contrato debe otorgarse velando que no exista algún vicio del consentimiento ya que de lo contrario se le acarrearía su nulidad. Es por ello que para la realización no solo del contrato sino para la práctica de la maternidad subrogada, el Reglamento de La Ley General de Salud en materia de investigación para la salud ha establecido la forma en la que el consentimiento deberá otorgarse, tema que ya desarrollamos anteriormente y únicamente señalaremos que éste consentimiento debe ser *INFORMADO*, es decir que deberá

otorgarse conociendo en qué consiste la técnica, cuáles son sus alcances y consecuencias.

CAPACIDAD LEGAL DE LAS PARTES

Para que el contrato pueda realizarse se requiere que las personas que intervienen tengan capacidad jurídica, doctrinalmente, la capacidad se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio, siendo importante para la realización del contrato ésta última que consiste en: "es la aptitud jurídica de ejercitar o para hacer valer los derechos que se tengan, y para asumir por sí mismo, deberes jurídicos."⁵⁹

Por ello la regla general en materia contractual es que todas las personas no exceptuadas por la ley son hábiles para contratar y si lo relacionamos con lo establecido por el artículo 450 del mismo Código Civil vigente para el Distrito Federal, quienes tienen incapacidad natural y legal son los menores de edad, los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla. Es decir, respecto a éstas personas no podrán ser parte en el contrato de maternidad subrogada por su incapacidad que acarrearía la invalidez del contrato.

⁵⁹ IBIDEM. P. 445

FALTA DE FORMA PREVISTA EN LA LEY

Para que algunos contratos no se vean afectados en su validez, se requiere que se otorguen en la forma que nos exija la Ley; así el artículo 1833 señala:

Artículo 1833. Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.

Ahora bien, respecto al contrato de maternidad subrogada, tenemos que para que exista constancia fehaciente del mismo es preciso que se elabore por escrito; por ello el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la Salud establece en sus artículos 20, 21 y 22 que el consentimiento dado para someterse a la práctica de las técnicas de reproducción asistida deberá manifestarse por escrito debiendo cumplir los requisitos que señala el artículo 22 del citado reglamento:

Artículo 22: El consentimiento informado deberá formularse por escrito y deberá formularse por escrito y deberá reunir los siguientes requisitos:

I. Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo anterior y de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría;

II.- Será revisado y, en su caso, aprobado por la Comisión de Ética de la institución de atención a la salud;

III.- Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de investigación;

IV. Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación no supiere firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona que él designe, y

V. Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal.

Como observamos el contrato de maternidad subrogada revestirá la forma escrita siendo de vital importancia esto ya que es el medio de prueba respecto al convenio celebrado entre la pareja solicitante de la maternidad subrogada y la mujer que va a gestar al niño y a entregarlo una vez que nazca.

LA LICITUD EN EL OBJETO MOTIVO O FIN DEL CONTRATO

Para que el contrato no se vea afectado en su validez y pueda surtir sus efectos jurídicos, debe tener un objeto, o su motivo o fin lícito que de conformidad con el artículo 1830 interpretado *a contrario sensu* es: " aquel hecho que no es contrario al orden público ni a las buenas costumbres. " así pues; esa licitud en el objeto, motivo o fin del contrato no debe ser contraria a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres (Art. 1831 C. C. D. F.)

Lo anterior aplicado al contrato de maternidad subrogada nos lleva a analizar que si al celebrar el contrato, se establece un precio por el servicio de la gestación únicamente, aunado ello a la obligación de entregar al niño que nazca; hace que el fin se considere contrario al orden público y a las buenas costumbres, estando

afectado en su validez por considerarse su objeto ilícito ya que el ser humano no puede ser visto como una cosa o un objeto lo cual es contrario al orden público y de acuerdo con la costumbre las personas no pueden convenir sobre la entrega del menor, esto no es bien visto ni por la ley ni por la costumbre actual; es por ello que la mayoría de quienes estudian este tema señalan que debe prohibirse ya que su práctica atenta contra la dignidad de las personas.

Sin embargo, considero que cuando la práctica de la maternidad subrogada se realice en forma gratuita, con una intención altruista, de solidaridad por parte de la madre subrogada, debe tomarse en cuenta esta situación que si bien sigue siendo contraria al orden público y a las buenas costumbres, esto se debe también a la falta de información de la población respecto a dicha técnica y si el Estado difundiera mayormente la información sobre todas las técnicas de reproducción asistida, esa costumbre en un futuro próximo vería con otros ojos a la maternidad subrogada permitiéndola en los casos expresamente regulados que por ahora no lo están y que hacen por ello necesario regularla para establecer sus limitantes y principalmente determinar expresamente a quien le corresponderá el vínculo filial del niño que nazca, buscando el interés mayor del niño y respetando la dignidad de las personas.

3.4.- ¿EL CONTRATO COMO BASE JURÍDICA PARA DETERMINAR LA FILIACIÓN?

Una vez que hemos analizado los elementos de existencia y los requisitos de validez del contrato y aplicándolos al llamado "Contrato de Maternidad Subrogada"

hemos concluido que de conformidad con la legislación actual no es posible ni siquiera hablar de la existencia de dicho contrato debido a que el objeto del contrato como elemento esencial es el ser humano el cual no es objeto de comercio por lo tanto al no tener objeto el contrato es inexistente, ello aunado a que su objeto, motivo o fin es ilícito porque es contrario al orden público y a las buenas costumbres siendo por tanto nulo; así pues ya sea que se le considere inexistente o nulo lo cierto es que la mayoría de los juristas tanto nacionales y principalmente extranjeros lo consideran como algo que debe prohibirse. Aunque en algunos Estados de los Estados Unidos de Norteamérica se permite como "un acuerdo de caballeros título gratuito."

Sin embargo suponiendo que dicho contrato fuere válido situación que por ahora no es así, únicamente existiría este contrato que sería la base para determinar la filiación que vendría a ser una imputación de la filiación a *patre* y a *matre*, es decir, con un contenido más socio-afectivo que biológico y la filiación se derivaría en virtud de lo estipulado por las partes en el contrato (*pacta sun Servando*) sin embargo debemos recordar que en materia filiatoria no puede haber convenio entre partes, ni de transacción o sujetarse a compromiso en árbitros (ART.338 C .C .D. F.), por ello el contrato sería la base únicamente para establecer en él, que la esposa de la pareja solicitante de la maternidad subrogada una vez que el niño haya nacido procedería a ADOPTARLO CON LO CUAL NO INFRINGIRÍA NINGUNA NORMA DE ORDEN PÚBLICO NI LAS BUENAS COSTUMBRES; con ello se estaría dando una solución más real al establecer la filiación de ese niño con sus verdaderos padres y aunque éstos no lo fueran genéticamente se partiría de que ellos fueron quienes tuvieron ese firme deseo de que ese niño naciera.

