



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

---

---

FACULTAD DE DERECHO

**“INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y FILIACIÓN EN  
MÉXICO”**

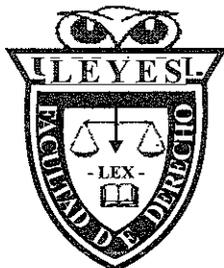
**T E S I S**

QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE:

**LICENCIADO EN DERECHO**

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

**FABIOLA SÁNCHEZ VELÁZQUEZ**



ASESORA: MTRA. MAURA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ.

CIUDAD UNIVERSITARIA

2008



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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



FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO SEMCIV/06/02/08/16  
ASUNTO: Aprobación de Tesis

DR. GUSTAVO GONZÁLEZ BONILLA,  
ENCARGADO DEL DESPACHO DE LA  
DIRECCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN  
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.,  
P R E S E N T E .

La alumna **FABIOLA SÁNCHEZ VELÁZQUEZ**, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad de la Mtra. Maura Hernández Hernández, la tesis denominada "INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y FILIACIÓN EN MÉXICO" y que consta de 180 fojas útiles.

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

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

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"  
Cd. Universitaria, D. F. 6 de febrero del 2008

*M. Leoba Castañeda Rivas*

DR. MA. LEOBA CASTAÑEDA RIVAS  
Directora del Seminario

Ciudad Universitaria a 23 de Octubre de 2007

**DRA. MA. LEOBA CASTAÑEDA RIVAS**

DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
CIUDAD UNIVERSITARIA  
PRESENTE

Estimada Doctora:

Por este conducto hago de su conocimiento que la alumna **FABIOLA SÁNCHEZ VELÁZQUEZ** con número de cuenta 97368470, ha concluido su trabajo de investigación para presentar la tesis intitulada **"INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y FILIACIÓN EN MÉXICO"**, la cual tiene asignado el registro 15181 en el Seminario a su digno cargo.

Considero que el trabajo realizado con mi asesoría por la señorita Sánchez, reúne los requisitos metodológicos y técnicos que para la presentación de tesis de Licenciatura establece el Seminario de Derecho Civil de esta nuestra Facultad de Derecho.

Por lo anterior, presento a su consideración la tesis de mérito, para su revisión y de ser el caso sus valiosas observaciones, las cuales agradezco de antemano, esperando ser favorecida con su aprobación.

Reciba un cordial saludo y mis respetos.

Atentamente

  
MTRA. MAURA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

*Dedico este trabajo:*

*A la Universidad Nacional Autónoma de México, por brindarme la oportunidad de cumplir una de mis mayores aspiraciones.*

*A las dos personas más importantes en mi vida:*

*A mi papá, porque los sueños si existen y también se cumplen. Todo tuvo sentido, es para ti.*

*A mi mamá, quien siempre ha estado a mi lado, te agradezco por toda la dedicación y cariño incondicional que invariablemente me has brindado, gracias por tu amor inagotable.*

*A Jonatan, mi hermano que desde hace veinte años es mi cómplice en esta aventura de la vida.*

*A Doña Juana Juárez † y a Don Emeterio Velázquez †, mis abuelos, quienes siempre me alentaron para seguir adelante, y lo siguen haciendo pese al tiempo y a la distancia. Gracias por seguir cuidando de mí.*

*A Doña Ana Maria Ibáñez y a Don Sebastián Ibáñez †, mis abuelos, dos ejemplos de lucha y fortaleza interminable, a ustedes por nunca darse por vencidos.*

*A quien me enseñó a vivir y estuvo a mi lado cuando conocí el verdadero sentido de la vida. Gracias por tu cariño.*

*A todos y cada uno de mis tíos, primos y sobrinos que estuvieron conmigo cuando necesite de ellos, gracias por todas sus palabras y muestras de afecto.*

*A Juanito . †  
In memoriam*

*A Karen, mi amiga inseparable.*

*A la Maestra Maura Hernández, con un gran aprecio, por el voto de confianza y su invaluable apoyo.*

*A la Maestra Ma. Teresa Ambrosio, porque a pesar de las adversidades, nunca dejó de contribuir para la culminación de este proyecto.*

*A la Maestra Rosa María Álvarez de Lara, por darme la oportunidad de colaborar con ella.*

*A todos y cada uno de los miembros de la familia que escogí, mis amigos. Principalmente a quienes me apoyaron día a día para que no decayera, gracias por demostrarme su invaluable amistad y afecto, los quiero mucho.*

## ÍNDICE

	Páginas
INDÍCE.....	I
ABREVIATURAS.....	III
INTRODUCCIÓN.....	V

### CAPITULO UNO MARCO CONCEPTUAL

1. Bioderecho.....	4
2. Filiación.....	8
2.1. Matrimonial.....	11
2.2. Extramatrimonial.....	12
3. Maternidad.....	13
3.1. Maternidad Subrogada.....	15
4. Paternidad.....	19
5. Inseminación artificial.....	20
5.1. Homóloga.....	23
5.2. Heteróloga.....	24

### CAPITULO DOS ANÁLISIS DE LA FILIACIÓN Y LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

1. Filiación.....	27
1.1. Antecedentes.....	28
1.2. Clases de filiación .....	33
1.2.1. Matrimonial.....	34
1.2.2. Extramatrimonial .....	51
2. Inseminación artificial.....	59
2.1. Naturaleza Jurídica.....	62
2.2. Consideraciones técnicas de la Inseminación artificial desde el punto de vista médico.....	65
2.2.1. Homóloga.....	69
2.2.2. Heteróloga.....	70
2.2.3. Algunas variantes.....	71

**CAPITULO TRES  
MARCO LEGISLATIVO DE LA FILIACIÓN**

1. Legislación Nacional.....	74
1.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos .....	75
1.2. Código Civil Federal.....	93
1.3. Código Federal de Procedimientos Civiles.....	106
1.4. Legislación Sanitaria.....	120
1.5. Código Federal Penal.....	123
2. Legislación Extranjera.....	128
2.1. España .....	131
2.2. Francia .....	134
...2.3. Inglaterra.....	136

**CAPITULO CUATRO  
LA FILIACIÓN EN CASO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL**

1. Inseminación con semen de esposo de la receptora.....	141
2. Inseminación con semen de dador.....	150
3. Inseminación post – mortem.....	159
4. Maternidad subrogada.....	165
<b>CONCLUSIONES</b> .....	171
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	175

## ABREVIATURAS

CCDF	Código Civil del Distrito Federal
CCF	Código Civil Federal
CPF	Código Penal Federal
CPDF	Código Penal para el Distrito Federal
GIFT	Transmisión intratubaria de gametos
IA	Inseminación artificial
IAC	Inseminación artificial conyugal
IAD	Inseminación artificial por dador
ICS	Inyección intracitoplasmática de espermatozoides
TRA	Técnica(s) de reproducción asistida

*¿No habría al menos una posibilidad, así sea experimental, que garantizara la verdad del padre real?, pregunta un rabino.*

*¿No se podría por ejemplo, encerrar en una prisión a un hombre y a una mujer para que nazca un hijo con filiación cierta?*

*Tonterías. ¿Conoces tú una prisión sin guardián?*

*“Talmud de Babilonia”, citado por Gerard Haddad, en L'enfant illegitime, Surce talmudiques de la psuchanalyse, Hachette, París, 1981, p. 261.*

## INTRODUCCIÓN

La vida es un enigma que ha existido durante toda la historia del ser humano, el cual hasta la fecha no ha sido resuelto en su totalidad. Sin embargo, la ciencia no ha dejado de trabajar día con día con el objeto de revelar los misterios de la vida y de la muerte, descubriendo y creando cosas que jamás la humanidad pudo haber siquiera imaginado.

Ahora bien, como es de suponerse el conocimiento científico ha sido una herramienta de gran importancia para la comprensión de nuestro entorno, así como un medio para satisfacer nuestras necesidades, esto es la ciencia debe estar a la orden del ser humano nunca a la inversa.

Por otro lado, es conveniente señalar que el descubrimiento de lo inédito lógicamente causa un gran impacto en los diversos aspectos de la vida del ser humano, lo que origina la urgente necesidad de estudiar y regular dichas conductas dentro de un marco jurídico.

No obstante, ha surgido una nueva rama jurídica llamada Bioderecho, la cual tiene por objeto de estudio todos los actos del hombre encaminados a la creación, desarrollo y término de la vida. Esta reciente vertiente del derecho es de carácter interdisciplinario, ya que no sólo se trata de la unión entre bioética y derecho, sino que convergen un gran número de disciplinas. Es conveniente resaltar su trascendencia, ya que los temas comprendidos dentro de ella repercuten profundamente en la vida del ser humano.

Como podemos ver los avances de la ciencia y tecnología tiene una profunda intromisión dentro de la existencia de la persona, pero dicha relevancia se acentúa cuando hablamos de las Técnicas de Reproducción Asistida, clonación, eutanasia, etc., temas que sin duda traen aparejadas cuestionamientos profundos como el

comienzo y fin de la vida, prácticas eugenésicas, la determinación de la existencia de la persona, la determinación de la filiación, etc.

Todos los anteriores tópicos de notable importancia, no obstante, creemos pertinente estudiar lo concerniente a las Técnicas de Reproducción Asistida y en específico lo que corresponde a la inseminación artificial en relación a la filiación, ya que pese a ser la práctica de mayor antigüedad y contar con un estudio amplio, en comparación con otras técnicas, no se ha llegado a crear un criterio general en relación a la determinación o no del vínculo filial.

Por Inseminación artificial debemos entender la técnica de reproducción asistida por medio de la cual se deposita semen en la vagina, cuello del útero o útero de la mujer, con el fin de lograr un embarazo y sin que medien relaciones sexuales. Técnica que puede realizarse con semen del esposo o concubino de la mujer o bien con semen de un dador (comúnmente llamado donador), recibiendo la primera el nombre de conyugal u homóloga y la segunda de dador o heteróloga.

Consecuentemente la existencia o no de la relación filial es la principal interrogante que se origina con motivo de la práctica de la inseminación artificial, entendiéndose aquel como el vínculo jurídico que existe entre el padre o madre e hijo, dando paso de este modo a figuras como paternidad y maternidad, las cuales hasta fechas recientes se podían determinar según el vínculo biológico que había entre el concebido y los pretendidos padres, y aunque esta situación prevalece, no podemos ignorar los resultados de las aplicaciones de las Técnicas de Reproducción Asistida donde el consentimiento será la primera fuente de filiación, pasando a segundo plano la existencia o no del vínculo genético, por lo tanto, los padres biológicos no siempre ostentarán la calidad de padres legales.

Es preciso resaltar que el consentimiento juega un papel primordial respecto de la inseminación artificial, ya que por medio de éste, se manifiesta la aprobación para que se realice la técnica y por otro lado la aceptación de asumir, en un futuro, la

paternidad o maternidad del niño producto de la inseminación artificial, de aquí la regla general que dice que padre será el varón que exprese su consentimiento y madre será la mujer que dé a luz.

Pero la controversia surge cuando el consentimiento no existe, dejando sin efecto la afirmación que arriba hacemos, generando la necesidad de encontrar una solución para determinar la paternidad legal del niño así concebido.

Respecto a la Inseminación artificial conyugal, el problema se resolverá de acuerdo al marco jurídico vigente, ya que existe vínculo biológico respecto del cónyuge o concubino. Sin embargo, para el caso de la inseminación artificial con dador, la situación cambia radicalmente, ya que además de no haber consentimiento, no existe relación genética entre el hijo y el presunto padre, provocando así la ausencia de una fuente de filiación.

Ante lo cual no debemos dejar de lado la existencia del dador del semen, que en todo tiempo será el padre biológico, afirmación que nos lleva a formularnos preguntas como ¿Qué pasa con los derechos del niño a conocer sus orígenes biológicos?, ¿El dador anónimo de semen, en realidad no tendrá derecho alguno a reclamar su paternidad tomando en cuenta que es el padre biológico? o ¿Con la simple mención que la dación es anónima y sin ningún animo de procreación, realmente es suficiente para que el varón renuncie a todos sus derechos sobre el niño?

Por otro lado encontramos la posibilidad de que se lleve a cabo una inseminación artificial conyugal cuando el varón ha muerto, posibilidad que nos parece totalmente fuera de contexto pero, ¿Qué pasa con los derechos reproductivos de la mujer e incluso del hombre fallecido? ¿Tendrá validez el consentimiento otorgado, aun cuando se trate del expresado por una persona que ha dejado de existir? Y en caso que se efectuará la inseminación ¿El padre sería quién ha muerto? o ¿El niño nacería destinado a ser huérfano de padre?

En otro sentido ¿La mujer sola no tiene derecho a poder concebir por medio de esta técnica de reproducción asistida?

Tal y como podemos observar la ciencia ha generado situaciones que parecían inimaginables hasta hace apenas algunos años y sin embargo ahora son factibles de realizarse, teniendo como consecuencia un gran número de conflictos éticos, psicológicos, jurídicos, etc. Modificando radicalmente las relaciones familiares dentro de una sociedad, trayendo como consecuencia la necesidad de que el derecho se adecue a las nuevas exigencias.

No obstante, la relevancia de la práctica de la Inseminación artificial, en nuestro país se ha hecho caso omiso a dichos planteamientos.

Por principio de cuentas nuestra Carta Magna no menciona nada respecto a la aplicación de los adelantos de la ciencia y mucho menos lo que corresponde a las Técnicas de Reproducción Asistida, sólo se limita a consagrar en su artículo 4 el derecho a la reproducción. En lo que toca al Código Civil Federal, éste no hace ninguna referencia al respecto, prevaleciendo los principios que señalan que madre será la que da a luz y padre será el que demuestre el vínculo biológico.

Ahora, por otro lado, está el derecho penal federal, en el cual no encontramos tipo alguno, encaminada a sancionar determinada conducta ilícita en el marco de la reproducción asistida.

Por tanto, es evidente la falta de regulación en relación a las Técnicas de Reproducción Asistida, lo que nos constriñe a la necesidad de impulsar la creación de una ley que regule el contexto que rodea la práctica de aquellas, siguiendo el ejemplo, de alguna forma, de países como Inglaterra, Francia y España, quienes cuentan con amplios estudios sobre el tema, además de una regulación, sino excelente, si suficiente para tratar asuntos tan delicados como lo que aquí planteamos.

Por último podemos expresar que los progresos de la tecnología en la rama de la genética han rebasado nuestras expectativas, por lo cual es necesario que la ciencia del derecho, y en específico el bioderecho, esté al pendiente de lo que sucede a cada momento, con el objeto de brindar una solución inmediata a los conflictos generados por la aplicación de la ciencia y tecnología dentro de nuestra sociedad.

## **CAPITULO UNO**

### **MARCO CONCEPTUAL**

SUMARIO: 1. Bioderecho.- 2. Filiación. 2.1. Matrimonial. 2.2. Extramatrimonial.- 3. Maternidad. 3.1. Maternidad subrogada. -4. Paternidad. - 5. Inseminación artificial. 5.1. Homóloga. 5.2. Heteróloga.

La vida es un proceso biológico que ha existido durante toda la historia del ser humano, el cual hasta la fecha no ha sido investigado o descifrado en su totalidad. Sin embargo la ciencia no ha dejado de trabajar día con día con el objeto de alcanzar a revelar los misterios de la vida, descubriendo y creando cosas que jamás la humanidad pudo haber siquiera imaginado, siendo así la ciencia la encargada de revelar muchos de los misterios de la naturaleza, sin excluir los de la vida y la muerte misma.

De tal forma, la ciencia ha sido una herramienta de gran importancia para el conocimiento de nuestro entorno así como un medio para satisfacer nuestras necesidades, es decir, la ciencia se ha convertido en parte fundamental dentro de la vida del ser humano, por lo cual debemos ser muy cuidadosos al no permitir que la ciencia de estar a la orden del ser humano, éste pase a ser materia prima de aquella.

Surgiendo así la apremiante necesidad de regular tales conductas, creando un marco jurídico que tenga como objeto primordial proteger al ser humano, evitando la trasgresión a los derechos fundamentales a causa del uso de la ciencia.

Razón por la cual ha surgido una nueva rama del derecho llamada Bioderecho que tiene por objeto regular todos los actos del hombre encaminados a la creación, desarrollo y termino de la vida. Ésta ha surgido de manera interdisciplinaria, ya que es el resultado de la unión de diversas ramas del saber, principalmente entre derecho y bioética. Y aunque se trata de una rama del derecho suscitada recientemente, es conveniente hacer resaltar su importancia, ya que los temas comprendidos dentro de ella son de gran innovación.

Como podemos ver los avances de la tecnología son un aspecto de notoria relevancia dentro de nuestra sociedad, y más aun los relacionados directamente con la vida o la muerte del ser humano, tales como los métodos de fecundación asistida, clonación, eutanasia, etc.

Y aunque todos son de gran importancia, creemos pertinente enfocar únicamente nuestro estudio, a lo concerniente a las técnicas de reproducción asistida y en específico la inseminación artificial en relación a la filiación, ya que aunque es uno de los temas más estudiados y de una práctica antigua, en la mayoría de las legislaciones de los diferentes países no se encuentra regulada, siendo el caso de México.

Para comprender la importancia de estos planteamientos, es de vital trascendencia mencionar que la filiación es la relación que hay entre el concebido y sus progenitores, recibiendo así uno la calidad de hijo y los otros de padres.

Dando paso de este modo al surgimiento de figuras como paternidad y maternidad, las cuales hasta fechas recientes se podían determinar según el vínculo biológico que había entre el concebido y los pretendidos padres. Y aunque esta situación prevalece, no podemos dejar de tomar en cuenta que como resultado de las aplicaciones de las TRA los padres biológicos no siempre serán los legales.