Por lo tanto LA ADOPCIÓN EN CASO DE QUE EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA SE CONSIDERARA VÁLIDO, SERÍA LA SOLUCIÓN MAS VIABLE PARA DETERMINAR EL VINCULO FILIAL DEL NIÑO NACIDO MEDIANTE ÉSTA TÉCNICA Y SU VERDADERA MADRE.

En éste orden de ideas dicho contrato de maternidad subrogada podría aceptarse tomando en cuenta los siguientes argumentos:

- 1.- El contrato de maternidad subrogada tendría por objeto ayudar a las parejas estériles que no puedan procrear un hijo, siempre y cuando acrediten el procedimiento de que fueron sujetos de investigación médica y que es el único medio de formar una familia
- 2.- El contrato de maternidad subrogada será siempre a título gratuito por lo tanto no debe permitirse que el niño que va a nacer sea objeto de comercio, ya que en dicho caso debe prohibirse totalmente. En éste sentido el tratadista Moreno Luque considera: "si se trata de un contrato de alquiler de útero, cuando no hay precio y además existe un fundamento altruista, la técnica ha de ser válida"⁶⁰
- 3.- Si la mujer acepta el contrato de maternidad subrogada es para salvar la vida del embrión; será en forma voluntaria y a título gratuito costeándose únicamente los gastos del embarazo, asistencia prenatal y parto.
- 4.- En el contrato de maternidad subrogada deberá expresarse el tipo de conducta que deberá llevar la madre subrogada a efecto de que se lleve a buen término esa gestación.

⁶⁰ MORENO LUQUE C. Reflexiones en torno a la gestación por cuenta ajena; en "La filitación a finales del siglo XX, Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana" editorial Trivium, Madrid España 1988 P. 440

5.- En el contrato de maternidad subrogada, debe dársele mayor importancia al consentimiento dado por las personas que intervienen, en éste orden de ideas, la pareja solicitante no podrá impugnar su vínculo filial con el niño que nazca en el caso de no existir un nexo genético.

6.- Si bien es cierto que la dignidad de la persona tiene una escala de valores, la pareja solicitante al ser los verdaderos progenitores y aún cuando no lo sean, garantizan el cuidado y la crianza del niño de un modo absoluto que reafirmaría el vínculo jurídico existente.

7.- El contrato de maternidad subrogada deberá realizarse siempre por escrito público y será firmado por todas las personas que intervengan en donde la madre subrogada asumirá la responsabilidad de conducirse en la forma idónea para que el niño nazca bien y la pareja solicitante asumirá la responsabilidad de aceptar al niño como venga.

Ahora bien, lo señalado anteriormente fue suponiendo que el contrato de maternidad subrogada se considerase válido lo cual en la realidad jurídica no es así; y si bien es cierto que la norma jurídica tiene como propósito dar seguridad jurídica a las personas en éste caso con respecto a su verdadero estado civil, en dicho caso nos seguimos preguntando:

¿CUAL SERÍA LA BASE PARA DETERMINAR EL VERDADERO VINCULO FILIAL DE LOS NIÑOS NACIDOS MEDIANTE LA TÉCNICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA?

Desde mi particular punto de vista, como tesis para solucionar éste problema de determinar el vínculo filial de los hijos nacidos mediante la técnica de la maternidad subrogada, propongo que se tome en cuenta como base para determinar esa filiación al **CONSENTIMIENTO DADO PARA LA PRÁCTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA LA CUAL SE VERÍA REFORZADA POR EL ELEMENTO GENÉTICO QUE APORTARAN LOS PADRES SOLICITANTES Y AÚN CUANDO DICHO ELEMENTO NO FUERE APORTADO POR ELLOS, DEBERÁ SEGUIRSE CONSIDERANDO AL CONSENTIMIENTO COMO EL ELEMENTO DETERMINANTE PARA ACREDITAR ESA FILIACIÓN YA QUE ESTA BASADO EN EL EJERCICIO RESPONSABLE DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 4º CONSTITUCIONAL.**

Lo anterior lo sustentó en que ese consentimiento dado por la pareja solicitante de la maternidad subrogada y en general para la aplicación de todas las técnicas de reproducción asistida está basado en una **VOLUNTAD PROCREACIONAL RESPONSABLE** que como señala Soto La Madrid citando a Díaz de Guisado, en las técnicas de reproducción asistida encontramos la voluntad procreacional ya que la pareja solicitante consiente tal procedimiento y asume las consecuencias jurídicas del mismo y por eso la calidad jurídica de padres lo cual en los donantes ni en la madre subrogada se presenta tal intención de asumir ese vínculo filial.

Ahora bien, esa voluntad procreacional responsable se verá reforzada cuando la **aportación del material genético** provenga de los cónyuges o concubinos solicitantes y aún ante la ausencia parcial o total de ese elemento por parte de ellos, considero

que debe seguirse tomando en cuenta al **CONSENTIMIENTO DADO PARA LA MATERNIDAD SUBROGADA YA QUE DICHO CONSENTIMIENTO IMPLICA LA RESPONSABILIDAD DE RECONOCER EL VINCULO FILIAL DEL HIJO QUE NAZCA DE DICHA TÉCNICA** , al respecto los autores señalan lo siguiente:

"También admitimos que la voluntad debe ser reconocida en el moderno derecho de familia, como una entidad autónoma, capaz de constituir el vínculo paterno-filial, aún en ausencia del elemento genético, tal y como ocurre en la adopción, porque las nuevas técnicas de reproducción asistida sólo tienen a la voluntad como punto de referencia."⁶¹

Considero que la tesis que propongo es válida toda vez hoy en día existe una nueva realidad ya que es posible la procreación sin necesidad de relaciones sexuales y sin que las personas que deseen asumir la paternidad hayan aportado el elemento genético. Esto no es lo que tradicionalmente conocíamos y que esta regulado por el derecho familiar, por ello no podemos aplicar las mismas disposiciones a éstos casos que presentan características *sui generis* tal como lo es la maternidad subrogada en donde no podemos aplicar las reglas de la filiación puesto que una pareja es la que tiene la voluntad de que el niño nazca y de asumir el vínculo filial derivado de ese nacimiento a pesar de que no hayan aportado el elemento genético y es otra mujer la que únicamente va a gestar al niño para entregarlo cuando nazca a la pareja solicitante; así pues, no podemos aplicar las mismas disposiciones a la filiación derivada de esta técnica ya que si las aplicáramos al atribuir el vínculo filial a la madre subrogada estaríamos imponiendo un vínculo

⁶¹ SOTO LAMADRID, Miguel ángel. Op. Cit. P. 74.

filial que ella no deseo en ningún momento y en éste caso la propia finalidad de la maternidad subrogada no se cumpliría.

"Por lo que toca a las nuevas técnicas de reproducción, deben partir de un elemento distinto, el verdaderamente relevante en este tipo de filiación: el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera. Causa eficiente, última e in fungible dice Rivero Hernández, porque los demás elementos biológicos pueden ser sustituidos todos."⁶²

Finalmente considero que si se observa a ésta técnica con el enfoque que hemos desarrollado podremos verla como algo posible tanto médica y jurídicamente atribuyendo así el vínculo filial a los padres solicitantes que serían los verdaderos padres genéticos y aún cuando no lo fueran la filiación se basaría en esa VOLUNTAD PROCREACIONAL RESPONSABLE que se observa ya que se trata de un nacimiento no accidental ni fruto de la naturaleza humana sino perfectamente deseado y planificado que se manifiesta en el CONSENTIMIENTO dado para la realización de la técnica y en éste caso me pregunto : ¿ Cómo sería posible privar a dichos padres solicitantes del vínculo filial que tienen con ese hijo y reconocérselo a la madre subrogada quien solo aporto la gestación pero que en ningún momento buscó ni deseó al hijo por lo que no esta preparada para recibirlo situación que los padres solicitantes si han previsto y asumen plenamente incluso cuando la aportación genética no sea de ellos.

⁶² IBIDEM. P. 76

Esto que propongo comienza a tomarse en consideración por el legislador toda vez que el Código Civil vigente para el Distrito Federal toma en cuenta el CONSENTIMIENTO dado o para la práctica de las técnicas de fecundación asistida para atribuir el vínculo filial, estableciendo además que dicho cónyuge en éstos casos no podrá impugnar la paternidad de ese niño. Así pues considero válida mi propuesta para regular la filiación derivada de la maternidad subrogada.

3.5.- REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TABASCO

El Estado mexicano de Tabasco ha sido el único que ha regulado el tema de la filiación derivada de la maternidad subrogada, atento a los cambios y avances científicos, en el año de 1997 abrogó su Código Civil de 1951 a través del nuevo Código Civil para el Estado libre y Soberano de Tabasco del 9 de abril de 1997.

En dicho Código Civil, en su exposición de motivos señala: "Es indudable que los cambios que se dan en nuestra sociedad deben reflejarse en el marco jurídico que la rige, por lo que es menester incorporar los recientes avances que se han dado en el ámbito científico y los cambios en materia económica y social con el fin de adecuarlos a la esfera jurídica; más adelante señala: en el Libro Primero se incorporan las consecuencias jurídicas de los adelantos de carácter científico y en cuanto a la reproducción humana artificial, misma que se relaciona con las materias de filiación y sucesiones. Las figuras jurídicas de **madre gestante sustituta,**

contratante” y otras, previenen una serie de conflictos que pudieran presentarse en caso de inseminación artificial de ciudadanas tabasqueñas.”

De conformidad con lo establecido en el artículo 121 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *“las leyes de un estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él...”* por lo tanto cualquier persona que se encuentre en el Estado de Tabasco puede recurrir a la maternidad subrogada pero nunca fuera de él, de igual forma los tribunales de éste Estado son los competentes para resolver sobre esta figura jurídica.

En cuanto a la regulación de las técnicas de reproducción asistida y a la maternidad subrogada tenemos que el artículo 92 en su párrafo tercero señala:

ARTÍCULO 92. En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Del párrafo anterior observamos la regulación expresa que se hace de la maternidad subrogada estableciéndose que el vínculo filial se reconocerá a la madre contratante y no como lo establece la mayoría de las legislaciones de los demás Estados del país así como otros Países. Con ello vemos que con una visión abierta

de la realidad si puede reconocerse la maternidad subrogada para aquellos casos específicamente señalados.

El mismo artículo más adelante distingue entre madre subrogada, sustituta, contratante diciendo:

Artículo 92. "Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

Respecto a la anterior definición, no comparto la idea de que la misma mujer que va a gestar el niño sea a su vez quien aporte el elemento genético (óvulo) ya que en dicho caso estaríamos ante la presencia de una maternidad plena y ésta mujer sería con todo derecho la verdadera madre del niño y siendo así al entregar al hijo suyo estaría realizando un acto que para mi y para la mayoría de la gente es completamente inmoral aún cuando el mismo artículo 92 en su párrafo tercero señala que en dicho caso se estará a lo establecido para la adopción plena, es decir en ese supuesto, la madre solicitante deberá realizar los trámites de la adopción para poder aparecer como la madre legal del niño.

Por su parte el último párrafo del artículo 92 es muy similar al contenido del artículo 360 el cual establece:

Artículo 92...."Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare."

En el precepto anterior se establece con base en el principio de que la paternidad se presume respecto al esposo de la mujer casada; es decir hay una presunción legal que opera salvo prueba en contrario que los hijos concebidos dentro de matrimonio son hijos del marido de la cónyuge y como excepción establece el caso de que ésta mujer haya participado como madre gestante únicamente en dicho caso el hijo no se presumirá que es del marido de ésta sino del marido de la mujer que contrato la maternidad gestante . Así en todos los demás casos, cuando la madre subrogada aporte el elemento genético y la gestación, el juez del Registro Civil deberá asentar como padre del niño al esposo de ésta y no a otro, excepto que dicho esposo desconozca al hijo y exista sentencia ejecutoriada que así lo declare.