Podemos decir que los conceptos tradicionales de maternidad y paternidad han sido severamente afectados, por lo cual es urgente sean modificados tomando en cuenta que son la base de toda filiación y ésta a su vez es la generadora de otras instituciones jurídicas

## **MARCO CONCEPTUAL**

A lo largo de la historia de la humanidad han surgido diversos avances científicos, los cuales han tenido como objetivo principal causar un beneficio a los seres humanos. Pero es a partir del siglo XX cuando la tecnología empieza a centrar su atención en lograr una mejor “calidad de vida”, surgiendo de éste modo la llamada biotecnología.

Esta nueva rama del conocimiento ha venido encaminando sus esfuerzos a lograr progresos dentro de la biología, la genética y en general en todo el campo de la medicina. Consiguiendo de esta manera descubrimientos altamente significativos como el desarrollo del proyecto del genoma humano, las diversas técnicas de reproducción asistida, la clonación, entre otros.

Como resultado de tales adelantos, el contexto social y jurídico se ha visto afectado de una manera muy importante, toda vez que al hacer uso de la biotecnología se generan situaciones, en cierto grado, inimaginables que alteran el orden ya establecido. Realidades ante las cuales el derecho no debe permanecer ajeno, debiendo responder a los desafíos planteados por la biotecnología, creando un marco normativo eficaz apto para hacer frente a estos nuevos retos.

El derecho en general se ve involucrado en estas nuevas dinámicas biotecnológicas, pero en especial el derecho de familia que es el más afectado por todo éste vertiginoso avance científico-tecnológico, ya que instituciones que se creían inalterables, hoy en día son objeto de debates legales trascendentes. Provocando la alteración de las relaciones familiares y sociales, que en caso de no tener una protección jurídica adecuada podrían generar un daño al núcleo familiar.

El derecho en su carácter regulador, debe responder a las exigencias de la realidad, adecuando viejas instituciones y conceptos a las demandas de la sociedad, evitando así la creación de una laguna jurídica, y por consiguiente

eliminando la posibilidad de que la investigación científica-tecnológica atente contra la dignidad humana y los derechos fundamentales del ser humano.

La ciencia y la tecnología brindan la posibilidad de ejercer el derecho a la reproducción, aun cuando se presenten problemas de infertilidad y esterilidad, por medio de las técnicas de reproducción asistida.

Estas nuevas técnicas obligan al derecho de familia a someter doctrina, legislación y jurisprudencia, a las demandas científicas-tecnológicas y sociales en relación a la genética del siglo XXI.

Si bien, el mayor desarrollo en estas áreas se ha generado en los países anglosajones, México ha comenzado a inmiscuirse en los avances de la ciencia-tecnología, pero la falta de experiencia legal en estos temas puede provocar la violación de los derechos de los sujetos involucrados y de la misma sociedad.

Por ello se requiere, de un análisis completo del tema, en relación a las instituciones como actualmente se encuentran, además de realizar un estudio comparado respecto de otros países que poseen esta experiencia legal.

## **1. BIODERECHO**

La revolución biológica nos ha situado frente a un nuevo concepto de vida, y por consiguiente a nuevos desafíos éticos y jurídicos. Por lo que el derecho como la ética se han visto en la necesidad de ofrecer soluciones a los problemas que surgen a raíz de la aplicación de los descubrimientos tecnológicos.

Así, encontramos que la ética ha sido la primera en dar contestación a dichas dificultades, por medio de la creación de la bioética, neologismo creado en 1971, por Van R. Potter, que nace como consecuencia de los constantes planteamientos

morales que surgieron y surgen a la hora de aplicar alguno de los progresos logrados por la biomedicina.

De este modo encontramos que la “Bioética – del griego *bios*, que significa vida, y *ethiké*, que significa moral- es, pues: el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales”.<sup>1</sup>

La bioética se encarga de proporcionar alternativas ante los diversos retos originados por el avance de la ciencia y la tecnología. Y respecto a éste punto, es menester aclarar que dichas soluciones sólo son efectivas en el plano ético, nunca jurídico, aun cuando es innegable su gran influencia sobre el derecho, en razón del carácter interdisciplinario de la bioética.

Como es lógico, el derecho no puede permanecer ajeno al contexto biotecnológico, por lo cual busca nuevas alternativas para dar respuesta a las exigencias de la sociedad. Y es justo en esta búsqueda de soluciones donde ha surgido la necesidad de crear una nueva rama del derecho ya que “es prácticamente imposible que la regulación de los múltiples aspectos involucrados por la biomedicina puedan corresponder a los contenidos de las ramas convencionales del derecho”.<sup>2</sup>

Y es así, como nace el bioderecho, biojurídica o biolegislación; rama del conocimiento de carácter interdisciplinario, y con esto no nos referimos a que sea una combinación de biología y Derecho o bioética y derecho. La interdisciplinariedad consiste en la relación entre diversas materias para obtener determinados conocimientos o bien conseguir una solución a un problema.

---

<sup>1</sup> LOYARTE, DOLORES Y ROTONDA, ADRIANA. E, *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995, p. 11.

<sup>2</sup> VALADÉS, DIEGO, “Problemas del bioderecho y del derecho genómico”, *Revista Latino Americana de estudios constitucionales, Brasil*, Número 4, julho-dezembre, 2004, p. 29.

“La interdisciplinariedad por ende debe concebirse como la interacción de dos o más disciplinas, las cuales pueden implicar transferencia de dos o más disciplinas, las cuales pueden implicar transferencias de leyes de una disciplina a otra generándose o pidiéndose generar un nuevo cuerpo disciplinario”.<sup>3</sup>

Así tenemos que algunos doctrinarios definen al bioderecho como “la asociación de la biología con las diversas disciplinas del derecho para asegurar que la investigación y la aplicación de sus resultados se ejerzan con libertad y responsabilidad, preservando la dignidad, la integridad y la seguridad jurídica de todas las expresiones de la vida”.<sup>4</sup>

Definición con la cual no coincidimos del todo, ya que el bioderecho no puede ser sólo la asociación entre biología y derecho, sino también de otras ramas del conocimiento científico y humanístico.

Sin embargo "...el entorno principal y por ende el objetivo central de estudio del Bioderecho remite a las trascendentales cuestiones acerca de la vida y la muerte de los seres vivos y del hombre bajo principios y reglas de naturaleza interdisciplinaria, pero también plantea el decisivo problema de los límites de la libertad de investigación y experimentación y sobre todo la capacidad de intervención o manipulación en los procesos así como en la naturaleza íntima en la privacidad de la vida”.<sup>5</sup>

Por otro lado, si bien es cierto que la mayor parte de los juristas aceptan la creación del bioderecho, también es cierto que algunos autores manifiestan su total desacuerdo, como es el caso de Federico Hooft<sup>6</sup>, quien argumenta que a diferencia de la bioética, que cuenta con una larga y fructífera historia, el neologismo bioderecho carece de esa misma rica tradición. Por ende, su utilización presentaría el peligro de una pérdida del fructífero diálogo interdisciplinario propio de la bioética: el desarrollo del “bioderecho” podría de

---

<sup>3</sup> FLORES TREJO, FERNANDO, “El bioderecho: Nueva rama científica interdisciplinaria”, *Revista de la Facultad de Derecho UNAM*, Tomo LV, número Especial, 2005.p. 134.

<sup>4</sup> VALÁDES, DIEGO, op. cit., p. 28.

<sup>5</sup> FLORES TREJO, FERNANDO, *Bioderecho*, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 169.

<sup>6</sup> VID. HOOFT, PEDRO FEDERICO, *Bioética, Derecho y Ciudadanía. Casos bioéticos en la jurisprudencia*, Colombia, Editorial Themis, 2005, p. 34.

hecho reanudar en detrimento de la “ética de la bioética” ante los riesgos de un desarrollo de un bioderecho autosuficiente y autónomo, frente al cual las demás disciplinas que convergen horizontalmente en el discurso bioético se transformarían permanentemente en las clásicas “ciencias auxiliares del derecho” más allá de los propósitos de los reconocidos estudios que se inclinan por adoptar el referido neologismo.

En el mismo sentido se manifiesta José Miguel Serrano Ruiz-Calderón al decir que considera de alto riesgo la creación del bioderecho, ya que éste puede convertirse en un órgano regulador, sin aportar nada desde la perspectiva jurídica.

Sin embargo, aun cuando los citados autores rechazan totalmente la creación del bioderecho, estos no niegan el necesario vínculo que surge entre la bioética y el derecho, proponiendo de este modo a los derechos humanos como “puente de comunicación”, toda vez que al hablar de bioética, es hablar de la defensa de los derechos humanos ante la voluntad de otros de violarlos, hecho suficiente para que el derecho se inmiscuya.

Los derechos humanos son la materia prima en la elaboración de cualquier protección al ser humano, por ello aun cuando existan juristas a favor y en contra de generar nuevas ramas del conocimiento jurídico estas deben obedecer a derechos fundamentales.

“Y ese problema para el Bioderecho se presenta por el enfrentamiento de la normatividad positiva vigente, que ha quedado prácticamente obsoleta, debido a las nuevas realidades sociales que surgen con las posibilidades científicas y tecnológicas de intervenir en la vida misma y en sus diversas manifestaciones generando consecuencias que no fueron previstas por el legislador y que por tanto requieren intervención del juez”.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup>NARANJO, GLORIA PATRICIA, “Principios generales del bioderecho”, *Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U. P. B.*, Número 103, 2004, p. 138.

Por último a nuestra consideración, bioderecho se entiende como: Una rama del derecho público, de carácter interdisciplinaria, que tiene como objetivo establecer principios, normatividad, doctrina y jurisprudencia para la resolución de casos, en relación a la vida, la muerte, la salud, así como establecer los límites legales de la ciencia y la tecnología en beneficio del ser humano.

Tomando en consideración lo antes expuesto formulamos el siguiente cuadro en relación a las principales diferencias entre bioética y bioderecho.

Bioética	Bioderecho
Rama de la ética y por consiguiente de la filosofía.	Rama del derecho.
Disciplina de carácter interdisciplinaria	Disciplina jurídica de carácter interdisciplinaria
Método inductivo	Método deductivo
Tiene como base los principios	Se basa en la ley y los principios
Su campo de estudio son las relaciones en el ámbito médico-biológico.	Su campo de estudio son las relaciones entre particulares en lo que concierne al ámbito médico-biológico.
Sus estudios sólo son recomendaciones, no siendo obligatorias.	Sus estudios pueden llegar a ser parte del marco jurídico nacional, y adquirir el carácter de obligatorios y coercitivos.

La interdisciplina entre las ciencias y el derecho genera un nuevo conocimiento jurídico a tratar por la materia civil, sobre todo por lo que se refiere al derecho de familia y las TRA.

## 2. FILIACIÓN

La filiación es una de las instituciones del derecho de mayor tradición, hecho que lo podemos constatar al dar lectura al antiguo derecho romano, donde encontramos una gran regulación respecto a la institución en comento.

La importancia que tiene es innegable, ya que a partir de la filiación se determina el vínculo jurídico entre los progenitores y los hijos, situación de gran trascendencia para el derecho de familia.

“La referencia a la relación jurídica entre padres e hijos autoriza un doble orden de exclusiones; por una parte, permite dejar de lado a los vínculos con otros antepasados no inmediatos en línea directa; por la otra, permite eliminar del concepto a los meros hechos de la procreación no volcados al plano jurídico”.<sup>8</sup>

La filiación es la relación que existe entre padre o madre y el hijo. Así encontramos que el vocablo filiación proviene de las raíces latinas *filio filii*, que significan hijo.

Respecto al concepto de filiación, tradicionalmente se ha estudiado desde dos perspectivas, una en sentido amplio y otra en sentido restringido.

De tal forma filiación en sentido amplio “comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre las personas que descienden las unas de las otras, y de ésta 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 descendiente, para tomar como punto de relación los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc”.<sup>9</sup>

En pocas palabras podemos expresar que filiación en sentido amplio es toda relación entre ascendientes y descendientes sin límite de grado.

Mientras que filiación en sentido restringido es el nexa jurídico que existe entre los progenitores y el hijo, es decir, cuando un sujeto se considere padre o madre en relación a otro que es su hijo.

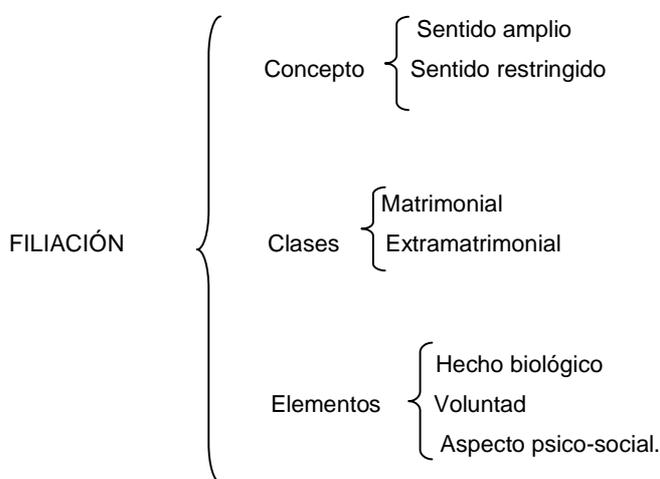
---

<sup>8</sup> MIZRAHI, MAURICIO LUIS, *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, Buenos Aires, editorial Astrea, 2004, p. 5.

<sup>9</sup> ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Segundo, 9 ed, México, Editorial Porrúa, 1998, p.591.

Según lo anterior filiación es “la relación existente entre dos personas; una de las cuales generalmente desciende sobre la otra; es una relación que existe entre padre, madre e hijos; y se establece por los lazos de sangre o voluntad declarada, entre el hijo o hija y la madre y entre el hijo o hija y el padre, considerándose como la fuente principal de la familia”.<sup>10</sup>

Con la intención de realizar una explicación más didáctica formulamos el siguiente esquema:



De acuerdo con lo antes mencionado, vemos que la filiación está constituida por tres elementos básicos que son:

- El hecho biológico es el primer elemento que aparece, ya que el hecho natural de la procreación y posteriormente el nacimiento, son hechos de la naturaleza que obligatoriamente nos remiten a pensar que el nuevo ser necesariamente tiene un padre y una madre.
- La voluntad es otro de los elementos relevantes, que se hace presente tanto de parte del hijo como de sus progenitores, es decir, la mayor parte de

---

<sup>10</sup> GUZMÁN ÁVALOS, ANÍBAL, *La filiación en los albores del siglo XXI*, México, Editorial Porrúa, 2005, p.2

los actos relacionados con la filiación, los realizan los sujetos movidos por su voluntad, aunque no siempre es así.

Si bien es cierto este elemento es tomado en cuenta, hoy en día ha adquirido un mayor grado de importancia, ya que para la aplicación de cualquier técnica de reproducción asistida, es necesario expresar el consentimiento por parte de los interesados, para posteriormente evitar problemas respecto al vínculo filial, aunque no siempre es así.

- c) Por último es conveniente tomar en cuenta aspectos como el psico-social y el jurídico, que si bien parecen no tener la importancia de los primeros, en algunos casos pueden llegar a ser trascendentes. Como en el caso del llamado interés del menor o bien el estado de hijo, situaciones que en determinado momento pueden llegar a ser concluyentes para el establecimiento del vínculo paterno o materno.

## **2.1 MATRIMONIAL**

Creemos pertinente que para poder comprender de una mejor manera el concepto de filiación matrimonial debemos empezar por exponer que se entiende por matrimonio, y de este modo encontramos que el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 146 dice: "Matrimonio 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 esta ley exige".<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Agenda Civil Del D.F., ISEF, 2007, p. 20.

O bien matrimonio es “la unión permanente, monogámica y legal del hombre y la mujer que, estableciendo una plena comunidad de vida, responde a sus necesidades vinculantes para el logro de su personalización integral”.<sup>12</sup>

“... en términos generales, puede definirse como un acto bilateral, solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes”.<sup>13</sup>

Así, matrimonio es la unión de un hombre y una mujer que debe cumplir con ciertos requisitos de existencia y validez. Sin los cuales dicha unión será sólo de hecho y no de derecho.

Por tanto podemos decir que filiación matrimonial es aquella que se establece cuando los hijos nacen dentro del matrimonio de los padres.

La unión legal de los progenitores siempre trae aparejada la certeza de la maternidad, así como la presunción de paternidad respecto del cónyuge de la mujer. Haciendo aplicable el antiguo adagio romano que reza: *Pater est quem justae nuptiae demonstrant* (padre es el que demuestra las justas nupcias).

Es decir, se presumirá padre el marido de la mujer, salvo prueba en contrario.

## 2.2. EXTRAMATRIMONIAL

Existe filiación extramatrimonial cuando el nacimiento del hijo acontece en el momento en el que no existe vínculo matrimonial entre los progenitores.

---

<sup>12</sup> MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *et. al.*, *Derecho de familia*, Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 2001, p. 416.

<sup>13</sup> DE PINA VARA, RAFAEL, *Elementos de derecho civil mexicano, introducción personas – familia*, volumen I, 19 edición, Editorial Porrúa, 1995, p. 406.

Y la figura del concubinato, por consiguiente es la figura por excelencia, donde se origina comúnmente este tipo de filiación, definiendo a éste como:

“...la vida marital de varón y mujer solteros, sin que hayan celebrado el acto solemne del matrimonio”.<sup>14</sup>

Así la filiación extramatrimonial es aquella relación de padre e hijo que surge cuando al nacer el menor los progenitores no están unidos en matrimonio, ya sea porque nunca han estado casados o bien porque nazca fuera de los plazos de presunción<sup>15</sup>. Y es justo aquí donde “vuelve a tomarse en cuenta el momento de la concepción que la ley determina a través de presunciones, dentro del término mínimo o máximo del embarazo, para considerar que el hijo fue concebido cuando la madre no estaba unida en matrimonio”.<sup>16</sup>

Sin embargo, es pertinente señalar que la ley otorga los medios necesarios, para establecer la filiación del niño nacido fuera del matrimonio, por medio del llamado reconocimiento del hijo (artículo 360 CCF), que haga el padre y la madre o uno de ellos o bien medie sentencia ejecutoriada que así lo señale.

### **3. MATERNIDAD**

Antes de iniciar con este apartado creemos pertinente mencionar que “maternidad y paternidad forman parte de la relación jurídica de la filiación. No son sinónimos paternidad y maternidad y filiación, pero hacen referencia a los sujetos entre los cuales se generan deberes, derechos y obligaciones. Lo que hace que se estudien separadamente es la diferencia que existe en cuanto a la forma de probar cada uno de esos hechos. Pero

---

<sup>14</sup> GALINDO GARFIAS, IGNACIO, *Derecho civil, primer curso, parte general, personas, familia*, 10 ed, México, Editorial Porrúa, 1991, p. 488.

<sup>15</sup> A nivel Federal la situación de los hijos nacidos fuera de matrimonio es diversa a la de los nacidos dentro de matrimonio, sin embargo en el Distrito Federal los derechos de los descendientes es el mismo no importando la época de su nacimiento.

<sup>16</sup> ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, *op. cit.* p. 596.

existe un principio en el sentido que la paternidad y maternidad en el matrimonio son indivisibles. Es decir, no es posible ser hijo o hija de una mujer si serlo de su marido”.<sup>17</sup>

Entonces en este mismo orden de ideas maternidad es la relación que une al hijo con su progenitora, es decir, maternidad hace referencia a los sujetos inmersos en tal vínculo (madre e hijo).

La maternidad hasta hace poco era un hecho natural biológico de fácil demostración, ya que el simple parto era suficiente para determinar quien era la madre, toda vez que se decía que “el parto, es el hecho natural que por sí sólo basta para establecer que una cierta mujer es la madre de una persona. El hecho del parto sirve de base para deducir; de las circunstancias que ha precedido al nacimiento, quién es el padre de aquél que ha dado a luz aquella mujer”.<sup>18</sup>

Así la expresión latina *partus sequitur ventrem* (el parto sigue al vientre), aun cuando en la mayoría de los casos sigue vigente, existen situaciones en las que la determinación de la maternidad se pone en tela de juicio, no pudiendo ser madre aquella que dio a luz.

Sin embargo, encontramos que la maternidad comprende dos elementos, que son: el hecho del parto y la total coincidencia entre el niño que nace en el parto y el que posteriormente se ostenta como hijo.

Por lo expuesto anteriormente, podemos decir que el concepto de maternidad se ha visto rebasado por la realidad, ya que con los adelantos científicos y tecnológicos han surgido las diferentes TRA, y con ellos diversos conflictos en lo que al derecho de familia se refiere, vulnerando así instituciones que parecían inalterables, como es el caso de la maternidad.

---

<sup>17</sup> GUZMÁN ÁVALOS, ANÍBAL, *op. cit.* p. 2

<sup>18</sup> GALINDO GARFIAS, IGNACIO, *op cit*, p. 305.

### 3.1 MATERNIDAD SUBROGADA

Como hemos analizado, el concepto de maternidad ya no tiene el carácter de inmutable, debido a la aplicación de la ciencia-tecnología en la forma de concebir, lo que en recientes fechas ha causado el surgimiento de diversos hechos naturales y actos jurídicos que anteriormente parecían imposibles.

Los avances en biotecnología han generado, entre otros muchos adelantos, las TRA encaminadas a sobrepasar problemas de infertilidad y esterilidad, teniendo como objeto principal el nacimiento de un ser humano concebido por medio del uso de alguna de estas técnicas.

Y es justamente dentro de este marco que surge la figura de la maternidad subrogada, concibiendo ésta como un medio más para alcanzar el ejercicio de los derechos reproductivos del ser humano.

En la doctrina existen diversos conceptos de maternidad subrogada, siendo algunos de estos los siguientes:

“Se llama maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero al acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste”.<sup>19</sup>

O bien maternidad subrogada se refiere a la “...maternidad gestacional contratada a cambio de dinero a una mujer, que puede ser o no madre genética del hijo”.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup>GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA, *El derecho a la reproducción humana*, España, Marcial Pons, ediciones Jurídicas, 1994, p.136.

<sup>20</sup> DICCIONARIO DE MEDICINA, Facultad de Medicina de la Universidad de Navarra, España, Editorial Espasa Calpe, 1999. p.786.

Y aunque pueda parecer que hablar de maternidad subrogada es abordar un tema nuevo y de gran innovación, debemos subrayar que desde tiempos remotos tal figura ya se encontraba presente, lo cual podemos constatar al citar el caso bíblico de Sara que era estéril: “Sara la mujer de Abrahán, no le había dado un hijo. Ella tenía una sirvienta egipcia de nombre Agar y Sara le dijo a Abrahán: el Señor no me ha permitido tener un hijo, ve con mi esclava y yo tendré quizás la suerte de tener un hijo por ella... y Agar dio un hijo a Abrahán y Abrahán lo llamo Ismael”.<sup>21</sup>

Hoy en día la maternidad subrogada se puede lograr mediante la aplicación de las diversas TRA, abriendo la posibilidad a un vasto abanico de posibilidades, como son:

- a) La inseminación artificial de la madre subrogada con semen del hombre casado, para que posteriormente la esposa de éste adopte al menor;
- b) La inseminación de la madre portadora con semen de un donador, es decir, de éste modo ninguno de los miembros de la pareja contratante tendría vínculo biológico con el producto;
- c) La transferencia del preembrión, producto de la fecundación *in vitro* de los gametos de la pareja, al útero de la madre sustituta para que una vez nacido sea entregado;
- d) La transferencia de un preembrión, fecundado a partir de la unión del gameto perteneciente a algún miembro de la pareja y del óvulo o esperma de un dador; y
- e) La transferencia de un preembrión al útero de la madre portadora, pero ésta vez los gametos fecundados *in vitro* son de donantes.

---

<sup>21</sup> Génesis 16-16: V. 2, 3,4.

Creando cada una de ellas diversas consecuencias jurídicas importantes y trascendentes para la familia y la sociedad, tanto que han dado pauta a que el hombre o mujer individualmente, contrate los servicios de una madre subrogada, con el fin de poder tener descendencia, prescindiendo totalmente de una pareja. Surgiendo así la necesidad de una pronta intervención por parte del derecho.

Es conveniente mencionar que esta clase de maternidad suele formalizarse a través de un contrato<sup>22</sup> por medio del cual una mujer se compromete a llevar acabo la gestación y entregar el niño cuando nazca a la pareja contratante, mediante una remuneración económica o bien de forma gratuita.

Respecto a este tema la doctrina en general se ha manifestado en contra, ya que se considera a esta práctica como denigrante tanto para el ser humano que está por nacer como para la mujer que gesta. Toda vez que ambos son tratados como simples cosas, la madre subrogada como medio y el niño como objeto de un mero contrato mercantil. Provocando así la inexistencia, del pretendido contrato, toda vez que el objeto es ilícito.

CONTRATO MERCANTIL	CONTRATO CIVIL
Tienen como finalidad la especulación.	Su objeto es el intercambio de bienes y servicios, sin que constituya especulación comercial.
Nunca son gratuitos y se encuentran grabados por el IVA.	Pueden ser gratuitos u onerosos.
En caso de que no se señale plazo de cumplimiento, este será de 10 días.	En caso de que no se señale plazo, este será de 30 días a partir de la interpelación.

“El interés de la familia se erige como interés social priorizado y, por lo tanto, los derechos-deberes de cada estado de familia se hallan preconfigurados legislativamente,

<sup>22</sup> Según el Código Civil para Federal en su artículo 1793: Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos. Por otro lado en el artículo 1794 señala: Para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento II. Objeto que pueda ser materia del contrato. Mientras que el artículo 1795; interpretado a contrario *sensu*, señala que los requisitos de validez son los siguientes: I. Capacidad; II. Ausencia de vicios en el consentimiento; III. Objeto, motivo o fin lícito, y IV. Forma.

y no pueden –en términos generales- excluirse o eliminarse por acuerdo de los sujetos involucrados”.<sup>23</sup>

“La maternidad substituta represente una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofrende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen”.<sup>24</sup>

En el mismo orden de ideas encontramos que “...en la maternidad sustitutiva, la gestación parece como degradada a una pura función de fabricación privada de toda carga afectiva; la madre portadora se vería reducida, en cierto modo, a ser un medio, una incubadora para llevar adelante el embarazo. El peligro de explotación económica, daría como resultado la aparición de una nueva profesión de madres, que ofrecen hospitalidad intrauterina a cambio de dinero, llegando a la “liberación de las privilegiadas”, de las mujeres ricas y poderosas, sobre una casta de “mujeres reproductoras”.<sup>25</sup>

Como es lógico en la mayor parte del contexto internacional, la maternidad subrogada se encuentra prohibida, siendo el criterio mayoritario pero no unánime, por lo que hallamos que en algunos estados de la Unión Americana, tal figura se encuentra permitida, hecho que causa una intensa polémica dentro del contexto jurídico y bioético.

El concepto de maternidad que hasta recientes fechas parecía inmutable, ha sido severamente transformado por las prácticas de los TRA al grado que máximas del derecho como: la maternidad siempre es cierta y el parto sigue al vientre; están sujetas a tela de juicio.

---

<sup>23</sup> LOYARTE, DOLORES, ROTONDA, ADRIANA, *op cit*, p. 11.

<sup>24</sup> BARRAGÁN C, VELIA PATRICIA, “La Reproducción Asistida: Marco Jurídico”, *Jus*, México, Núm. 3. Diciembre, 1991, p. 67.

<sup>25</sup> GARZA GARZA, RAÚL, *Boética la toma de decisiones en situaciones difíciles*, México, Editorial Trillas, 2003, p. 213.

Provocando la modificación del concepto de maternidad que hasta ahora se tenía, originado de éste modo términos como maternidad gestacional, maternidad genética y maternidad legal.

Ahora bien, dentro de este contexto, finalmente podemos decir que maternidad subrogada es el nombre que se le otorga al acto llevado a cabo por una mujer con el objeto de engendrar un ser humano, ya sea ésta la madre genética o/y madre portadora, generalmente llevado a cabo a cambio de una retribución monetaria y renunciando a los derechos y obligaciones generados por el nacimiento transmitiéndolos a otra mujer.

#### 4. PATERNIDAD

La paternidad es uno de los vínculos más difíciles de establecer, toda vez que a primera vista siempre se tendrá la presunción de ser el padre pero nunca la certeza. Situación que hoy en día puede resolverse aplicando los adelantos de la ciencia, en específico mediante el estudio de los grupos sanguíneos, antígenos HLA y con técnicas específicas de biología molecular.

Por paternidad en sentido estricto, se entiende el vínculo del padre respecto al hijo, de esta manera podemos decir que “el vínculo paterno-filial constituye un estado civil, basado principalmente en el nexo de reproducción biológica y, excepcionalmente, en el vínculo consensual de la adopción”.<sup>26</sup>

La paternidad, a diferencia de la maternidad, es de difícil demostración ya que la presunción es lo que prevalece antes que la certeza. Así, los hijos de una mujer casada se presumen hijos del cónyuge de ésta, salvo prueba en contrario, teniendo vigencia la máxima del derecho que reza: *pater est quem justae nuptiae demonstrant*.

---

<sup>26</sup> SOTO LAMADRID, MIGUEL ÁNGEL, *Biogenética, Filiación y delito. La Fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990, p.58.

Pero la paternidad al igual que la maternidad, ha tenido que adaptarse a la nueva realidad, ya que se puede tener la calidad de padre aun cuando no medie vínculo biológico entre el hijo y el padre. Razón por la cual han surgido términos como:

- a) Paternidad plena, es aquella donde el padre es el progenitor y además tiene la calidad de padre legal;
- b) Paternidad referencial, es aquella donde el padre no está presente, sin embargo, aporta una familia con sus antecedentes y estirpe;
- c) Paternidad social se presenta cuando no existe el nexo biológico pero si el legal;
- d) Paternidad excluida, es aquella que se presenta respecto al dador de semen.

Según lo anterior vemos que la paternidad implica consideraciones de orden personal, biológico, social y legal, generando en su conjunto un estado paternal completo.

## **5. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL**

La inseminación artificial no es un método de reproducción asistida, tan nuevo como se cree, ya que desde el siglo XV se tienen noticias de un intento de inseminación artificial, llevado a cabo en el año de 1462, inseminando supuestamente a Juana de Portugal, quien finalmente dió a luz a Juana “la Beltraneja” . Sin embargo al no haber constancia de tal hecho, se considera al médico J. Hunter como el primero en lograr una inseminación artificial exitosa.

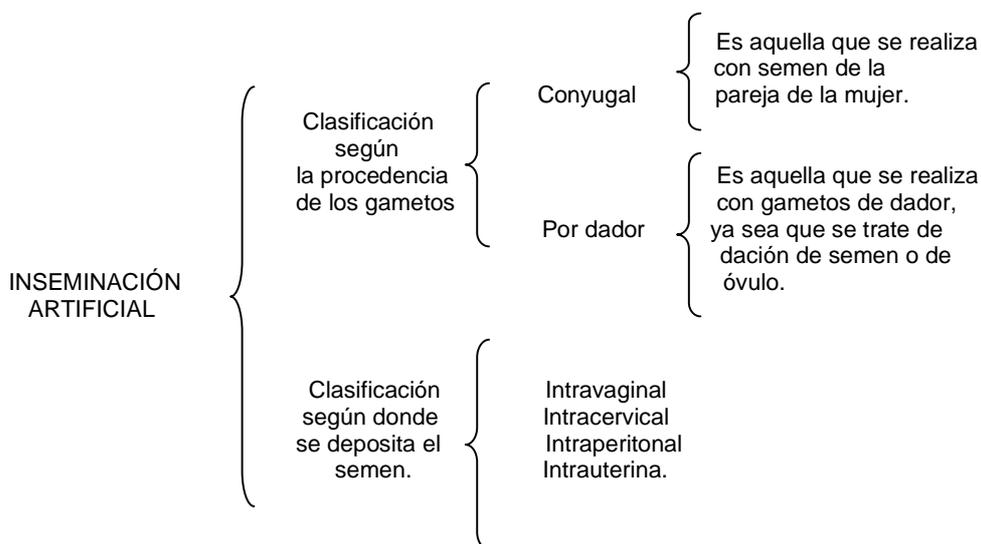
Como es lógico la aplicación de dicha práctica siguió adelante y con el paso del tiempo ha ido mejorando, hasta alcanzar el desarrollo técnico que hasta la fecha se conoce.

La inseminación artificial, al igual que la fecundación in vitro y las técnicas de micromanipulación, es un método de fecundación asistida, tendiente a enfrentar el gran problema de la infertilidad o esterilidad.

Respecto a lo anterior creemos pertinente hacer una aclaración de carácter terminológico, ya que en varias ocasiones las palabras “inseminación” y “fecundación”, son tomadas como sinónimos, situación que se presta a una mala comprensión.

Así inseminación es el depósito de semen en las vías genitales de la mujer, mientras que la fecundación es la unión de los gametos femenino y masculino. Es decir, la inseminación no implica fecundación, mientras que la fecundación si involucra una inseminación (siempre y cuando no se trate de una fecundación in vitro).

Con el objeto de hacer más didáctica nuestra exposición, proporcionamos el siguiente esquema, que sintetiza el tema que aquí abordamos someramente:



Dentro de la doctrina tanto jurídica como médica, encontramos las siguientes definiciones:

“La inseminación artificial es el encuentro del espermatozoo y el óvulo, en el genital adecuado de la hembra –útero- por la introducción del esperma del macho, con el empleo de medios mecánicos, esto es, sin realización de coito”.<sup>27</sup>

“La inseminación artificial es el conjunto de técnicas creadas por el hombre, independientemente de la forma natural, destinadas a poner en contacto los elementos ontogénicos del hombre y la mujer, el espermatozoide con el óvulo, con el pretendido resultado de una fecundación”.<sup>28</sup>

O bien es “el depósito de espermatozoides previamente preparados, en el útero de la mujer, sin efectuar un contacto sexual, con el fin de lograr un embarazo”.<sup>29</sup>

Dos de las anteriores definiciones son altamente satisfactorias, siendo la tercera una deficiente conceptualización, ya que sólo abarcan aspectos generales de la inseminación artificial.

De esta manera, consideramos que la inseminación artificial podría ser definida, retomando elementos de los conceptos plasmados con anterioridad, como: La técnica de reproducción asistida que consiste en el depósito del semen en la vagina, cuello o interior del útero de la mujer, con el empleo de medios artificiales, es decir, sin la necesidad de coito, con el objeto primordial que se produzca la fecundación.

Por otro lado, es importante expresar que existen cuatro formas de llevar a cabo la inseminación artificial, que son: intravaginal, intracervical, intrauterina y intraperitoneal, según el lugar donde sea depositado el semen.

---

<sup>27</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO, *Derecho sucesorio Inter vivos y mortis causa*, México, Editorial Porrúa, 2002, p. 272.

<sup>28</sup> BRENA SESMA, INGRID, *El derecho y la salud; Temas a reflexionar*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 2.

<sup>29</sup> PÉREZ PEÑA, EFRAÍN, *Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral*, 2 ed, México, Salvat JGH Editores, 1997, p. 501.

La clasificación más trascendente y más estudiada es la tendiente a analizar la inseminación artificial, según la procedencia del semen, originando de ésta manera dos tipos de inseminación artificial que son: La inseminación con semen del cónyuge y la inseminación con semen de un dador.

### **5.1 HOMÓLOGA**

La inseminación artificial homóloga es aquella que se lleva a cabo con semen del esposo o concubino de la mujer receptora.