Desde mi particular punto de vista considero que el regular a la maternidad gestante y a la maternidad subrogada ha sido algo erróneo ya que la esencia de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida consiste en que no haya unidad entre la mujer que gesta y la que aporta el elemento genético y aquí el legislador Tabasqueño al regular a la maternidad subrogada en la cual la misma mujer aporta la gestación y el elemento genético para que al nacimiento del niño lo entregue en adopción a la pareja solicitante, no toman en cuenta que deberían

primero pensar en los menores que se encuentran en casas hogares a fin de que ellos tuvieran la oportunidad de ser adoptados primero y no el tener que hacer todo lo anterior para que nazca un niño producto de la maternidad subrogada para que sea adoptado.

Por su parte, el artículo 324 establece quienes se presumen hijos de los cónyuges:

Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges, incluyendo a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial:

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

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

El artículo anterior atento a los avances científicos considera como hijos de los cónyuges a los nacidos mediante el empleo de las técnicas de reproducción asistida, con las excepciones que ella misma señala.

En el artículo 327 y 329 observamos una vez más la importancia que el legislador reconoce a la voluntad procreacional responsable al establecer que dicho consentimiento no podrá revocarse cuando conste de manera indubitable que se otorgo válidamente.

*Artículo 327. El marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa. **Tampoco podrá desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial, si consta de manera fehaciente su consentimiento.***

Artículo 329. El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

I.- Si se probare que supo, antes de casarse, del embarazo de su futura consorte, bastando cualquier medio de prueba con suficiente convicción, inclusive la presuncional, para tener por acreditado el parentesco;

II.- Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;

III.- Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer; y

IV.- Si el hijo no nació capaz de vivir.

La presunción contenida en el presente artículo se extiende a los nacidos por cualquiera de los métodos de reproducción artificial, si se probare que el marido consintió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos.

De igual forma que en el matrimonio, el legislador ha dispuesto que las mismas reglas que operan en el caso de las técnicas de reproducción asistida se apliquen por extensión al concubinato. Así el artículo 340 señala:

Artículo 340. Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que empezó el concubinato;

II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina; y

III.- Los nacidos después de los trescientos días en que haya cesado la vida en común, que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera métodos de reproducción humana artificial, ya sea que tengan o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable.

En el artículo 347 en su segundo párrafo se confirma a quien se le reconocerá el vínculo filial del niño nacido mediante la maternidad subrogada estableciéndose que se CONSIDERARÁ MADRE LEGAL A LA MUJER QUE CONTRATA CON LO CUAL OBSERVAMOS QUE YA SE ESTA DANDO UNA SOLUCIÓN EXPRESA A ÉSTE PROBLEMA PLANTEADO Y A PESAR DE LOS ARGUMENTOS EN CONTRA, EL LEGISLADOR TABASQUEÑO HA ABIERTO LA POSIBILIDAD DE QUE SE REALICE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y OTORGANDO SEGURIDAD JURÍDICA A LAS PERSONAS RECONOCE EL VERDADERO VINCULO FILIAL SUSTENTADO EN LA APORTACIÓN GENÉTICA Y EN SU DEFECTO EN EL CONSENTIMIENTO DADO POR LA PAREJA SOLICITANTE PARA SU REALIZACIÓN QUE IMPLICA EL RECONOCIMIENTO DE ASUMIR EL VINCULO FILIAL CON ESE NIÑO.

Esto lo confirman los artículos 347 y 349 el cual establece que puede reconocerse al hijo que aún no ha nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in Vitro, aun cuando no se encuentra en el útero materno en el momento del reconocimiento,

Artículo 347. *“.....cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.”*

Artículo 349. *“Puede reconocerse al hijo que aún no ha nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in Vitro, aun cuando no se encuentra en el útero materno en el momento del reconocimiento, y al que ha muerto si ha dejado descendientes; pero en este último caso el que reconoce no tiene derecho ni a heredar por intestado al reconocido y a sus descendientes ni a recibir alimentos de éstos.”*

En el artículo 360 se consigna el principio que establece que el hijos de una mujer casada se presume que es hijo del esposo de ésta salvo que se trate del hijo nacido mediante el empleo de la maternidad subrogada ya que en dicho caso será considerado como hijo del esposo de la mujer que contrato la maternidad subrogada.

Artículo 360. *“Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser*

reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo."

Ahora bien, una vez que se ha expresado en la ley a quien corresponde el vínculo filial del niño nacido mediante el empleo de la maternidad subrogada éste tendrá respecto de sus padres legales los derechos consignados en el artículo 365 que establece: *Artículo 365. El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene derecho:*

I.- A llevar el apellido del que lo reconoce;

II.- A ser alimentado por éste;

III.- A percibir la porción hereditaria que fija la ley en caso de intestado o los alimentos correspondientes si no fuere instituido heredero en el caso de sucesión in testamentaria; y

IV.- A ejercer los derechos que este Código concede a los hijos póstumos.

Gozan de estos mismos derechos los hijos nacidos como resultado del empleo de cualquier método de concepción humana artificial.

Tras haber analizado la regulación jurídica de la filiación derivada de la maternidad subrogada en el Código Civil para el Estado de Tabasco, me percaté de que el legislador habla constantemente del "Contrato de maternidad subrogada" sin embargo en el cuerpo del Código Civil no establece ninguna regulación de dicho contrato por lo cual considero que todavía existen algunos errores que ya señalé y que traté de dejar plasmados para que se sometan a consideración con el objeto de

hacer más viable y más aceptable ésta figura jurídica que es muy debatida por muchos juristas de los cuales algunos ni siquiera escuchan sus argumentos.

3.6.- PROBLEMATICA PARA DETERMINAR LA FILIACIÓN DERIVADA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Ahora vamos a analizar un caso hipotético suponiendo que se presentara un conflicto derivado de la aplicación de la maternidad subrogada en cuyo caso tendremos que determinar a quien le correspondería la paternidad y maternidad del niño que nazca de esta técnica y los problemas a que se enfrentaría el juzgador del Distrito Federal al no existir una regulación expresa para determinar la filiación derivada de la maternidad subrogada.

CASO UNO:

Si se presentare un caso de maternidad subrogada en donde las partes que intervienen tuvieran las siguientes características:

- 1.- Aportación de la pareja solicitante de los elementos genéticos o
- 2.- En caso de no ser posible la aportación por parte de los solicitantes, se obtendrán mediante donación de uno o ambos elementos por persona ajena a los solicitantes y a la mujer que va a gestar, y
- 3.- La mujer que hará las veces de madre subrogada, es una mujer soltera que única y exclusivamente se encargará de gestar al niño y darlo a luz.

En éste caso, pasaría lo siguiente: Si el óvulo y el espermatozoide pertenecen a la pareja que requirió la maternidad subrogada y la madre subrogada solo aporta su útero para que se lleve a cabo la gestación; conforme a nuestro actual Código Civil vigente para el Distrito Federal, la ley considerará como la madre legal a la madre subrogada y no a la madre solicitante ya que es ella quien dio a luz al niño y para efectos legales tendría los derechos y obligaciones que se derivan de la filiación , a su vez el esposo de la mujer solicitante de la maternidad subrogada en caso de que haya aportado su elemento genético podrá reconocer al niño de conformidad con el artículo 360 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, pudiendo reconocerlo mediante la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil, por acta especial ante el mismo juez; por escritura pública; por testamento o por confesión judicial directa y expresa (Art. 369 CCDF). A éste respecto cabe mencionar que en México se ha eliminado esa tendencia equivocada de clasificar a los hijos por su filiación, ahora simplemente se reconoce el vínculo filial independientemente del estado civil que guarden sus padres; aquí no hablamos de hijos matrimoniales o no matrimoniales.

En cuanto a la mujer solicitante de la maternidad subrogada, aunque ella haya aportado su elemento genético, de conformidad con la legislación actual, no será considerada como madre legal del niño y únicamente aparecería como una simple donadora no obstante de que fue ella quien tuvo la firme voluntad de que ese niño naciera así como el deseo de asumir la responsabilidad afectiva y material de la filiación, voluntad que no aparece al momento de comenzar a realizarse la técnica de la maternidad subrogada en la mujer que gestará al niño; sin embargo como en

México tenemos un sistema mixto para atribuir el vínculo filial, es decir, en un principio el legislador da preeminencia al aspecto biológico u obstétrico (la maternidad se prueba por el parto y la identidad del hijo) y cuando se trata de impugnar o reclamar el vínculo filial, admite la realización de las pruebas genéticas para determinar el verdadero vínculo genético y así atribuir el vínculo filial (Art. 382 CCDF) por lo cual al aplicar las disposiciones vigentes se crea en el caso de maternidad subrogada un conflicto ya que en un principio la ley reconocería como madre a la mujer que gesta y da a luz al niño sin importar si es de ella o no el elemento genético y en el caso de la mujer solicitante ésta podrá posteriormente, de conformidad con el artículo 60 del Código Civil, impugnar la maternidad de la mujer que dió a luz al niño nacido mediante la maternidad subrogada y apoyándose en el artículo 382 podrá ofrecer como prueba la realización de una prueba en genética a ella y al niño y de cuyo resultado se observaría que ella es la verdadera madre del niño; siendo así, el juzgador deberá reconocerle dicho estado.

A su vez, el hijo nacido mediante la maternidad subrogada puede investigar la maternidad si esta se deduce de una sentencia civil o criminal. (Art. 385, 386)

CASO DOS:

Ahora Bien, si se presentare un caso con las siguientes características se tendría:

- 1.- Aportación de la pareja solicitante de los elementos genéticos,
- 2.- En caso de no ser posible la aportación por parte de los solicitantes, se obtendrán mediante donación de uno o ambos elementos que aporte persona ajena a los solicitantes y a la mujer que va a gestar, y

3.- La mujer que hará las veces de madre subrogada es una mujer **casada** que única y exclusivamente va a gestar y a dar a luz al niño.

En éste supuesto encontramos más complicaciones ya que al ser casada la madre que va a gestar al niño operan más presunciones legales con respecto al esposo de ésta; así tenemos que en éste supuesto, de acuerdo con la legislación vigente en el Distrito Federal, las personas que solicitaron la maternidad subrogada, en principio no tendrían ningún vínculo filial con el niño nacido mediante dicha técnica, toda vez que de acuerdo con el artículo 324 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, se consideran hijos de los cónyuges (en éste caso hijos de la madre subrogada y su esposo) los nacidos durante el matrimonio;

Ahora bien, respecto al esposo de la madre subrogada, de acuerdo con el artículo 326 observamos que el cónyuge varón tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos. Así pues, la norma jurídica considera como padres del niño nacido de la maternidad subrogada a la madre subrogada y a su cónyuge aunque la pareja contratante de la maternidad subrogada fuere quien haya aportado los elementos genéticos, viéndose únicamente como simples Donadores lo cual va completamente en contra de la esencia de la maternidad subrogada que implica por parte de la pareja solicitante el asumir ese vínculo filial con el hijo que nazca aún cuando el material genético no sea de ellos.

Ahora bien, en el caso de que el esposo de la madre subrogada no hubiere dado su consentimiento y por tanto impugnare la filiación respecto de ese hijo y previo

juicio lo probare; en dicho caso el esposo de la mujer solicitante podrá iniciar acción para reclamar el vínculo filial con el niño que haya nacido de dicha técnica con el objeto de que se le reconozca su vínculo filial pudiendo probarlo con las pruebas genéticas que demostrarían fehacientemente que él es el padre de ese niño.

Respecto a la mujer solicitante en el caso de que ella hubiere aportado su elemento genético, en principio no puede ser considerada como madre legal del niño toda vez que con la legislación actual la maternidad se prueba con el parto y la identidad del niño, situación que no podría probar la madre solicitante ya que ella no dio a luz al niño; sin embargo podría intentar impugnar la maternidad de la madre subrogada para que con las pruebas en genética que ofreciera se determinara que ella es la madre del niño; sin embargo debido a que no se han dado casos de esta naturaleza el juez al tener ante sí una situación como ésta no sabría como proceder ya que no existe disposición expresa que regule la filiación derivada de la maternidad subrogada. En el caso de que la mujer solicitante no hubiere aportado el elemento genético, podría intentar el tratar de adoptar a ese niño para no infringir las normas jurídicas pero ello haría más largo y penoso su afán de que ese hijo este con ellos quien son los que en realidad lo quieren y desean el mayor bienestar de ese menor.

Respecto a los Donadores, éstos de conformidad con la propia naturaleza de la donación no podrán impugnar en ningún momento el vínculo filial toda vez que únicamente donan su material genético sin que exista en ellos la intención de asumir la paternidad o maternidad.