Antes de seguir con el desarrollo del apartado, manifestamos el error en el que se incurre al calificar este tipo de inseminación con el término de “homóloga”.

La palabra “homóloga” es utilizada comúnmente en el campo de la veterinaria para designar la inseminación que se realiza con gametos provenientes de una misma especie animal. Mientras en la que se utilizan células germinales de diversas especies, es llamada “heteróloga”.

Por tanto, ninguno de los dos vocablos resulta adecuado para designar a lo que sucede en la inseminación artificial entre humanos, de tal manera inseminación artificial homóloga deberá ser llamada conyugal, mientras que la llamada heteróloga se nombrará por dador.

Una vez aclarado el punto, y regresando al tema central, diremos que la inseminación artificial conyugal, acarrea pocos problemas, ya que no se vulnera ningún principio ético ni mucho menos institución jurídica alguna. Sin embargo, para que se lleve a cabo dicha técnica de reproducción, es necesario el consentimiento informado de ambos integrantes de la pareja.

En cuanto a la mujer es necesario, toda vez que en ausencia del consentimiento se estaría tipificando una inseminación forzada, conducta ilícita que se encuentra

regulada dentro de la Ley General de Salud, además de tipificarse en algunos códigos penales (P. e. Código Penal del Distrito Federal).

Ahora bien, en caso de que el hombre no expresará su consentimiento se estaría ante la ausencia de la voluntad procreacional del mismo, y por lo tanto no podría determinarse el vínculo filial.

## **5.2 HETERÓLOGA**

La inseminación artificial heteróloga es aquella que se realiza con gametos de un tercero ajeno a la pareja

Antes de profundizar más en el tema, debemos reiterar el error en el uso del vocablo heteróloga, esta terminología debiendo hacerse alusión a ésta como inseminación artificial por dador.

Otro error que se comete frecuentemente es en cuanto a la mala denominación que recibe el hombre o mujer que proporciona sus gametos. Ya que como hemos visto en la mayor parte de la doctrina, se le llama donador, cuando en realidad nunca se configura una donación como tal, siendo lo correcto darle el nombre de dador.

El empleo erróneo de los conceptos genera problemas jurídicos importantes, toda vez que técnica y científicamente ya existe una definición y al no ser respetada por la ciencia jurídica, crea confusiones e incluso violaciones graves a los derechos fundamentales.

Como podemos percatarnos es justo con la inseminación artificial denominada heteróloga, donde surgen los problemas, respecto a su utilización. Incluso se ha llegado a decir que esta clase de técnica de reproducción es totalmente inmoral.

Pero los problemas trascendentales van más allá de la correcta o mala utilización que se haga de los términos o bien de la ilicitud del acto. El verdadero problema empieza a partir del establecimiento o no del vínculo filial, desencadenándose así una serie de conflictos dentro del derecho de familia.

## CAPITULO DOS

### **ANÁLISIS DE LA FILIACIÓN Y LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL**

SUMARIO: 1. Filiación.1.1. Antecedentes. 1.2. Clases de filiación. 1.2.1. Matrimonial. 1.2.2. Extramatrimonial.- 2. Inseminación Artificial. 2.1. Naturaleza Jurídica. 2.2. Consideraciones técnicas de inseminación desde el punto de vista médico. 2.2.1. Homóloga. 2.2.2. Heteróloga. 2.2.3 Algunas variantes.

La filiación, al ser una de las instituciones con mayor tradición, muchos consideraban que se encontraba exenta de dilemas, pero con el surgimiento de las técnicas de reproducción asistida, como son la inseminación artificial, fecundación *in vitro* e incluso la clonación, el contexto ha cambiado radicalmente.

Por tanto, concepto como la maternidad y la paternidad se ven sometidos a un análisis distinto.

Antes de la utilización de las TRA, la filiación se basaba en máximas del derecho como son: *mater semper certa est, pater is est quem nuptiae demonstrant y partus sequitur ventrem.*

Estos enunciados legales, que para el caso de inseminación natural, resultaban aplicables, hoy en día se configuran como obsoletos para el caso de las TRA.

Aquellas abrieron la posibilidad para la realización de hechos que antes resultaban inimaginables o bien el tema principal de una película de ciencia ficción, como es el caso de la maternidad subrogada o alquiler de útero, la clonación, la creación de quimeras, la congelación de embriones, productos del avance científico-tecnológico, ante lo cual el derecho no puede estar ajeno.

La nueva realidad que ofrecen las TRA, genera la necesidad de actualizar las viejas instituciones legales para de esta forma poder responder a las exigencias del contexto actual de las TRA.

La filiación continúa como una de las instituciones más importante dentro del derecho de familia, por tanto es urgente un estudio minucioso en relación a las TRA, pero específicamente a lo que toca a la inseminación artificial, toda vez que al ser una de las técnicas de reproducción asistida más antigua es pertinente se establezca un marco legal para la misma, y con base a éste, se creó la regulación de cuestiones más sofisticadas como la fecundación in vitro, maternidad subrogada, clonación, etc.

## 1. Filiación

La filiación es una institución de gran importancia dentro del derecho de familia, ya que con base al establecimiento de ésta surge la familia, la que a su vez es el objeto principal de estudio de la citada rama del derecho civil.

La mayoría de autores sostienen que la filiación empieza con el nacimiento del ser humano, como es el caso de Manuel F. Chávez Asencio quien menciona que: “Con el nacimiento se inicia el estado jurídico de la filiación, que debe combinarse con el hecho jurídico del parto y la identificación del hijo en relación a la madre, y con la presunción de que lo es del marido o del concubino. También se inicia la filiación con el reconocimiento y la posesión de estado hijo”.<sup>1</sup>

En contraposición algunos opinan que la filiación empieza desde el momento mismo de la concepción, como es el caso de Vila-Coro Barrachina cuando dice que “la filiación se adquiere al momento de la concepción cuando ha sido engendrado el nuevo ser. El *naciturus* no adquiere sus derechos al nacer”.<sup>2</sup>

Nosotros nos adherimos a esta última postura, en vista que el ser humano debe ser considerado como persona desde el momento en que óvulo y espermatozoide se unen, dejando de lado posturas que sostiene que existe vida humano sólo

---

<sup>1</sup> CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL, *La familia en el Derecho, relaciones jurídico paterno filiales*, 4ed., México, Editorial Porrúa, 2001, p. 19.

<sup>2</sup> VILA--CORO BARRACHINA, MA DOLORES, *Introducción a la biojurídica*, Madrid, Servicios de publicaciones Facultad de derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1995, p. 154.

cuando aparece la línea primitiva, con la anidación en el útero o bien con la unión de los núcleos

De tal modo el niño debe ostentar la calidad de hijo desde el momento en que se encuentra en el vientre de su madre, estableciéndose el vínculo jurídico entre ascendientes y descendientes.

Al surgir el vínculo filial se da pauta para el nacimiento de la interrelación de ésta con figuras como: el parentesco consanguíneo, patria potestad, tutela, alimentos, representación legal y sucesiones.

Trasformándose así en la figura jurídica más importante para el ser humano.

No obstante, la determinación de la filiación se ha complicado aun más a causa de la incertidumbre en la paternidad y/o maternidad por el empleo de TRA, lo cual lógicamente ha causado que la filiación sea objeto de impetuosos debates y nuevos estudios con el fin de encontrar las mejores respuestas para la problemática actual, así como establecer los nuevos conceptos que se adecuen a las exigencias de hoy en día.

Pero para lograr el objetivo antes mencionado es necesario hacer un estudio minucioso respecto a la filiación tal y como se encuentra regulada hoy en día, para así posteriormente poder estudiar la filiación que se origina por la utilización de la IA.

## **1.1 Antecedentes**

La filiación siempre ha estado presente, ya que todos somos hijos y tenemos tanto padre y madre, aun cuando estos sean desconocidos.

Desde la antigüedad se ha regulado el vínculo que existe entre padre o madre e hijo, como es el caso de Roma, Grecia, Babilonia, etc., culturas antiguas donde localizamos estudios relevantes respecto a la filiación, en los cuales se resalta la profunda distinción entre los hijos nacidos en matrimonio y los nacidos fuera de éste, que ya desde este momento, anticipamos como injusta.

Encontramos que en el derecho babilónico el hombre que engendraba un hijo con su esclava podía reconocer al hijo, y de ésta manera el niño tenía derecho a heredar en una porción semejante a los hijos de su padre habidos en matrimonio.

No obstante, si el hombre no reconocía al menor, éste perdía todos los derechos a heredar, aunque él y su madre tenían derecho a obtener su libertad.

Respecto a la maternidad, sólo podemos decir que dentro del derecho babilónico, ésta no estaba sujeta a discusión.

Por otro lado en el derecho de la antigua Grecia y Roma en un principio el vínculo consanguíneo que existía entre los integrantes de la familia no era tan importante, ya que había algo más fuerte que los hacía miembros de una familia y era la religión.

El culto domestico era lo principal para las familias, y la perpetuación de la religión era el eje que guiaba a las personas, así al renunciar a la religión se rompía todo vínculo con la familia.

Sin embargo, aun cuando el parentesco consanguíneo no fuera un requisito para pertenecer a una familia, los varones del núcleo familiar debían concebir un hijo varón dentro del matrimonio, para de ésta manera estar seguros que el culto familiar seguiría con vida.

Los hijos extramatrimoniales no podían desempeñar el papel asignado dentro de la religión de sus antepasados.

Por otro lado el nacimiento de una mujer, se consideraba intrascendente, ya que al casarse ésta formaría parte de la religión de su esposo, renunciando a la religión paterna.

Con el paso del tiempo ésta situación fue cambiando, la religión paso a segundo término, para ceder su lugar a la legislación donde encontramos que en Grecia los hijos nacidos fuera del matrimonio se les colocaba en un estado de inferioridad, privándolos de ciertos derechos, principalmente el derecho a heredar.

En la antigua Roma los hijos extramatrimoniales también eran discriminados, pero no fue sino hasta la aparición del edicto *Unde cognatio* cuando las condiciones para los hijos extramatrimoniales comenzaron a mejorar, ya que en dicho edicto se consagraba el parentesco natural, estableciéndose de ésta manera la máxima del derecho *mater semper certa est*.

Posteriormente se fueron clasificando a los hijos de acuerdo al tipo de vínculo que unía a sus padres, tal es el caso de los *liberi naturali* (hijos de una concubina), los *adulterini* (hijos cuyos padres se encontraban casados con persona diferente), los *incestuosi* (los hijos nacidos de relaciones prohibidas) y los *spuri* (considerados así por la mala fama de su madre).

Los únicos hijos que gozaban de algún privilegio eran los habidos en concubinato, siendo lógica la exclusión de los restantes hasta en el derecho a pedir alimentos. Podemos observar que de la clasificación anteriormente descrita, se desprende la mayor parte de clasificaciones de hijos, utilizada con posterioridad en algunos de los códigos.

En México, entre los aztecas, la distinción entre la filiación extramatrimonial y matrimonial casi era imperceptible, ya que dentro de la sociedad azteca estaba permitida la poligamia. Sin embargo los hijos de la esposa principal y en concreto el hijo mayor eran los indicados para heredar.

Con la llegada de los españoles todo cambio, ya que la iglesia era la encargada de regular las relaciones familiares, y estableció que toda unión fuera de matrimonio fuera considerada como pecado y por consiguiente los hijos provenientes de estas uniones eran llamados con el calificativo de ilegítimos. De ahí que en México persista, a nivel Federal y en algunas entidades, la clasificación de filiación matrimonial y extramatrimonial.

Fue hasta las Leyes de Reforma cuando la iglesia dejó de tener intromisión en los asuntos familiares, ya que por medio de la Ley del Matrimonio y la Ley del Registro Civil se transfirió la potestad de estos asuntos al Estado.

La regulación por Estado no cambió la situación, ya que la clasificación de filiación en matrimonial y extramatrimonial persistía, así como la clasificación de los hijos, provocando una discriminación hacia los menores.

Es conveniente señalar que dicha clasificación persiste en la regulación sustantiva civil federal, contrario a lo que sucede en el Código Civil para el Distrito Federal. Cuando por medio de las reformas de Junio de 2000, se modifica el artículo 338-Bis, para quedar como sigue: “La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen”.<sup>3</sup>

Con la simple lectura del artículo anterior podríamos inferir que con la nueva redacción se elimina todo tipo de distinción entre los hijos, ya que ambos contarán con los mismos derechos.

---

<sup>3</sup> CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, *op. cit.*, 49.

“Sin embargo, esta norma se refiere a la igualdad de los derechos derivados de la filiación y no propiamente a la igualdad de las filiaciones, es decir, en ningún momento señala la igualdad de los descendientes ante la ley, misma que en realidad no existe, tal como se puede corroborar con lo establecido en los artículos 58, 63 y 65 del Código Civil para el Distrito Federal, en los cuales se contiene la clasificación implícita de los descendientes de progenitores desconocidos, los de matrimonio y los expósitos”.<sup>4</sup>

No obstante, debemos reconocer la labor del legislador al atenuar de alguna forma la discriminación a la que estaban sujetos los menores nacidos dentro de alguna de las relaciones fuera de matrimonio, desapareciendo el calificativo de hijos naturales, adulterinos e incestuosos.

La filiación tiene una amplia tradición, ya que a lo largo de la historia ha sido objeto de estudio y de regulación ya sea por parte de la iglesia o del Estado.

Por otro lado es preciso mencionar que la filiación nunca ha sido una, sino que desde tiempos remotos se ha hecho la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Es decir, siempre se ha considerado que lo correcto es que los hijos nazcan cuando ambos cónyuges se encuentran unidos entre sí por el matrimonio, siendo demeritorio el nacimiento que se da fuera de la unión legal de los progenitores.

Aunque hoy en día “...es indudable que la familia puede surgir a partir de la constitución de una unión marital de hecho”.<sup>5</sup>

Así el matrimonio ha dejado de ser la única forma de llegar a constituir una familia, situación ante la cual el derecho no permanece ajeno.

---

<sup>4</sup> LÓPEZ FAUGIER, IRENE, *La prueba científica de la filiación*, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 91.

<sup>5</sup> AZPIRI, JORGE O, *Uniones de hecho*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 29.

## 1.2 Clases de filiación

Respecto al modo de cómo se clasifican los diversos tipos de filiación, existe aquel que divide a la filiación en dos rubros en: biológica y legal. Agrupándose en la primera la filiación matrimonial y extramatrimonial, y en la segunda la filiación adoptiva y la surgida de métodos de reproducción asistida y clonación.

Consideramos correcta esta división, pero es pertinente señalar que dentro de las TRA el vínculo materno o/y paterno puede surgir por la mera relación biológica (técnicas de reproducción asistida conyugales) o únicamente por un vínculo jurídico (técnicas de reproducción asistida por dador).

Es decir, no necesariamente debe haber una relación legal para que exista la filiación, ya que existen casos en que los padres no solamente lo son legalmente sino también biológicamente (o al menos uno de ellos), situación que no se presenta en el caso de la adopción ya que aquí los padres lo son sólo legalmente.

A nuestro criterio la mejor forma para estudiar la filiación, es desde el punto de vista de la clasificación tradicional, que establece que la filiación se divide en tres clases, que son:

1. Matrimonial,
2. Extramatrimonial, y
3. Adoptiva.

Antes de empezar vale la pena puntualizar que si bien es cierto el presente apartado aborda el tema de la filiación, es conveniente decir que en lo que toca a la filiación adoptiva, ésta se tratara de una manera muy somera, ya que para efectos de este trabajo consideramos que no es de relevante trascendencia.

### 1.2.1 Matrimonial

Debido a la tradición romana así como a la influencia canónica, el matrimonio ha sido considerado como la institución jurídica por excelencia bajo la cual surge el vínculo jurídico de la filiación, formándose así la familia en sentido estricto.

Es así como desde tiempos remotos la unión legal entre un hombre y una mujer es suficiente para aseverar que la mujer es la madre y presumir que el hombre es el padre del menor nacido o concebido dentro del matrimonio, así las máximas del derecho: *mater semper certa est*, mientras que *pater is est quem nuptiae demonstrant*, se adecuan completamente.

A lo largo de la historia siempre se ha tratado de adquirir la certeza de que la cónyuge es la madre como que el cónyuge es el padre, es decir, que ambos cónyuges fueron quienes engendraron al menor.

En este contexto encontramos que la maternidad es de muy fácil comprobación, ya que es suficiente con comprobar que la mujer fue la que dio a luz al menor así como la coincidencia en la identidad del hijo.

“Para los efectos jurídicos tratase de la filiación legítima o de la natural, el hecho de la maternidad resulta, por consiguiente, de la prueba de que una mujer dio a luz”.<sup>6</sup>

Como vemos sólo es necesaria la demostración de dos elementos para poder decir que la maternidad es cierta.

Pero esto no sucede en el caso de la paternidad, donde radican principalmente la mayoría de las dificultades para poder determinar la filiación de un menor.

---

<sup>6</sup> ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, *op. cit.*, p. 600.

La paternidad siempre se presume, nunca es cierta, aun cuando se trate de hijos nacidos dentro del matrimonio, atendiendo a que jamás puede haber una seguridad de que el padre sea el esposo de la madre (a menos que medie la llamada prueba genética).