En conclusión tenemos que de acuerdo a la legislación vigente en el Distrito Federal, no se encuentra regulada la filiación derivada de la maternidad subrogada y al aplicar las reglas de la filiación a ésta figura jurídica que presenta características muy particulares se crea un conflicto que debe resolverse para otorgar seguridad jurídica a las personas en cuanto a su estado civil reconociendo el vínculo filial derivado de la maternidad subrogada a la pareja solicitante (cónyuges o concubinos) quienes serían los más indicados para educar y proteger a ese niño toda vez que son ellos quienes en forma planeada muy responsablemente tuvieron la firme voluntad de que ese niño naciera para recibirlo en un hogar donde se le brindará el mejor cuidado y AMOR teniendo en cuenta siempre ese interés superior del menor; situación que no se presenta en la madre subrogada y a la cual la legislación internacional como ya vimos, en éste caso es a quien en forma impositiva le reconoce el vínculo filial sin importarle al legislador si ésta mujer estaba dispuesta a llevar consigo todas las responsabilidades que implica tener un hijo.

CAPITULO CUARTO
PROPUESTA PARA REGULAR LA FILIACIÓN
DERIVADA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

4.1.- PROPUESTA PARA AGREGAR UNA FRACCIÓN AL ARTÍCULO 324 DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Para poder regular y solucionar el problema de la filiación derivada del empleo de la maternidad subrogada propongo se anexe una fracción tercera al artículo 324 el cual quedaría de la siguiente forma:

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

- I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.
- III. Los hijos que nazcan por la aplicación de la inseminación artificial o fecundación in Vitro ya sea homóloga o heteróloga así como aquellos en los que en el proceso reproductivo participe una segunda mujer la cual únicamente aporte la gestación siempre y cuando el material genético provenga de los cónyuges solicitantes o bien de donantes ajenos a dicho proceso reproductivo.

**4.2.- PROPUESTA PARA AGREGAR EL ARTÍCULO 340 BIS AL CÓDIGO
CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL**

Propongo que se cree un artículo 340 Bis que establezca lo siguiente:

ARTÍCULO 340 BIS. Para acreditar la filiación de los hijos nacidos mediante el empleo de las técnicas de reproducción asistida se tomará en cuenta el consentimiento dado por la pareja solicitante para su realización.

**4.3.- PROPUESTA PARA MODIFICAR EL ARTÍCULO 370 DEL CÓDIGO
CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

Propongo que se agregue al artículo 370 una excepción a los derechos sobre la investigación de la paternidad o maternidad, la cual quedaría así:

ARTÍCULO 370. Cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo en un supuesto diferente al señalado en el artículo 324 de este Código, únicamente se asentará el nombre del compareciente. No obstante quedarán a salvo los derechos sobre la investigación de la paternidad o maternidad **excepto cuando se trate de la investigación de los hijos nacidos mediante la maternidad subrogada en cuyo caso la madre subrogada de ninguna manera podrá impugnar la paternidad o maternidad que le corresponda a la pareja contratante.**

Debo señalar que en el cuerpo de esta tesis no señale la modificación al artículo 374 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, y que sí es necesario:

ARTÍCULO 374: Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de la maternidad subrogada, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.

4.4.- JUSTIFICACIÓN DE LAS PROPUESTAS CITADAS.

Las propuestas señaladas las hago para efecto de que se regule en forma expresa la filiación de los hijos nacidos mediante el empleo de la maternidad subrogada y con ello se evite cualquier conflicto en determinar a quien debe corresponderle el vínculo filial, de esta manera al establecer el legislador mi propuesta se estaría otorgando seguridad jurídica a las personas en cuanto a su estado civil y la técnica de la maternidad subrogada cumpliría su función que consiste en asistir a esas personas que no pueden tener su descendencia por los medios ordinarios o naturales.

Así pues, al regularse expresamente en el artículo 324 la filiación derivada de la maternidad subrogada estaríamos limitándola al mismo tiempo a los casos señalados en el presente trabajo, es decir: únicamente se podría realizar ante problemas comprobables de esterilidad o infertilidad y la madre subrogada únicamente gestará al niño sin que aporte más elementos.

En cuanto al agregar el artículo 340 Bis, considero que es necesaria que la voluntad procreacional responsable expresada en el consentimiento dado en el

caso de la maternidad subrogada y en general en todas las técnicas de reproducción asistida, sea tomada en cuenta como una entidad jurídica capaz de constituir el vínculo paterno-filial aún ante la ausencia del elemento genético.

También, al modificar el texto del artículo 370, estaríamos poniendo un candado para que en un caso dado la madre subrogada no pudiera iniciar acción alguna para impugnar la paternidad o maternidad que la ley reconocería a la pareja solicitante, y de acuerdo a mi particular punto de vista se resolvería el problema de la filiación derivada de la maternidad subrogada, otorgando así seguridad jurídica a las personas.

Finalmente, respecto al artículo 374, la modificación sería para que no existiera duda de quien ostentaría el vínculo filial en caso de que la madre subrogada fuese casada.

De esta manera estaríamos conciliando la institución de la Filiación y no como señalan muchos al pronunciarse respecto a ésta técnica argumentado que desquicia la institución de la filiación; ello no es así ya que tan válida es la regulación y los principios hasta ahora existentes que siguen siendo aplicables a la normalidad de los nacimientos y su respectiva atribución filial, más sin embargo éstos no pueden aplicarse a algo que no presenta esas mismas características por lo cual no puede resolverse con base en ello; de ahí mi propuesta que dejo al criterio de todas las personas.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Para la existencia del ser humano se requiere que éste pueda cumplir con su función procreativa para garantizar su permanencia en éste mundo.

SEGUNDA: Debido a la dinámica del mundo actual, el ser humano presenta un mayor índice de problemas relacionados con su función procreadora tales como la esterilidad y la infertilidad; sin embargo también hoy en día existen avances en la ciencia médica así como en la biotecnología que permiten en la actualidad que el ser humano comparta la función divina de intervenir en el proceso del desarrollo de la vida humana; tales avances son las llamadas Técnicas de reproducción asistida.

TERCERA: En los últimos años el uso de dichas técnicas de reproducción asistida se ha incrementado notablemente lo cual hace necesario establecer una regulación expresa para dichos casos y en especial para regular la filiación derivada de la aplicación de éstas técnicas.