Así encontramos que el Código Civil Federal señala en su artículo 324:

“Se presumen hijos de los cónyuges:

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial”.<sup>7</sup>

Según lo anterior podemos señalar que para que haya filiación matrimonial se requiere de:

a) Maternidad cierta:

Para que exista la certeza de la maternidad se requiere en primer lugar de que efectivamente la supuesta madre haya dado a luz, y segundo lugar que exista identidad del hijo, es decir, que éste sea el producto del parto.

b) Matrimonio:

El matrimonio es un elemento esencial para la determinación de la filiación matrimonial, de ésta manera encontramos que:

“La celebración del matrimonio entre la madre y la persona a quien se atribuye la paternidad, es por principio el presupuesto característico que define a los hijos de los

---

<sup>7</sup> CÓDIGO CIVIL FEDERAL, *Agenda Civil del D.F.*, México, ISEF, 2007, pp. 43 y 44.

cónyuges. Es factor que no deja de ser eminentemente social, pero adquiere un valor adjetivo porque califica el estado de los padres, en cuanto los hace marido y mujer”.<sup>8</sup>

Es conveniente señalar que aun cuando se trate de un matrimonio putativo, éste surtirá todos sus efectos legales con respecto a los menores.

En consecuencia, para que haya filiación matrimonial es menester que los presuntos padres se encuentren unidos en matrimonio. De ésta manera la paternidad del menor se presumirá con mayor fuerza, toda vez que padre es quién demuestra las justas nupcias.

c) Nacimiento dentro de los términos legales:

Se requiere que el nacimiento del niño se produzca dentro de los términos fijados por el Código sustantivo, es decir, debe nacer después de los 180 días de celebrado el matrimonio y durante los 300 días que siguen a su disolución.

Según estudios médicos se considera que 180 días es el plazo mínimo de gestación para que un ser humano pueda nacer vivo y viable y con posibilidades de sobrevivir. Mientras que el plazo de 300 días es el tiempo máximo para el nacimiento del feto, ya que de no ser así estaría en peligro la vida del nuevo ser.

Es de mencionar que debido a los adelantos de la ciencia y tecnología se han abierto las posibilidades para que los términos mínimos y máximos de gestación puedan ser modificados, logrando mantener con vida un feto de menos de 180 días de gestación o bien mantener en el seno materno al feto, logrando rebasar el plazo de los 300 días señalados por la ley (artículo 324 del CCF).

---

<sup>8</sup> GUZMÁN ÁVALOS, ANÍBAL, *op. cit.*, p. 44.

De tal modo los términos establecidos en la ley, en cierta situación pueden verse burlados, no cumpliendo así con su objetivo, que es el de eliminar el margen de error en la certeza de la paternidad.

Es muy importante hacer referencia, al momento de la concepción, es decir, el momento en que el espermatozoide fecunda al óvulo. El hecho biológico de la fecundación es de gran importancia, "...pues este tiene un papel relevante en las presunciones de paternidad matrimonial y en la subsistencia de los períodos del embarazo, al contribuir en principio a evitar imputaciones falsas de paternidad, ya que la mujer antes del matrimonio no tiene el deber de cohabitación y fidelidad respecto de un hombre cierto".<sup>9</sup>

Es pertinente mencionar que dentro del Código Civil Federal, en su artículo 328, prohíbe al presunto padre, desconocer al menor nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio. Presentándose dichas excepciones en los siguientes casos:

- 1) Cuando se prueba que el cónyuge antes de casarse sabía del embarazo de la mujer;
- 2) Cuando el cónyuge acudió al levantamiento del acta de nacimiento y la firmó o en su defecto su declaración de no saber firmar;
- 3) Cuando el cónyuge reconoció previamente al hijo que su esposa dio a luz durante los 180 después de celebrado el matrimonio;
- 4) Cuando el hijo nació sin vida.

En materia civil federal, los hijos nacido en matrimonio, son aquellos que nacen después de los 180 días de celebrado el matrimonio o bien dentro del plazo de 300 días de disuelto el matrimonio de los padres.

---

<sup>9</sup> LÓPEZ FAUGIER, IRENE, *op cit.* p. 212.

Caso contrario a lo que pasa en el Código Civil para el Distrito Federal donde se señala que se presumirán hijos de los cónyuges todos los nacidos durante el constante matrimonio de sus padres.

Es decir, el término de 180 días se elimina, considerando así hijos de matrimonio a los nacidos después de celebrado el matrimonio, no importando si el nacimiento acontece al día siguiente.

Aun cuando la filiación matrimonial se establece según los términos antes señalados, no podemos dejar de lado aquellas situaciones donde se requiere probar dicha filiación. Para tal caso el Código Civil Federal es claro al mencionar en el artículo 340:

“La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres”.<sup>10</sup>

En el mismo sentido el artículo 341 señala que:

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

Si uno solo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba, sin admitirla de otra clase”.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> CÓDIGO CIVIL FEDERAL, *op cit.*, p. 46.

<sup>11</sup> La filiación matrimonial se prueba con las actas de nacimiento y de matrimonio, sin embargo, en caso que dichas partidas se encuentren defectuosas, incompletas o sean falsas, la filiación matrimonial se probara por la posesión constante de Estado de Hijo. En caso de que no exista la posesión constante de Estado de hijo, la filiación matrimonial se podrá demostrar a través de los medios de prueba que la ley acepta. *Loc. cit.*

En base a lo establecido por la ley encontramos que las pruebas para demostrar la filiación matrimonial son:

a) El acta de nacimiento y de matrimonio

En primer lugar tenemos que el acta de nacimiento es un documento público tendiente a demostrar que existe el vínculo de filiación con respecto de determinadas personas.

Ya que dicho documento es la prueba más idónea para poder demostrar la filiación. Pero en caso de tratarse de establecer la filiación matrimonial, es necesaria el acta de matrimonio de los presuntos padres, y así, de esta manera se estará ante una prueba irrefutable de filiación matrimonial.

En el supuesto que no se cuente con las respectivas actas, el derecho sustantivo nos señala que a falta de acta de nacimiento o de matrimonio, la filiación se podrá probar por medio de la posesión constante de estado de hijo en matrimonio.

b) La posesión constante de estado de hijo:

Se trata de una prueba subsidiaria de la presentación de las actas correspondientes, y sólo procede cuando la presentación de actas es imposible, es decir, a falta de actas o cuando éstas se encuentren defectuosas, incompletas o sean falsas.

La posesión de estado de hijo se encuentra regulada en el artículo 343 del Código Civil Federal, que a la letra dice:

“Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio, por la familia del marido y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo de matrimonio si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- I. Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con anuencia de éste;
- II. Que el padre lo haya tratado como a hijo nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento;
- III. Que el presunto padre tenga la edad exigida por el artículo 361".<sup>12</sup>

La posesión de estado de hijo quedará acreditada cuando se presenten cualquiera de los cuatro supuestos que señala la ley. Es decir la posesión de estado de hijo se proba con la concurrencia de alguno de los cuatro elementos, que son: nombre, trato, fama y diferencia de edad.

“La posesión de estado de hijo es un estado de hecho, que carece de legitimidad, pero por actos directos de los presuntos padre, madre o familia de éstos, tales como el trato, fama y nombre demostrativos de una filiación que acredita la relación entre el ascendiente y el descendiente”.<sup>13</sup>

c) Todos los medios de prueba que la ley autoriza.

A falta de los dos supuestos anteriores, la ley señala que la filiación podrá probarse por cualquier medio que autorice la ley. De esta manera la filiación podrá hacer uso de la prueba documental, presuncional, pericial, etc., sin embargo la testimonial puede ser descartada en caso de que no se sustente en algún documento.

Dentro de este apartado podemos ubicar a la prueba pericial en genética, que como es conocido es la prueba idónea para demostrar la filiación.

Debido a los adelantos de la ciencia hoy en día se puede saber con certeza quienes son los progenitores biológicos de una persona.

---

<sup>12</sup> *Loc. cit.*

<sup>13</sup> GUZMÁN ÁVALOS, ANÍBAL, *op cit*, p. 64.

Existen diversos métodos con los cuales puede conocerse la verdad biológica, y son las siguientes:

1. Investigación biantropológica;
2. Investigación inmunohematológica;
3. Técnicas del ADN.

La última comúnmente conocida como prueba genética, con un margen de error del 5%, por lo que la hace la prueba por excelencia para el caso de la determinación del vínculo filial.

“Las pruebas biológicas se remontan a la concepción que en definitiva, es lo que establece la verdadera filiación”.<sup>14</sup>

Por último, para terminar con este apartado, podemos decir que:

“La prueba de la filiación es sumamente importante para la vida civil de una persona, pues determina dos cuestiones fundamentales: la identificación del sujeto a través del nombre que lo individualiza y la relación de su parentesco con sus progenitores y con otros sujetos, con las consecuencias jurídicas que la filiación y el parentesco consanguíneo de otros grados, que trae consigo”.<sup>15</sup>

La importancia que en el párrafo anterior se resalta, se refleja también en el ámbito del derecho procesal civil, esto al existir acciones tendientes a demostrar o desvirtuar el vínculo filial, las cuales son diferentes según el objeto que se quiera alcanzar, además de tomar en cuenta si existe o no vínculo filial, dividiéndose como sigue:

---

<sup>14</sup> VILA – CORO BARRACHINA, MA. DOLORES, *op. cit.*, p. 154.

<sup>15</sup> MONTERO DUHALT, SARA, *Derecho de Familia*, 4ed, México, Editorial Porrúa, 1990, p. 274.

- I. Acciones dentro del matrimonio {
  - 1. Impugnación
  - 2. Reclamación de estado de hijo de matrimonio
  
- II. Acciones fuera de matrimonio {
  - 1. Impugnación de la filiación extramatrimonial
  - 2. Investigación de la paternidad

Debido que en este apartado estamos tratando lo que toca a la filiación matrimonial, dejaremos pendiente por el momento el estudio de las acciones respecto de la filiación extramatrimonial.

#### I. Acciones dentro de matrimonio

Las acciones dentro de matrimonio son aquellas tendientes a demostrar que existe o no filiación matrimonial. Por lo cual cada una de las acciones corresponde a cada una de las partes de la relación filial.

##### 1. Impugnación

La impugnación es la acción tendiente a desvirtuar la paternidad existente dentro del matrimonio, en este contexto encontramos que:

“Impugnar la paternidad significa combatir, contradecir o refutar la relación del padre con el descendiente”.<sup>16</sup>

Ante la anterior definición sólo nos queda hacer la aclaración que la impugnación no sólo es útil respecto a la paternidad sino también en lo que toca a la

---

<sup>16</sup> LÓPEZ FAUGIER, IRENE, *op cit.* p. 228.

maternidad, aun cuando esta no se encuentra regulada en el CCF y sólo se hace mención de ella en el artículo 336 del CCDF.<sup>17</sup>

En este orden de ideas encontramos que:

“El estado familiar de hijo de matrimonio puede quedar destruido por la impugnación del marido mediante el ejercicio de la acción de contradicción de paternidad o el ejercicio de la acción de desconocimiento de la misma, y por la mujer por medio de la impugnación de la maternidad legítima. Estas acciones están encaminadas a demostrar que el hijo carece de las condiciones necesarias exigidas por la ley para que pueda considerarse como hijo de matrimonio”.<sup>18</sup>

Cuando se habla de impugnación se hace referencia a dos circunstancias que son el desconocimiento y la contradicción. Las cuales no se encuentran claramente diferenciadas en el texto de la ley, por lo cual la doctrina ha expresado su postura al respecto.

La contradicción se aplica cuando se quiere combatir la presunción de paternidad, es decir, existen dudas sobre la paternidad ya que el nacimiento del menor se efectuó dentro de los términos legales que señala la ley.

El desconocimiento hace referencia a situaciones alejadas de la presunción, es decir no existe la presunción ya que el hijo nació antes de los 180 días de la celebración del matrimonio o bien después de los 300 días de disuelto el vínculo matrimonial.

Sin embargo, a pesar de la distinción que hace la doctrina, la ley es confusa al respecto, ya que en los diversos artículo tendientes a regular la filiación matrimonial se hace uso de los vocablos de un forma indistinta, por lo cual

---

<sup>17</sup> “Artículo 336. En el juicio de impugnación de la paternidad o la maternidad, serán oídos, según el caso, el padre, 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”. Código Civil Federal, *op cit.*, p. 45.

<sup>18</sup> CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL, *op. cit.*, p. 101.

finalmente se puede decir que el desconocimiento y la contradicción son la misma acción.

Una vez aclarado el punto anterior, es conveniente establecer que los sujetos que pueden ejercer dicha acción son:

- a) El marido
- b) El tutor del marido incapacitado
- c) Los herederos del marido
- d) Cualquier persona que se vea afectada, siempre y cuando el nacimiento haya acontecido fuera del lapso de los 300 días de disuelto el matrimonio.

La acción de impugnación de la paternidad procederá cuando:

1. El hijo haya nacido durante el plazo de 180 días seguidos a la celebración del matrimonio;
2. El hijo haya nacido después de transcurridos los 300 días posteriores a la disolución del matrimonio;
3. El hijo nace dentro de los términos legales pero haya sido físicamente imposible que los cónyuges hayan tenido relaciones sexuales dentro de los primeros 120 días de los 300 días que han precedido al nacimiento o bien en caso de adulterio cuando se haya ocultado el embarazo o se demuestre que dentro de los diez meses que precedieron al nacimiento los cónyuges no tuvieron acceso carnal.

El plazo para ejercer la acción de impugnación de la filiación, es el señalado en el artículo 330 del CCF, que dice:

“En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio, deberá deducir su acción dentro de sesenta días, contados desde el

nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento”.<sup>19</sup>

De tal manera que el plazo para ejercer la acción será de 60 días contados a partir del nacimiento, del día que llegó o del día que descubrió el engaño, según el caso.

En similar sentido encontramos que el artículo 331 dice:

“Si el marido está bajo tutela por cualquier causa de las señaladas en la fracción II del artículo 450, este derecho puede ser ejecutado por su tutor. Si éste no lo ejercitare, podrá hacerlo el marido después de haber salido de la tutela, pero siempre en el plazo antes designado que se contará desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento”.<sup>20</sup>

Este artículo es aplicable cuando el padre se encuentre en estado de incapacidad, por lo cual la ley otorga la posibilidad de que la impugnación de la paternidad pueda ser ejercida por el tutor del padre.

En caso de que el tutor no ejerciere dicha acción, el padre lo podrá hacer cuando salga de su estado de incapacidad, siempre y cuando lo haga en el plazo de 60 días, contados a partir del día en que legalmente recupero su capacidad.

Por otro lado el artículo 333 del CCF dice:

“Los herederos del marido, excepto en el caso del artículo anterior, no podrán contradecir la paternidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, cuando el esposo no haya comenzado esta demanda. En los demás casos, si el esposo ha muerto sin hacer la reclamación dentro del término hábil, los herederos tendrán, para proponer la demanda, sesenta días, contados desde aquel en que el hijo

---

<sup>19</sup> CÓDIGO CIVIL FEDERAL, *op. cit.*, p. 44.

<sup>20</sup> *Loc. cit.*

haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean turbados por el hijo en la posesión de la herencia”.<sup>21</sup>

En este caso el CCF otorga el plazo de 60 días para que los herederos del padre puedan intentar la acción de impugnación. Dicho plazo empezara desde el día en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes o bien desde que los herederos se vean afectados por dicha posesión.

De tal forma sea quién sea la persona que pretenda impugnar la filiación tendrá el plazo de 60 días a partir del momento en que cada uno pueda ejercer dicha acción, sujetándose para esto en lo establecido en los artículos 330, 331 y 333 del CCF.

## 2. Reclamación

La acción de reclamación es aquella que puede ser ejercida por aquellos hijos que desean se determine la filiación matrimonial en relación a ellos.

En éste contexto la reclamación “tiene por objeto determinar la filiación matrimonial, por no existir ninguna o por ser inexacta la existente. Cabe señalar que de la misma manera que los padres y las madres tienen acción para impugnar su falsa paternidad o maternidad, los hijos tienen la acción para intentar el establecimiento de su filiación matrimonial, siempre que no exista una sentencia firme que haya declarado una distinta”.<sup>22</sup>

Así la reclamación se convierte en una acción de gran importancia toda vez que por medio de ella se puede llegar a determinar la filiación matrimonial de aquella persona que carezca de una o bien sea inexacta la existente.

Es decir, la acción de reclamación de estado de hijo es un medio para establecer el vínculo filial, relación de gran trascendencia para cualquier ser humano.

---

<sup>21</sup> CÓDIGO CIVIL FEDERAL, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

<sup>22</sup> GUZMÁN ÁVALOS, ANÍBAL, *op. cit.*, p. 101.

“Esta acción de reclamación de estado puede presentarse en los siguientes casos: I. Cuando falta al hijo su acta de nacimiento y, además no tiene posesión de estado. II. Cuando falta el acta de nacimiento, pero el hijo sí tiene posesión de estado. III. Cuando falta la posesión de estado, pero el hijo tiene acta de nacimiento, y IV. Cuando hay contradicción entre el acta de nacimiento y la posesión de estado”.<sup>23</sup>

Así cuando se presenten los anteriores supuestos se recurrirá a una instancia judicial, para que de este modo se lleve un procedimiento dentro del cual se puedan ofrecer las pruebas que la ley permite, a fin de demostrar el vínculo que une al ascendiente con el descendiente.

Es menester señalar que cuando haya acta de nacimiento y de matrimonio que demuestren la filiación de determinada persona pero además exista el estado de posesión de hijo de matrimonio respecto a otra pareja, prevalecerá el primer supuesto. Sin embargo el hijo podrá elegir entre las dos opciones, provocando el desconocimiento de la que no favoreció.

El ejercicio de esta acción es imprescriptible durante la vida del hijo, para él y sus descendientes, aunque en caso de fallecimiento sus herederos, acreedores, legatarios o donatarios, podrán intentar dicha acción sujetándose a lo dispuesto en los artículos 348 a 351 del Código Civil Federal que señalan lo siguiente:

“Artículo 348. Los demás herederos del hijo podrán intentar la acción de que trata el artículo anterior:

- I. Si el hijo ha muerto antes de cumplir veintidós años.
- II. Si el hijo cayó en demencia antes de cumplir los veintidós años y murió después en el mismo estado.

---

<sup>23</sup> ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, *op. cit.*, p. 669.

Artículo 349. Los herederos podrán continuar la acción intentada por el hijo a no ser que éste se hubiere desistido formalmente de ella, o nada hubiere promovido judicialmente durante un año contado desde la última diligencia.

También podrán contestar toda demanda que tenga por objeto disputarle la condición de hijo nacido de matrimonio.

Artículo 350. Los acreedores, legatarios y donatarios tendrán los mismos derechos que a los herederos conceden los artículos 348 y 349, si el hijo no dejó bienes suficientes para pagarles.

Artículo 351. Las acciones de que hablan los tres artículos que preceden, prescriben a los cuatro años, contados desde el fallecimiento del hijo”.<sup>24</sup>

De la lectura de los anteriores artículos se desprende que los herederos tienen derecho a ejercer la acción de reclamación siempre y cuando el *de cuius* haya muerto antes de cumplir 22 años o bien hubiera entrado en estado de incapacidad antes de cumplir 22 años y después en ese estado hubiere muerto.

Para el caso de que en el hijo haya intentado la acción, los herederos podrán seguir con el procedimiento, siempre y cuando el *de cuius* no se haya desistido o no haya dejado de promover durante un año.

En el supuesto que surgiere una demanda que tenga por objeto modificar el estado de hijo de matrimonio, los herederos podrán contestar aquella.

En lo que toca a los acreedores, legatarios y donatarios, tendrán los mismos derechos que poseen los herederos, cuando el hijo no dejó suficientes bienes para pagarles

---

<sup>24</sup> CÓDIGO CIVIL FEDERAL, *op. cit.*, p. 47.

Es importante mencionar que los herederos, acreedores, legatarios y donatarios tienen un plazo de cuatro años contados a partir del fallecimiento del hijo, para ejercer las acciones señaladas en párrafos anteriores.

Hasta este punto del trabajo hemos tratado lo concerniente a la filiación matrimonial, sin embargo es preciso hacer un estudio sobre la legitimación, ya que mediante ésta figura surge también la filiación matrimonial.

### Legitimación

El estudio del derecho Romano- Canónico nos revela que la legitimación es una figura con una basta tradición jurídica.

La legitimación en el derecho romano tenía tres formas: la celebración posterior del matrimonio, la concesión del príncipe y la oblación a la curia.

Así encontramos que “la legitimación es una institución civil que regula el cambio de situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio en virtud de la celebración posterior de éste por quienes los engendraron. La palabra legitimación se emplea también para designar los efectos producidos en relación con el hijo natural, por el matrimonio de sus padres, celebrado con posterioridad al hecho de su nacimiento”.<sup>25</sup>

En el mismo sentido podemos decir que “la legitimación es la consecuencia jurídica que reciben los hijos extramatrimoniales de ser considerados como legítimos, por el matrimonio subsecuente de sus padres”.<sup>26</sup>

La legitimación tiene como objeto otorgar el estado de hijo nacido en matrimonio, pero dicha legitimación no surte efectos por si sola, toda vez que necesita del reconocimiento expreso de los cónyuges, el cual deberá llevarse a cabo antes, durante o después de la celebración del matrimonio.

---

<sup>25</sup> DE PINA VARA, RAFAEL, *Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción Personas-familia*, 17 ed, volumen I, México, Editorial Porrúa, 1992, p. 355.

<sup>26</sup> MONTERO DUHALT, SARA, *op. cit.*, p. 277.

La legitimación otorga la calidad de hijos nacidos dentro del matrimonio así como todos sus derechos, a partir del momento en que se celebra el matrimonio entre sus padres.

Para que surta efecto la legitimación es necesario que se reúnan los siguientes requisitos:

1. Que el hijo haya nacido antes de la celebración del matrimonio de los padres;
2. Que el matrimonio de los padres sea válido;
3. Que antes, durante o después de la celebración del matrimonio los padres reconozcan al hijo.

Reunidos los requisitos mencionados el hijo legitimado será considerado como hijo nacido dentro de matrimonio.

Respecto a ésta figura creemos pertinente precisar que la legitimación es una figura totalmente diferente al reconocimiento, toda vez que por medio de la legitimación el hijo obtiene la calidad de hijo de matrimonio surgiendo así la filiación matrimonial.

Mientras que el reconocimiento significa la adquisición del estado de hijo pero sin que exista el vínculo matrimonial entre los padres del reconocido.

Es prudente mencionar que la legitimación ya no existe en el Código Civil para el Distrito Federal ya que con la reforma del año 2000 el legislador derogo la parte correspondiente a dicha figura. Considerando como hijos nacidos dentro de matrimonio a todos aquellos que nazcan durante el matrimonio constante de sus padres.

Lo anterior con la intención de eliminar la injustificada distinción entre los hijos, según el momento de su nacimiento, ya que más que ser un “castigo” para la pareja que cometió el acto “inmoral” de tener descendencia no habiendo matrimonio, se está afectando al niño al discriminarlo de ésta forma tan profunda.

### **1.2.2 Extramatrimonial**

La filiación extramatrimonial o natural es aquella que surge cuando los padres del hijo no se encuentran unidos en matrimonio.

Cuando los padres no están unidos por el matrimonio se dice que se encuentran viviendo bajo una unión de hecho, entendiéndose por ésta “... la constituida por un hombre y una mujer que conviven en aparente matrimonio”.<sup>27</sup>

La ausencia de vínculo matrimonial tradicionalmente se ha clasificado de la siguiente manera:

- a) Una relación jurídica lícita donde no existiera prohibición legal para que posteriormente los padres del hijo pudieran contraer matrimonio.
- b) Una relación ilícita respecto de la cual existan impedimentos para celebrar el matrimonio, ya sea por razón del parentesco o bien porque uno de los padres se encuentre unido en matrimonio, es decir, exista un matrimonio anterior.

Unión que a través del tiempo ha sido vista con desprecio ante la sociedad, colocando al matrimonio en una situación privilegiada frente a las relaciones carentes de vínculo matrimonial en diversos aspectos.

---

<sup>27</sup> AZPIRI, JORGE O, *op. cit.*, p. 25.

En la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio la maternidad, en cierto grado, es fácil de determinar, ya que sólo se necesita de la comprobación del parto de la mujer así como la identificación del hijo.

Pero respecto a la paternidad “cuando nace un hijo de *mujer no casada*, no existen bases jurídicas para atribuirle la paternidad a cierto y determinado varón, como si ocurre en el caso de la mujer casada, a cuyo marido atribuye la ley la certeza de la paternidad”.<sup>28</sup>

Así la ausencia de vínculo matrimonial, provoca la inexistencia de la presunción de paternidad, y ésta sólo podrá establecerse por medio del reconocimiento del padre o bien por medio de la investigación de la paternidad promovida por parte del hijo.

En este mismo orden de ideas encontramos que la ley protege a los hijos provenientes de las uniones de hecho otorgándoles tres opciones con base a las cuales tienen la posibilidad de adquirir la calidad de hijo, y esta son:

1. El reconocimiento;
2. Sentencia que declare la filiación respecto a la madre o el padre;
3. Los nacidos durante el concubinato de sus padres.

El reconocimiento es el acto jurídico por medio del cual se establece la paternidad o maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, es decir se tiene el objeto de establecer la filiación.

O bien “...es el acto en que cualquiera de los progenitores o ambos, declaran que una persona es hija del declarante”.<sup>29</sup>

En relación a la naturaleza del reconocimiento hay algunos que opinan que sólo se trata de un medio de prueba, no obstante el reconocimiento tiene el objeto de producir consecuencias jurídicas en lo que toca a la filiación.

---

<sup>28</sup> MONTERO DUHALT, SARA, *op cit.*, p. 283.

<sup>29</sup> ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, *op, cit.*, p. 641.

Para que sea válido el reconocimiento, es necesario que se lleve a cabo cumpliendo lo establecido en el artículo 369 del CCF, que dice:

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

- I. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;
- II. Por acta especial ante el mismo juez;
- III. Por escritura Pública;
- IV. Por testamento;
- V. Por confesión judicial directa y expresa”.<sup>30</sup>

Según el artículo transcrito, el reconocimiento debe llevarse a cabo por medio de los modos mencionados, pero para que sea válido se deben cumplir con requisitos como son:

- a) El consentimiento de la madre cuando se trate del reconocimiento de la paternidad, excepto cuando el reconocimiento haya sido efectuado por medio de testamento;
- b) El consentimiento del hijo mayor de edad;
- c) Edad del que va a reconocer, el cual debe de contar con la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido.

En caso de que no se tome en cuenta cualquiera de los anteriores requisitos, el reconocimiento no surtirá sus efectos legales.

Es prudente apuntar que el reconocimiento es un acto jurídico unilateral, es decir, el reconocimiento de alguno de los progenitores no conlleva el reconocimiento del otro.

---

<sup>30</sup> CÓDIGO CIVIL FEDERAL, *op. cit.*, pp. 48 y 49.

Una vez reconocido el hijo por parte de su padre, madre o ambos, el hijo tiene derecho a:

1. Llevar el apellido del que lo reconozca
2. Recibir alimentos
3. Recibir la porción hereditaria que le corresponda así como los alimentos que determine la ley.

Como pudimos observar el reconocimiento es el medio más idóneo para lograr determinar el vínculo filial.

Sin embargo, no es la única forma de establecer dicha relación, ya que mediante sentencia judicial también se puede crear el vínculo filial fuera de matrimonio y esta será la correspondiente al juicio donde se promueva la acción de investigación de la paternidad.

Por último, los hijos nacidos mientras sus padres se encontraban viviendo en concubinato, se estarán a lo dicho en el artículo 383 del CCF, donde se señala que se presumirán hijos de concubinos, cuando el nacimiento haya resultado después de 180 días de que comenzó la vida en común y 300 días después de que dicha unión cesó.

No obstante, así como existen medios para poder determinar la filiación respecto a un hijo nacido fuera de matrimonio, también existen acciones tendientes a desvirtuar ese vínculo filial. De este modo encontramos acciones como la de impugnación de la filiación extramatrimonial.

De esta manera las acciones respecto a la filiación extramatrimonial son:

1. Investigación de la paternidad;
2. Impugnación de la filiación extramatrimonial.

## 1. Investigación de la paternidad

La investigación de la paternidad es "...el derecho que tiene el hijo o la madre, de ejercitar una acción para que, si las pruebas que se presenten son suficientes a juicio del juez, se impute la paternidad a un determinado sujeto".<sup>31</sup>

Y se ejercita cuando el padre no ha reconocido al hijo, por lo cual éste último recurre a la vía judicial para establecer así la pretendida paternidad.

La investigación de la paternidad está permitida en los supuestos que marca la ley en su artículo 382 que señala:

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

- I. En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;
- II. Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre;
- III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente;
- IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre".<sup>32</sup>

Por otro lado, el plazo para ejercitar la investigación de paternidad está limitado por la vida de los presuntos padres o bien hasta cuatro años posteriores de la mayoría de edad del hijo, en el caso de que su progenitor haya muerto siendo él menor de edad.

Es conveniente mencionar que aun cuando sólo se haga mención de la investigación de la paternidad no quiere decir que dicha acción no se pueda realizar respecto a la maternidad, sustentando nuestro dicho en el artículo 385 del CCF, que dice:

---

<sup>31</sup> MONTERO DUHALT, SARA, *op. cit.*, p. 311.

<sup>32</sup> CÓDIGO CIVIL FEDERAL, *op. cit.*, p. 50

“Está permitido al hijo nacido fuera del matrimonio y a sus descendientes, investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada”.<sup>33</sup>

Resulta importante resaltar que la investigación de la maternidad está prohibida cuando se tenga por objeto atribuir un hijo a una mujer casada. Sin embargo la ley señala que ésta acción será procedente cuando se deduzca de una sentencia civil o penal.

## 2. Impugnación de la filiación extramatrimonial

La impugnación es la acción que tiene el hijo contra el reconocimiento hecho por el padre o madre.

Dentro de la impugnación encontramos la siguiente división:

1. De reclamación: Aquella que se intenta sólo por el descendiente, la cual puede ser ejercida dentro de los dos años siguientes a partir de la mayoría de edad del hijo o bien desde el momento que se entero de dicha filiación dentro de los dos años siguientes;
2. De contradicción: Es aquella que puede ser ejercida por la madre, por la mujer que cuida o ha cuidado del hijo y finalmente cualquier interesado en intentar la acción de contradicción.

Hasta esta parte del trabajo nos hemos enfocados a los hijos extramatrimoniales, pero hemos dejado de lado lo concerniente a los hijos nacidos de concubinato, ya que aun cuando se trata de hijos nacidos fuera de matrimonio, el trato para los hijos de padres que viven en concubinato es diferente.

---

<sup>33</sup> *Loc. cit.*

El concubinato es una unión de hecho entre un hombre y una mujer libres de matrimonio con el objeto de vivir juntos como si fueran cónyuges, y para que dicha unión surta efectos legales, es necesario que dicho vínculo tenga una duración de 5 años, sin embargo con el nacimiento de un descendiente la figura del concubinato se actualiza de inmediato no importando la duración de la unión de hecho.

Es importante puntualizar que el concubinato no se actualiza con el mero nacimiento de un descendiente, este hecho sólo es importante en lo que concierne al término de 5 años, ya que para que exista concubinato debe cumplirse con los requisitos que señala el CCF en el artículo 1635.<sup>34</sup>

Se presume hijos nacidos dentro del concubinato aquellos nacidos después de 180 días de que comenzó la unión de hecho así como los nacidos durante el término de 300 días de que cesó la vida en común.

Como podemos observar el lapso de presunción es similar respecto a los hijos nacidos de matrimonio, sin embargo es necesario decir que la presunción de paternidad dentro de una unión de hecho es más difícil de establecer.

“Así aun cuando por disposición de la ley se determinen presunciones de filiación iguales para los descendientes habidos en concubinato y para los de matrimonio, en la práctica no pueden ser probadas de la misma forma, por el problema que representa determinar la existencia, inicio o conclusión del concubinato, para acreditar con posterioridad los términos referidos en las mismas. Dicha dificultad evidentemente no ocurre en el matrimonio, porque su existencia, inicio y conclusión se comprueba con las actas del Registro Civil respectivas”.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> El término de 5 años no es el mismo para todas las entidades federativas, como es el caso de Distrito Federal, donde el lapso de tiempo requerido es de 2 años o antes si hay hijos.

<sup>35</sup> LÓPEZ FAUGIER, IRENE, *op cit.* p. 228.

## Adopción

Como comentamos al inicio de este apartado, el tema de adopción no es trascendental para nuestro trabajo, sin embargo no podemos dejar de mencionar lo relacionado a éste tema, aun cuando lo abordemos de una manera muy somera.

La adopción es la tercera forma de crear un vínculo filial, en este caso la filiación no tiene su origen en un vínculo biológico con los progenitores, la filiación surge en base a la expresión de voluntad de una o dos personas (en caso de matrimonio).

En este contexto encontramos que adopción:

“Es el acto jurídico que crea un vínculo de filiación ficticia entre dos personas, llamadas adoptante y adoptado, respectivamente”.<sup>36</sup>

Dentro de nuestra legislación podemos distinguir los siguientes tipos de adopción:

1. Adopción simple: Es aquella que crea un vínculo filial exclusivamente entre el adoptado y el adoptante. De ésta manera los derechos y obligaciones que surgen de la adopción sólo tiene alcance en la persona del adoptante y el adoptado. La adopción simple puede es revocable e impugnabile.
2. Adopción plena: Es aquella que crea un vínculo filial, equivalente al consanguíneo, entre el adoptado y el adoptante, por lo cual dicho vínculo tiene efectos en toda la familia del adoptante. Es decir, el adoptado obtiene todos los derechos de un hijo consanguíneo.

Es importante mencionar que la adopción plena es un acto irrevocable e inimpugnabile.

---

<sup>36</sup> GARROME, JOSÉ ALBERTO, *Diccionario Jurídico Abeledo- Perrot*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, p. 105.

## 2. Inseminación artificial

La concepción de un hijo ha sido un elemento muy importante para la pareja, ya que con el nacimiento de un descendiente, la unión de un hombre y una mujer, supuestamente, se consolida. Tan importante es la procreación, que incluso la esterilidad o infertilidad de cualquiera de los cónyuges es una de las causales para la terminación del matrimonio.

La procreación es un elemento esencial dentro de las relaciones de pareja, sin embargo no siempre es factible que se dé éste hecho, ya que en determinados casos se presenta la infertilidad o esterilidad, impidiendo así la concepción de un descendiente.

Es pertinente señalar que infertilidad y esterilidad son términos que a menudo son tratados como sinónimos, lo cual es totalmente erróneo toda vez que: Esterilidad es la “incapacidad para tener hijos...”<sup>37</sup>

Mientras que la Infertilidad es la “imposibilidad de llevar un embarazo a su término por producirse un aborto o un parto inmaduro, con muerte del feto. Si se refiere al hombre, la infertilidad se entiende como una disminución de la fertilidad que puede ser reversible”.<sup>38</sup>

De esta manera podemos observar que ambos conceptos tienen un significado muy diferente entre sí, ya que mientras la esterilidad es la total imposibilidad para tener descendientes, la infertilidad es sólo la incapacidad para llevar a buen término un embarazo. Así podemos deducir que la esterilidad es un padecimiento mucho más grave que la infertilidad.

Tiempo atrás la única manera de concebir un hijo era por medio de la unión sexual entre un hombre y una mujer, y si por desgracia alguno de los dos padecía infertilidad o esterilidad, la descendencia estaba negada para la pareja.

---

<sup>37</sup> DICCIONARIO DE MEDICINA, *op. cit.* p.472.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 675.

Sin embargo, esta situación ha ido cambiando a medida que la ciencia y la tecnología han ido evolucionando.