CUARTA: Gracias al perfeccionamiento de la inseminación artificial y la fecundación in Vitro se puede desarrollar la técnica de la maternidad subrogada que consiste en implantar un óvulo fecundado en el vientre de una mujer la cual lo va a gestar y una vez que nazca deberá entregarlo a la pareja solicitante. Esta técnica presenta varias posibilidades de las cuales únicamente considero viables las dos primeras:

- A) Cuando la pareja solicitante aporta el elemento genético y la madre subrogada únicamente va a gestar al niño para entregarlo a su nacimiento;

- B) Cuando uno o ambos elementos genéticos es aportado por una tercera persona donante que debe ser ajena a la relación principal y la madre subrogada únicamente va a gestar al niño; y
- C) Cuando la madre subrogada aporta además de la gestación el elemento genético. En éste supuesto considero que no debe permitirse su práctica ya que la madre subrogada es en realidad la verdadera madre del niño y estaríamos ante la presencia de la fertilización artificial de la madre subrogada con semen de donante conocido que sería el esposo de la pareja solicitante o bien proveniente de un donante. Pero lo más radical consiste en que esta mujer tendría un hijo genética y biológicamente suyo que entregaría a la pareja solicitante; esto considero debe prohibirse tajantemente.

QUINTA: El artículo Cuarto Constitucional en su párrafo segundo y tercero consignan implícitamente el derecho a la procreación y el derecho a la protección de la salud, de ellos el acceso a la práctica de la maternidad subrogada encuentra su fundamento. Sin embargo considero que debe reconocerse expresamente el derecho que tiene toda persona para reproducirse responsablemente en la forma natural y en su defecto por los medios artificiales llamados Técnicas de reproducción asistida.

SEXTA: Al regularse expresamente el derecho a reproducirse responsablemente en la forma natural y en su defecto por los medios artificiales, se podrá acceder a la maternidad subrogada la cual no debe verse como una alternativa para la procreación humana sino que su esencia radica en que únicamente esta en función

de resolver problemas de esterilidad o infertilidad plenamente comprobables, por lo tanto debe prohibirse para aquellas parejas que sí pueden procrear en forma normal.

SÉPTIMA: Actualmente en nuestro país y en particular en el Distrito Federal, no existe regulación jurídica en ningún sentido respecto a la filiación de los hijos nacidos mediante la técnica de la maternidad subrogada ni tampoco respecto a la existencia de dicho contrato por ello es necesario legislar para regular esta figura jurídica tomando en cuenta aspectos éticos, sociales, culturales, jurídicos ya que en países como Francia y España ya se regula la filiación derivada de la aplicación de éstas técnicas en donde se establece que la filiación de los hijos nacidos mediante la maternidad subrogada será determinada por el parto; es decir atribuyen la filiación a la madre subrogada independientemente de su aportación genética. Respecto a la validez del contrato, señalan que es inexistente o nulo ya que su objeto está fuera del comercio siendo por tanto ilícito.

OCTAVA: De conformidad con la doctrina médica la maternidad subrogada es una técnica derivada de la fecundación in Vitro; en éste contexto, la ley General de Salud vigente regula a la inseminación artificial así como a la fecundación in Vitro de la cual se deriva la maternidad subrogada por lo cual podemos decir que al menos médicamente hablando la maternidad subrogada sí está permitida por la legislación y lo que no está regulado expresamente son las consecuencias jurídicas respecto a la relación paterno- filial.

NOVENA: Analizando el Contrato de maternidad subrogada de conformidad con la teoría general del Contrato, concluimos que no puede existir dicho contrato toda vez que su objeto se encuentra fuera del comercio y además su objeto, motivo o fin es contrario al orden público y a las buenas costumbres. Por lo tanto no podemos hablar siquiera de un Contrato de maternidad subrogada y en tal virtud no puede ser considerado como la base para establecer la filiación.

DÉCIMA: Suponiendo que dicho Contrato de maternidad subrogada fuese válido sería un contrato innominado y en éste caso, la adopción sería la solución más viable para determinar el verdadero vínculo filial del niño nacido mediante ésta técnica y la mujer que la solicitó; ello con el objeto de no infringir las disposiciones actuales.

DÉCIMA PRIMERA: Propongo que en el caso de la filiación derivada de la maternidad subrogada se considere para establecer el vínculo filial otorgando así seguridad jurídica a: "el consentimiento como el elemento determinante para acreditar esa filiación ya que esta basado en el ejercicio responsable del derecho a la procreación que regula implícitamente el artículo 4º Constitucional y que se vería reforzado por el elemento genético que aportaran los padres solicitantes y aún en el caso de que no fuere así, deberá seguirse tomando en cuenta dicho consentimiento como elemento determinante de la filiación ya que el consentimiento dado para la maternidad subrogada implica por parte de los padres solicitantes, la responsabilidad de reconocer el vínculo filial del hijo que nazca de dicha técnica.

DÉCIMA SEGUNDA. Es necesario establecer los límites de los avances de la ciencia médica en materia de reproducción humana asistida a fin de que el uso de ellas y de la maternidad subrogada se realice buscando el interés superior del niño que nazca siendo así un beneficio para la familia y la sociedad; por ello debemos considerar que el derecho como parte de las ciencias sociales posee como característica fundamental el dinamismo y constante movimiento de manera dialéctica, por lo tanto el derecho mexicano debe innovar y adecuarse a las nuevas realidades y situaciones jurídicas que se presentan, respetando siempre la dignidad del ser humano.