De esta manera y con el fin de ayudar a las parejas a sobrepasar los problemas para concebir, surge una rama del conocimiento llamada reproducción asistida, la cual podemos definir como:

“... empleo de tecnología altamente especializada que sustituye o complementa al contacto sexual para que la fertilización ocurra”.<sup>39</sup>

Así dentro de la reproducción asistida encontramos que se agrupan diversas técnicas de reproducción asistida, entendiendo por éstas “...al conjunto de métodos biomédicos que conducen a facilitar, o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana...”.<sup>40</sup>

Las TRA a su vez se dividen en diversas categorías dentro de las cuales ubicamos la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, la maternidad subrogada y la Clonación.

Técnicas que tienen como objetivo principal la concepción de un nuevo ser humano, logrando evadir los problemas de esterilidad o infertilidad, pero nunca solucionando dichas dificultades.

No obstante, a pesar de existir diversas TRA, sólo la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* son las de mayor aceptación en los diferentes países.

---

<sup>39</sup> PÉREZ PEÑA, EFRAÍN, *Atención Integral de la infertilidad. Endocrinología, cirugía y reproducción asistida*, México, Mc Graw Hill, 2002, p. 491.

<sup>40</sup> SANTAMARÍA SOLÍS, LUIS, “Técnicas de Reproducción Asistida”, en TOMÁS GARRIDO, GLORÍA MARÍA (coord.), *Manual de Bioética*, Editorial Ariel, España, 2001, p. 377.

En lo que toca a la maternidad subrogada ésta sólo es permitida en escasos países, mientras que la clonación es una técnica que se encuentra totalmente prohibida dentro de los diversos ordenamientos legales.

La inseminación artificial se muestra como la más antigua de las técnicas de reproducción asistida, y a lo largo de la historia diversos personajes se han disputado la primicia de la aplicación con éxito de ésta TRA.

Algunos comentan que fue Villeneuve el primero en utilizar la inseminación artificial aplicando ésta técnica en Juana de Portugal, en el año de 1462. Otros dicen que Thouret logro inseminar a una mujer estéril, con una jeringa de estaño, haciendo uso de su semen.

Sin embargo, en 1799 la *Royal Society Of London* atribuyo la primera inseminación con éxito al médico ingles John Hunter. Posteriormente la experiencia se repitió en Francia.

En 1884 se realiza la primera inseminación artificial con semen de donante, la cual fue llevada a cabo por el ginecólogo Pancoats, quien según la literatura médica, después de descubrir que la paciente no tenía ningún problema de infertilidad, opto por citarla en su consultorio, supuestamente para una revisión.

Acto seguido hizo que se recostara en una mesa, alrededor de la cual había seis estudiantes de medicina, le aplico cloroformo y procedió a inseminarla con semen de alguno de los estudiantes.

De tal hecho, la mujer ni su marido tuvieron conciencia, nueve meses después nació el descendiente tan anhelado.

En 1899 en Estados Unidos, el médico Dickinson realiza la primera inseminación con semen de un donador, pero de forma secreta.

A pesar de las inseminaciones registradas en la historia, debemos decir que la técnica que se aplicaba era totalmente rudimentaria. Lo cual explica los pocos casos en los que se recurría a ésta técnica.

No es sino hasta la primera mitad del siglo pasado, cuando se descubre el enigma del ciclo menstrual, logrando determinar sus diversas fases, incluyendo la del periodo fértil.

Por otro lado el biólogo Jean Rostand descubrió que los espermatozoides podían conservarse vivos y sin alteración alguna, cuando se les sometía al frío en presencia de glicerol.

Ambos hechos marcaron una nueva era dentro de la reproducción asistida, y en particular en lo que concierne a la inseminación artificial.

La nueva etapa empieza cuando en 1953 los Médicos Bunge y Sherman efectúan la primera inseminación con semen congelado.

Es justo en este momento cuando la inseminación artificial empieza a tomar más auge en el mundo, ya que se hizo una técnica altamente recurrida, en respuesta a que se había logrado elevar su grado de efectividad.

## **2.1 Naturaleza Jurídica**

La naturaleza jurídica de la inseminación artificial ha sido un tema poco estudiado por la comunidad jurídica en México, por lo cual encontramos pocos estudios que aborden dicho tópico.

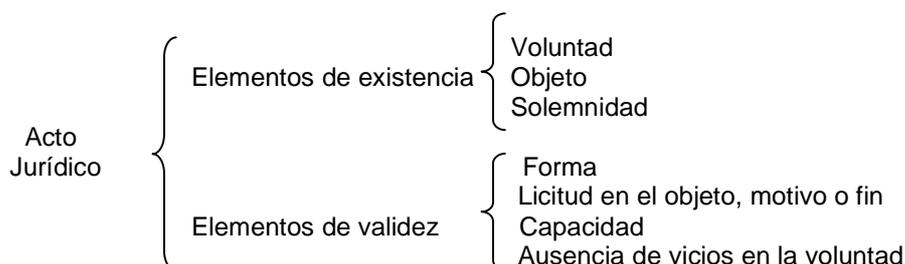
No obstante hallamos que la doctrina en derecho civil y familiar expresa que la inseminación artificial es un acto jurídico, tal como lo afirma la Dra. Ingrid Brena.

Entendiéndose por acto jurídico como el acontecimiento voluntario, lícito, en el que participa la voluntad de su autor, tanto en la realización como en la producción de consecuencias jurídicas reconocidas por el derecho.

Definición de la cual se desprende, que efectivamente, la inseminación artificial es un acto jurídico, sin embargo, no basta nuestra afirmación para aseverarlo, por lo cual nos vemos en la necesidad de realizar un estudio, sobre dicha cuestión.

El acto jurídico tiene elementos de existencia y de validez, sin los cuales dicho acto estaría afectado de nulidad relativa o absoluta según sea el caso.

Así encontramos que los elementos de existencia son: la voluntad, el objeto y la solemnidad (no es necesaria en todos los casos). Mientras que los elementos de validez son: forma, licitud en el objeto, motivo o fin, capacidad y ausencia de vicios en la voluntad.



En este contexto vemos que la inseminación artificial en primer plano requiere de un acuerdo de voluntades entre cada una de las partes que interviene en ella, para que se efectúe dicha técnica.

La mujer debe otorgar su consentimiento con el fin de que en su cuerpo se realice la inseminación artificial, ese mismo consentimiento también debe implicar la aceptación de la maternidad del hijo concebido por esta técnica.

En lo que concierne al esposo o pareja de la mujer, es necesario su consentimiento para que se realice la inseminación artificial, asumiendo también, la paternidad del niño que nazca.

En caso de inseminación artificial por dador, debe existir el consentimiento del donador para que se utilice su semen. Sin embargo, en este caso el donador no acepta la paternidad del niño que nazca, toda vez que no existe la voluntad de procreación.

El acuerdo de voluntades de las personas que se someten a las TRA, deberá tener como resultado un consentimiento informado.<sup>41</sup>

Los profesionistas que practiquen la inseminación artificial, de igual modo, deben expresar su voluntad para practicarla, este hecho es de notoria relevancia ya que en determinado momento la expresión de la voluntad es un elemento importante para la determinación de la responsabilidad médica.

Resulta conveniente mencionar que el consentimiento expresado por alguna de las partes es revocable, siempre y cuando no se haya realizado la inseminación artificial, ya que una vez efectuada dicha técnica, el consentimiento es irrevocable.

Es decir, "Iniciado el procedimiento, la gestación se continúa y ésta no podrá ser suspendida ni por la mujer, ni por su marido o pareja y menos por el donador anónimo o por los profesionales que intervinieron en ella, a no ser que surgiera una necesidad médica que justificara tal acción. De la misma manera que ni la mujer, ni su marido o pareja estable que haya otorgado su consentimiento, pueden rechazar los lazos de filiación con el hijo que nazca".<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Artículo 20 del Reglamento en materia de Investigación para la Salud: Se entiende por consentimiento informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o, en su caso su representante legal autoriza su participación en la investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgosa los que se someterá, con la capacidad libre de elección y sin coacción alguna. REGLAMENTO EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD, Agenda de Salud 2007, México, ISEF, 2007, p. 7.

<sup>42</sup> BRENA SESMA, INGRID, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

Así el objeto directo del acto jurídico en comento, es el nacimiento de un niño, alcanzando tal fin por medio de la inseminación artificial que resultaría ser el objeto indirecto.

En cuanto a los elementos de validez, vemos que la forma en que se debe de expresar el consentimiento, es por escrito.

Respecto a la licitud del objeto, vemos que la inseminación artificial está revestida de licitud toda vez que se trata del ejercicio del derecho a la reproducción que posee todo ser humano, aunque debemos anticipar que existen ciertos límites.

La capacidad se encuentra cubierta cuando la mujer, el esposo o pareja y los profesionistas se encuentran ejerciendo libremente su capacidad de goce y de ejercicio. Situación que en la mayoría de las veces se presenta.

Por último, para que tenga validez el acto jurídico que aquí estudiamos, es indispensable que haya ausencia de vicios de la voluntad, es decir que no se presentes lesiones, violencia física o psicológica, dolo, error o cualquier otro elemento que pueda provocar que la voluntad se encuentre afectada.

En caso de que la voluntad no se exprese de una manera libre, dicho acto jurídico no podrá surtir efectos legales. Y en caso de que se lleve a cabo se estará incurriendo en un delito.

## **2.2 Consideraciones técnicas de inseminación desde el punto de vista médico:**

Independientemente que este trabajo sea de contenido jurídico, creemos necesario la explicación de la técnica que se utiliza para llevar a cabo una inseminación artificial, toda vez que difícilmente en un estudio jurídico

---

encontramos lo referente a la técnica médica, situación que consideramos de gran trascendencia, ya que para llevar a cabo un inseminación artificial, se requiere del consentimiento informado de cada una de las partes. Hecho que no puede llevarse a cabo si se ignora que es lo que se realizará en el cuerpo del paciente.

La reproducción asistida se divide básicamente en técnicas de baja, moderada y alta complejidad.

Dentro de las técnicas de baja complejidad se encuentra la inseminación artificial de espermatozoides del esposo o de donador y técnicas derivadas como la perfusión espermática tubaria.

En cuanto a las técnicas de moderada complejidad se encuentran "...la fertilización in vitro y transferencia de embriones (FIV y TE) y a modalidades derivadas de ellas como la transferencia intratubaria de gametos (GIFT), de cigotos en estadio de pronúcleos (PROST), de cigotos (ZIFT), de embriones (TET) y variantes de estas mismas técnicas. Así también se incluye la crioconservación de embriones obtenidos con esta tecnología".<sup>43</sup> Por último dentro de las técnicas de alta complejidad encontramos la micromanipulación de gametos y variantes como la inyección intracitoplasmática de espermatozoides.

Para efectos de este estudio sólo nos referiremos a lo que corresponde a la inseminación artificial, explicando sus diversas modalidades según el lugar donde se deposita el esperma.

De esta manera procedemos a explicar la técnica que se utiliza para lograr la inseminación artificial.

La técnica se divide en:

---

<sup>43</sup> PÉREZ PEÑA, EFRAÍN, *Atención Integral de la Infertilidad. Endocrinología y reproducción asistida*, op. cit., p. 492.

## 1. Recolección de la muestra

Se recomienda que la recolección de la muestra sea por medio de la masturbación depositando el semen en un frasco estéril.

Sin embargo, también existe la llamada eyaculación retrógrada en la que “se alcaliniza la orina desde siete días antes con 25 g de bicarbonato de sodio en la noche y en la mañana y se intenta obtener la muestra por masturbación, primero, y luego después de orinar y centrifugar la orina”.<sup>44</sup>

En caso de que el hombre se niegue a llevar a cabo la masturbación, el sujeto en cuestión podrá hacer uso de colectores especiales como el *seminal collection device*.

## 2. Preparación de los espermatozoides

Una vez obtenida la muestra se procede a prepararla, el objeto de este proceso es la separación de los espermatozoides del plasma seminal, a demás de la selección de los espermias más aptos.

Para lograr el objetivo citado la medicina utiliza diversos métodos como son:

- a) Nado hacia arriba;
- b) Lavado, centrifugado y resuspensión;
- c) Filtración, y
- d) Separación mediante medios con diferentes gradientes de densidad.

“En general, en el laboratorio de andrología de cada centro, después del análisis del semen de la muestra obtenida, se decide cual método será el más adecuado para obtener una mejor calidad espermática...”<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 502.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 504.

Posteriormente en caso que la inseminación artificial no esté programada para realizarse de inmediato, la muestra procederá a ser congelada y será enviada a un banco de semen, donde permanecerá hasta que así se requiera.

Es importante mencionar que la congelación de semen no provoca mayores riesgos de los que pudieran existir cuando se utiliza semen fresco.

### 3. Transferencia de los espermatozoides

La transferencia de espermatozoides se refiere al momento en que se introduce en el cuerpo de la mujer la muestra de espermatozoides.

Pero el depósito de los gametos no se lleva a cabo en el mismo lugar, así que dentro de la inseminación artificial existen 4 supuestos, según el lugar donde se deposite la muestra.

#### a) Inseminación artificial intravaginal

Esta es la más sencilla ya que se coloca la muestra de esperma en el fondo de la vagina, con la ayuda de una jeringa.

#### b) Inseminación artificial intracervical

Se inyecta un poco de la muestra en el cuello del útero de la mujer y el resto se coloca en un tapón cervical, que posteriormente la paciente puede quitarse.

#### c) Inseminación artificial intrauterina

“Es un método que consiste en depositar un volumen de semen de .3 a .5 ml en la cavidad uterina a través de un catéter introducido transcervicalmente. Para ello el semen

debe ser sometido a un proceso de capacitación; esto es, habilitarlo para que penetre el óvulo”.<sup>46</sup>

#### d) Inseminación artificial intraperitoneal

“Reside en capacitar los espermatozoides en diferentes medios, filtrándolos en gradientes de Percoll y lavándolos en Ham F10. Se provoca COH con clomifeno, HMG, HCG; y se lleva a cabo el procedimiento de limpieza de la vagina, se introduce una aguja del N.º 18, 19 o 22 por el fondo de saco posterior, se aspira fluido peritoneal y se introducen de uno a 2 ml de semen en la cavidad pélvica, se deja a la paciente en reposo durante diez minutos, y se le indica un antibiótico como son las cefalosporinas por dos o tres días”.<sup>47</sup>

Es conveniente mencionar que las cuatro formas enunciadas con anterioridad son las más recurrentes, con lo cual no afirmamos que sean los únicos métodos que se emplean, ya que existe una amplia gama de posibilidades.

Sin embargo, dentro de la técnica de la inseminación artificial las dos primeras etapas son idénticas para cada una de las variantes que pueden existir.

### 2.2.1 Homóloga

En cuanto al origen del semen es pertinente hacer una mención especial en lo que corresponde a este punto.

La inseminación artificial se divide en homóloga y heteróloga atendiendo al origen de la muestra de semen.

Así encontramos que la inseminación conyugal u homóloga es aquella que se lleva a cabo con semen de la pareja de la mujer.

---

<sup>46</sup> AYALA, AQUILES R, *Medicina de la reproducción humana*, México, Aquiles R. Ayala/Grupo Azabache, 1990, p. 353.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 355.

La inseminación homóloga se recomienda en caso de presentarse "... esterilidad de causa desconocida, patología cervical o inmunológica, así como la imposibilidad, por diferentes razones, de eyacular en la vagina".<sup>48</sup>

De esta manera podemos observar que la principal complicación (no siendo la única) que origina la utilización de la inseminación artificial es el hecho de no lograr, por medio del coito, el depósito del semen en la vagina o bien sea ineficiente.

### 2.2.2 Heteróloga

Por otro lado encontramos que la inseminación artificial por dador o comúnmente llamada heteróloga, es aquella que se lleva a cabo mediante el uso de semen de donador.

Este tipo de técnica es utilizada en caso de que se diagnostiquen problemas como "...azoospermia, oligo, asteno y teratozoospermia severas o combinaciones de ellas..."<sup>49</sup>

Sin embargo, el uso de ésta técnica ha disminuido como consecuencia del surgimiento de la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI).

De este modo encontramos que la IAD sólo se recomendará en caso de azoospermia o bien cuando las condiciones económicas de la paciente no permitan el uso de la ICSI.

En el mismo sentido la IAD se aplicará para el caso de presentarse alguna enfermedad genética o bien cuando la pareja de la mujer esté afectado por el virus del sida (los casos en que se ha utilizado IAD son muy pocos).

---

<sup>48</sup>PÉREZ PEÑA, EFRAÍN, *Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral, op. cit.*, p. 646.

<sup>49</sup> *Loc. cit.*

En otro sentido, es conveniente mencionar que se recomienda el uso de semen congelado, ya que aun cuando las posibilidades de embarazo son mayores con el uso de semen fresco, el uso de semen congelado permite verificar con mayor detenimiento la calidad de la muestra, evitando así la transmisión de infecciones.

### **2.2.3 Algunas variantes**

En este apartado nos avocaremos al estudio de la donación de óvulos, el cual es un tema altamente polémico por sus implicaciones jurídicas, médicas y sociales, sin embargo, es una opción para los casos de infertilidad femenina.

Como vimos con antelación la inseminación artificial se divide en conyugal o por dador, según la procedencia del semen. Pero con el avance de la ciencia y tecnología se ha logrado la existencia de la llamada donación de óvulos.

Así tenemos que:

“Para los casos de mujeres infértiles por carencia de gametos -debido a anomalías genéticas; p. ej., Síndrome de Turner, menopausia precoz, etc.-, actualmente se propone como posible la donación de ovocitos”.<sup>50</sup>

No obstante, aun cuando en algunos casos se ha considerado como un medio para rebasar los problemas de infertilidad o esterilidad, creemos que para el caso de la inseminación artificial no puede existir una modalidad según la procedencia de los óvulos. Podría pensarse que dicha modalidad podría tener cavidad dentro de la llamada IAD, lo cual resulta ilógico ya que la donación de óvulo aplicada en una IA implicaría mejor dicho una donación de un ser humano.