BIBLIOGRAFIA

- 1.-BAQUEIRO ROJAS Edgar. BUENROSTRO BAEZ Rosalía. *Derecho de Familia y Sucesiones*, editorial Harla, México, 1990.
- 2.-BENITEZ ORTUZAR, José Ignacio. *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, editorial Comares, Granada España, 1998.
- 3.-CARCABA FERNÁNDEZ María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, José María Bosch editor, Barcelona, 1999.
- 4.-CAREAGA PÉREZ, Gloria. FIGUEROA, Juan Guillermo. CONSUELO MEJIA, María. *Compiladores, Ética y Salud Reproductiva*. Programa Universitario de Investigación en salud UNAM, grupo editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1998.
- 5.-CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español común y foral, tomo V, volumen I, Derecho de Familia*, 10ª edición, editorial Reus, Madrid España, 1997.
- 6.-CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español común y foral, tomo V, volumen II Relaciones paterno filiales y tutelares*, 10ª edición, editorial Reus, Madrid, 1997.
- 7.-CERVANTES MARTÍNEZ, J. Daniel. *Innovaciones tecnológicas como medios de prueba en el derecho procesal mexicano*, editorial Ángel, México 1999.
- 8.-CÓRDOBA, Jorge Eduardo. SANCHEZ TORRES, Julio Cesar. *Fecundación humana asistida, aspectos jurídicos emergentes*, ediciones Alveroni, Argentina, 2000.
- 9.-CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. *Convenios Conyugales y familiares*, 4ª edición, editorial Porrúa, México, 1998.
- 10.-CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho, Relaciones jurídicas paterno filiales*, 4ª edición, editorial Porrúa, México, 2001
- 11.- DE LA MATA PIZANA, Felipe. GARZON JIMENEZ, Roberto. *Derecho de Familia y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*, editorial Porrúa, México, 2004.
- 12.-DÍAZ MULLER, Luis T. *Bioética, salud y derechos humanos*, editorial Porrúa, México, 2001.
- 13.-DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil parte general*, editorial Porrúa, México, 2000.
- 14.-FABREGA RUIZ, Cristóbal. *Biología y Filiación*, editorial Comares, Granada, España 1999.

- 15.-GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil, primer curso parte general, personas- familia*, 17ª edición, editorial Porrúa, México, 1998.
- 16.-GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *La fecundación in Vitro y la filiación*, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile. 1993.
- 17.-GOMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. *El derecho a la reproducción humana*, servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1994
- 18.-GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*, 15ª edición, editorial Porrúa, México, 2003.
- 19.-INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. *Genética Humana y derecho a la intimidad*, UNAM, México, 1995.
- 20.-KUTHY PARTER José et Al. *Temas actuales de bioética*, editorial Porrúa, México, 1999.
- 21.- LARA PONTE, Rodolfo. *Los derechos Humanos en el Constitucionalismo mexicano*, 2ª edición, editorial Porrúa, México 1998.
- 22.-LEMA AÑON, Carlos. *Reproducción, poder y derecho*, editorial Trotta, Madrid España, 1999.
- 23.-LOYARTE, Dolores. ROTONDA E. Adriana. *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1995.
- 24.-MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*, editorial Porrúa, México, 1988
- 25.-MARTINEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. MASSIGOGUE BENEGIU, J. M. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, editorial Dykinson, Madrid, 1994.
- 26.-MARTINEZ ROARO, Ester. *Sexualidad, Derecho y Cristianismo*. 2ª edición, editorial Instituto de Cultura de Aguascalientes, Aguascalientes México, 2000.
- 27.-MARTINEZ ROARO, Marcela. *Derechos y Delitos Sexuales y Reproductivos*, editorial Porrúa, México 2000.
- 28.-MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria. *Nuevas formas de procreación y el Derecho Penal*, editorial AD- HOC, Argentina, 2001.
- 29.-MORO ALMARAZ, María de Jesús. *Aspectos Civiles de la inseminación artificial y la fecundación in Vitro*. Editorial Bosch, España 1998.

- 30.-MOTO SALAZAR, Efraín, MOTO, José Miguel. *Elementos de Derecho*, 44ª edición, editorial Porrúa, México, 1998.
- 31.-OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio. *La filiación en España, jurisprudencia y doctrina*; editorial Comares, España [S. D.]
- 32.-PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. *Derecho de familia*, editorial Lex Nova, Barcelona España 2000.
- 33.-PLANIOL, Marcel. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, editorial Cajica, Puebla México. [S. D.]
- 34.-ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. *Compendio de Derecho Civil, tomo I introducción, personas y familia*, 28ª edición, editorial Porrúa, México 1998.
- 35.-RUGGIERO DE, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil, tomo II, volumen II*, editorial Reus, Madrid España 1994.
- 36.-SAMBRIZZI, Eduardo A. *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
- 37.-SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito*, editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires Argentina 1990.
- 38.-VÁQUEZ BENÍTEZ, Efraín. *Medicina Reproductiva*, 2ª edición, editorial El Manual Moderno, México, 2003
- 39.-VANRREL, Joan Antoni. CALAF, Jaquim. Et. Al. *Fertilidad y Esterilidad humanas, tomo II*, 2ª edición, editorial Masson, Barcelona, 1999.
- 40.-VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del derecho Español*, editorial Cívitas, Madrid, 1988.
- 41.-ZANNONI Eduardo A. *Derecho Civil. Derecho de Familia, tomo 2*, 5ª edición, editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1998.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS CONSULTADAS.

- 1.-DICCIONARIO DE MEDICINA, Facultad de Medicina de La Universidad de Navarra, editorial Espasa Calpe S. A, Madrid, 1999
- 2.- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, tomo XII fami- Gara, editorial Driskill, Argentina 1990.
- 3.- ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA EUROPO AMERICANA, Tomo 50 ref-reuz, editorial Espasa Calpe, Madrid, 1980.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- 1.- AGENDA CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL 2004, 7ª edición, ediciones fiscales ISEF. México, 2004.
- 2.- AGENDA PENAL DEL DISTRITO FEDERAL 2004, 10ª edición, ediciones fiscales ISEF. México, 2004.
- 3.-AGENDA DE SALUD. 2005. 6ª edición, ediciones fiscales ISEF. México, 2005.
- 4.- CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE TABASCO, editorial SISTA, 2005.
- 5.-CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 150ª edición, editorial Porrúa, México, 2005
- 6.-REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA D E INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD, editorial Porrúa, México 2005.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL CONSULTADA

- 1.- CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL COMENTADO Y CONCORDADO, editorial Bosch, España, 2000.
- 2.- CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, 100ª edición, editorial Dalloz, Paris, 2001.
- 3.- CÓDIGO PENAL FRANCES, traducido y anotado, 2a edición, editorial Comares, Paris, 2003.
- 4.- LEY ESPAÑOLA 35/88 DE 22-11-88 SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

5.- LEY FRANCESA 94-653, DEL 29 DE JULIO DE 1994 RELATIVA AL RESPETO DEL CUERPO HUMANO

PÁGINAS EN INTERNET

- 1.-<http://www.bibliojuridica.org>
- 2.-<http://www.cddhcu.gob.mx>
- 3.-<http://www.cinu.org.mx/temas/desarrollo/dessocial/poblacion/icpd1994>
- 4.-<http://www.fertilityworld.org/content/doc>
- 5.-<http://www.juridicas.unam.mx>