Es decir, en caso de que la IA hiciera uso de la donación de óvulo, la mujer debería consentir a ser inseminada con semen de la pareja de otra mujer, y aceptaría llevar en su vientre al producto hasta su nacimiento, acto seguido el niño

---

<sup>50</sup> LOYARTE, DOLORES Y ROTONDA, ADRIANA. E, *op. cit.*, p. 129.

será entregado a la pareja. Hechos que más que relatarnos una IA nos muestran un proceso de maternidad subrogada.

De esta manera nos oponemos a que dentro de la IA se cree la modalidad de donación de óvulos.

Debemos señalar que para efectos de fecundación in vitro la donación si es valida, toda vez que se extraen los óvulos de la donante para después ser fecundados en el laboratorio y posteriormente ser implantados en otra mujer, es decir, se trata de una técnica extracorpórea donde la gestación podrá llevarse por la mujer que desea tener un hijo. Situación que no se presenta en las técnicas intracorpóreas.

## CAPÍTULO TRES

### MARCO LEGISLATIVO DE LA FILIACIÓN

SUMARIO: 1. Legislación Nacional. 1.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1.2. Código Civil Federal. 1.3. Código Federal de Procedimientos Civiles. 1.4. Legislación Sanitaria. 1.5. Código Penal Federal. - 2.- Legislación Extranjera. 2.1. España. 2.2. Francia. 2.3. Inglaterra.

Es prudente mencionar que este capítulo tiene un doble objeto, por un lado estudiar el marco jurídico nacional de la filiación y por otro analizar dicha figura en algunas legislaciones extranjeras.

Nuestra intención es analizar el marco legislativo nacional de la filiación desde diversas perspectivas jurídicas, es decir, a partir de lo regulado por el derecho constitucional, civil, penal, administrativo, procesal civil, etc. Esto en razón al carácter interdisciplinario que asume la filiación como resultado de la aplicación de alguna TRA (en específico la IA).

El estudio interdisciplinario es de gran relevancia para nosotros, esto como consecuencia a la escasa existencia de trabajos que analicen el problema de la filiación desde diversas perspectivas.

Para evaluar la situación que guarda nuestro país frente a la filiación y en específico a la proveniente de las TRA, es necesario proporcionar un punto de comparación, que en este caso será un estudio de algunas legislaciones extranjeras, aportando de esta manera una visión de la situación que guarda la filiación en relación a las TRA en el ámbito internacional.

Las legislaciones que aquí abordaremos han sido elegidas por dos razones, por un lado por tratarse de las más avanzadas en lo que concierne a estos temas, tanto en el aspecto teórico como práctico y por otro por tratarse de países miembros de la familia Romano - Germánica y del *Common law*, lo cual nos proporciona una visión mucho más amplia del estado que guarda el tema en comento, en sistemas jurídicos tan diferentes, como los ya mencionados.

## **1. LEGISLACIÓN NACIONAL**

Las TRA son el resultado de largos estudios científicos y tecnológicos, por lo que en los países desarrollados es donde se localiza el mayor porcentaje de uso de dichas TRA.

Por lo que en países como España, Francia, Inglaterra, entre otros, ha surgido la necesidad de legislar al respecto, ya que de lo contrario se estaría dejando el camino libre para que se cometieran grandes violaciones hacia los derechos fundamentales y dignidad del ser humano.

En México la situación totalmente diversa, el marco legislativo es reducido en materia de reproducción asistida, toda vez que dichos adelantos médicos no son utilizados con demasiada frecuencia entre la población, debido a los altos costos, además de no estar comprendidos dentro de los procedimientos de atención médica básica del sector público, razón por la cual el legislador no se ha interesado en ampliar el marco jurídico en estos temas.

Dicha realidad es alarmante, ya que si bien es cierto en nuestro país no son muy recurridas las TRA, y consecuentemente no han surgido muchos casos en los que se tenga que dilucidar sobre el tema, es importante que nuestro derecho prevea estas actividades médicas que se transforman en actos jurídicos con hondos repercusiones para el ser humano.

Por lo tanto resulta eminente la urgencia de que nuestra legislación plantee soluciones jurídicas ante este tipo de adelantos científicos.

Lo que nos obliga a recurrir al estudio de legislación extranjera con el fin de obtener un panorama general de la situación que guarda dicho tema en el contexto internacional, y de esta manera obtener un cierto grado de conocimiento sobre la materia, con el objeto de poder, en un futuro no muy lejano, legislar de

acuerdo a la moral y las costumbres de nuestro país, realizando una adecuación etnológica apropiada a nuestra realidad.

### **1.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**

La Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos es el principal ordenamiento jurídico dentro de nuestro marco legal, razón por la cual debemos empezar nuestro estudio desde una perspectiva constitucional, toda vez que nuestra carta magna es la base del sistema jurídico en México.

Pero aun con lo importante que es la constitución, en algún tiempo no contamos con ella, así que para lograr la existencia de nuestra actual Carta Magna tuvo que pasar un largo y difícil período.

La historia de la constitución comienza desde tiempos remotos, sin embargo, nosotros empezaremos desde la Constitución de Cádiz hasta llegar a la constitución actual, ya que la mayoría de los textos constitucionales toman como punto de partida tal documento.

La Constitución Española de Cádiz de 1812 fue una constitución de corte liberal, redactada por las cortes constitucionales de Cádiz quienes se basaron en la carta magna de Francia, dicho documento estuvo vigente por dos períodos (1812 a 1814 y de 1820 a 1821).

“La constitución de Cádiz era el cadáver de la monarquía, que había llegado a México cuando el pueblo vibraba con más fuerza en busca de libertad e independencia”.<sup>1</sup>

Posteriormente, surgió la Constitución de Apatzingán, sancionada el 22 de octubre de 1814, fue la primera carta magna redactada en el nuestro país.

---

<sup>1</sup> CALZADA PADRÓN, FELICIANO, *Derecho Constitucional*, México, Harla, 1990, p. 55.

Dicho instrumento se baso fundamentalmente en el documento elaborado por María Morelos y Pavón, denominado Sentimiento de la Nación, y fue redactado por el congreso de Chilpancingo.

Tal constitución nunca entro en vigor debido al estado político, económico y social que guardaba nuestro país. Sin embargo, no debemos dejar de lado el valor y la importancia que tuvo y tiene dentro de la historia de México.

A partir de entonces surgieron varios documentos como el Plan de Iguala, los Tratados de Córdoba y el Plan de Casamata, entre otros, de una relevante importancia al ser la base de la conformación del Estado Mexicano.

Es en el año de 1824 cuando entra en vigor la primera constitución para el México independiente, dicho instrumento tenía como nombre el de Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, y se mantuvo vigente hasta 1835, sin registrar enmiendas.

La Constitución de 1824 recibió una importante influencia de la Constitución de Cádiz y la constitución de Estados Unidos de América. Estableció un gobierno republicano, representativo y federal.

Aun cuando nuestro país contaba con su propia constitución, las inconformidades no se hicieron esperar, por un lado estaba la opinión de los conservadores y por otro la de los liberales.

Razón por la cual el 30 de diciembre de 1836, surgieron las Siete Leyes, como triunfo de los conservadores, estableciéndose así una república central, poniendo por encima de los tres poderes al llamado Supremo Poder Conservador.

“Así, la constitución Federal de 1824, producto del esfuerzo de la nación mexicana, quedaba reducida al despotismo que restringía las libertades ciudadanas y sepultaba la

autonomía de los miembros de la Federación, que había costado tanto empeño en aras de la soberanía y la autonomía de los estados".<sup>2</sup>

En 1843 surgen las bases orgánicas o bases de la organización Política de la Nación, donde se eliminó el Supremo Poder Conservador y se convirtió al país en República centralista. Su vigencia fue de sólo tres años.

Posteriormente en el año de 1847 se aprueba el Acta Constitutiva y de Reformas de los Estados Unidos Mexicanos. Mediante su aplicación se restauró el sistema federal de gobierno y entro en vigencia, con algunas reformas, la Constitución de 1824.

Diez años después, en 1857 surge una nueva constitución, la cual, implantó el federalismo y estableció una República representativa basada en la defensa de las garantías individuales.

Sin embargo, los conflictos dentro de nuestro país impidieron que la constitución pudiera estar vigente por un largo período, dando comienzo la guerra de reforma o de Tres Años, protagonizada por liberales y conservadores. Durante este periodo estuvieron vigentes las Leyes de Reforma las que, al triunfo liberal, les fueron añadidas otras más.

Más tarde las Leyes de Reforma relativas a la nacionalización de los bienes eclesiásticos, la supresión de la propiedad comunal de los indígenas y establecimiento de la tolerancia de cultos, el matrimonio, el registro civil y la secularización de los cementerios, se adhieren al marco constitucional.

Durante algún tiempo las revueltas dentro de nuestro país se aminoraron, pero nunca se extinguieron, y fue justo en el año de 1910 cuando se inicia la revolución mexicana, la cual, se dice, llegó a su fin con la promulgación de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, el 5 de febrero de 1917.

---

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 78.

Dicho cuerpo normativo, conservó las garantías individuales establecidas en la Constitución liberal de 1857. La forma de gobierno continuó siendo republicana, representativa, democrática y federal. Se mantuvo la división de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial.

Una aportación notable fue el hecho de que se agregaron dos derechos sociales importantísimos: los derechos agrarios y los derechos de los trabajadores.

Así, a partir de 1917 nos ha regido una sola constitución.

Nuestra Carta Magna se divide en dogmática y orgánica, en la primera parte encontramos los derechos fundamentales o garantías individuales que son definidas "...como aquellos elementos jurídicos que se traducen en medios de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público".<sup>3</sup>

Éstas se localizan dentro de los artículos 1 al 29, y tienen como objetivo primordial regular la relación Estado - particular.

Mientras que en la segunda parte, llamada orgánica, encontramos aquellos artículos que tienen como sujeto pasivo al Estado, es decir, la parte orgánica contiene los preceptos encargados de la organización y funcionamiento de los poderes (ejecutivo, legislativo y judicial).

"La parte orgánica es un complemento de la dogmática. En aquélla se delimita el abanico de competencias a que los poderes estatales deberán ceñirse al desempeñar sus funciones, en lo que, a riesgo de vulnerar garantías de los gobernados, jamás deberán excederse".<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo V, enero de 1997, tesis P./J. 2/97, p. 5; IUS: 199492.

<sup>4</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Las Garantías Individuales*, Colección Garantías individuales, parte general, Poder Judicial de la Federación, SCJN, México, 2003, pág. 50.

No obstante, para efectos de este trabajo es la parte dogmática la que nos interesa, ya que como sabemos, dentro de ella se encuentran las diversas garantías individuales que son de una trascendencia innegable para el ser humano, ya que son las encargadas de proteger a este frente al Estado.

En la constitución encontramos diversos e importantes derechos individuales, sin embargo nosotros nos avocaremos al estudio del artículo 4 de nuestra carta magna, toda vez que dentro de este hallamos lo concerniente al derecho de procreación, el derecho a la protección salud, los derechos del niño, de la mujer y de la familia, además de otros derechos (los que no mencionamos por no ser materia de nuestro trabajo, no porque sean menos importantes).

Sin embargo, no siempre el citado artículo consagro los derechos mencionados, ya que en un principio el artículo 4° estaba orientado a proteger la libertad de trabajo de todo individuo, así que para llegar al estado que hoy guarda ha tenido que sufrir ocho reformas las cuales versan, a grandes rasgos, sobre lo siguiente:

#### Primer reforma (1974)

Se establece la igualdad jurídica de la mujer, se establece la libertad de reproducción. Y el contenido original del citado artículo pasa al artículo 5 constitucional, el cual a su vez es adicionado y reformado.

#### Segunda reforma (1980)

Se adiciona el tercer párrafo, para quedar como sigue: “Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas”.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), 18/ enero/ 2007.

De esta manera los padres eran los únicos en los cuales recaía la responsabilidad de la satisfacción de las necesidades de los niños, excluyendo a los demás parientes.

#### Tercera reforma (1983)

Se adiciona el artículo 4 con un penúltimo párrafo que versa sobre el derecho a la protección de la salud de toda persona, el cual deberá ser proporcionado por el Estado.

#### Cuarta reforma (1983)

Se consagra el derecho de toda familia a tener una vivienda digna.

#### Quinta reforma (1992)

Se adiciona un primer párrafo, que habla sobre la composición pluricultural de nuestro país. Conocida como la reforma indígena.

#### Sexta reforma (1999)

Se adiciona un párrafo quinto, estableciendo el derecho de toda persona a un medio ambiente adecuado.

#### Séptima reforma (2000)

Se adiciona y reforma el último párrafo quedando como ahora se conoce, consagrándose así los derechos de los niños y las niñas, y ordenando que la preservación sea por parte de los ascendientes, tutores y custodios. Y no sólo de los padres como se establecía antes de la reforma.

Además el Estado deberá proporcionar las facilidades para que dichos derechos se lleven a cabo.

## Octava reforma (2002)

Se deroga el primer párrafo, del artículo 4, que toca el tema de los derechos indígenas. Dicho párrafo fue adicionado al artículo 2 del mismo ordenamiento constitucional.

De esta manera y después de las diversas reformas el artículo 4 constitucional a la letra dice:

“Artículo 4.- (Se deroga el párrafo primero).

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”.<sup>6</sup>

El citado artículo es de gran importancia para nuestro estudio, toda vez que aborda los tópicos que nos interesan para el desarrollo de este trabajo.

Pudiera parecer que en torno al artículo 4 constitucional todo ésta claro y que no hay nada más que decir, sin embargo debemos señalar que este precepto constitucional encierra diversas circunstancias sujetas a discusión, ya que con

---

<sup>6</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, México, SISTA, 2007, p. 9

motivo del surgimiento de nuevas realidades, la redacción de dicho artículo se presta para diversas interpretaciones, según el criterio o conveniencia de quien lo haga.

En el párrafo primero del citado artículo encontramos que se establece la igualdad del hombre y la mujer ante la ley.

Pero "...la igualdad prevista por el artículo 4º, no debe, ni puede, entenderse como simetría absoluta – o mejor, como identidad-. Más bien se trata de ordenar al legislador que no introduzca distinciones "no razonables" o, dicho de otra forma, que haga distinciones justificables –apoyadas en argumentos- y no discriminaciones. Esto permitiría hacer realidad la máxima de que hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales..."<sup>7</sup>

Es decir, la igualdad entre el hombre y la mujer simplemente no puede existir, en razón de las características de cada sexo, ya que la mujer en ciertas condiciones posee derechos que simplemente el hombre jamás podrá tener.

Tal es el caso del derecho que tiene la mujer embarazada a retirarse 45 días antes y 45 después del parto, con derecho de salario y sin perder su trabajo.

Dentro del mismo párrafo podemos encontrar el fundamento constitucional de la familia al mencionar que la ley será la encargada de velar por ésta.

En el mismo orden de ideas, familia en sentido estricto es aquella institución social formada por el padre, la madre y los hijos, los cuales se encuentran unidos por lazos filiales, matrimoniales o del concubinato.

---

<sup>7</sup>INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada*. Tomo I, artículos 1-29, 19 ed, México, Porrúa- UNAM, 2006, p. 72.

La familia en sentido amplio es aquella institución social formada por ascendientes, descendientes y parientes colaterales, incluyendo los parientes por afinidad.

Así la familia tradicional estará conformada por la madre, el padre y los hijos, en otras palabras podríamos decir que para que surja la familia es necesario que entre los miembros exista el vínculo filial, el cual será necesario para que lo señalado en los párrafos 6, 7 y 8 del artículo 4 constitucional, se verifique.

El origen de todas las figuras del derecho de familia es precisamente la filiación, ya que sin ella, simplemente, la familia no existe.

Es importante mencionar que la constitución implícitamente reconoce que la familia debe formarse a partir de la unión de un hombre y una mujer, cerrando, de esta forma, la posibilidad a que haya familias constituidas por individuos del mismo sexo.

En el segundo párrafo del artículo en comento encontramos el fundamento del derecho a la reproducción al establecer:

“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”.<sup>8</sup>

Podríamos pensar que la constitución es muy clara respecto a lo que concierne al derecho a la reproducción, sin embargo con el surgimiento de nuevas realidades, el derecho que consagra el artículo 4 en su párrafo segundo, se encuentra totalmente cuestionado.

La ciencia y la tecnología han propiciado el surgimiento de situaciones que años atrás nos parecían inimaginables, y por las cuales en la actualidad es urgente la

---

<sup>8</sup> CONSTITUCIÓN MEXICANA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *op. cit.*, p. 9

regulación de esas nuevas realidades, que como es evidente, han rebasado al derecho.

Los principales problemas han surgido a raíz de la aplicación de las diversas TRA, de ahí que se realicen planteamientos de diversa índole en torno al derecho a la reproducción.

Es cierto que en nuestro país no es muy frecuente el uso de las TRA, sin embargo el derecho debe prever las circunstancias que hoy en día se están presentando.

Consideramos tratar grosso modo las diversas dificultades que han surgido en torno al derecho a la reproducción, ya que si bien es cierto, no es el tema central de este trabajo, es pertinente su estudio toda vez que la inseminación artificial es una de las TRA, las cuales tiene por objeto la concepción de un nuevo ser, es decir, de alguna forma son un medio de ejercer el derecho a la reproducción.

Al ser las TRA una nueva modalidad para hacer efectivo el derecho a la reproducción, se abren cuestionamientos tales como: ¿Cuáles son los límites de dicho derecho? ¿El derecho a la procreación abarca las TRA?, ¿Las TRA sólo pueden ser utilizadas por una pareja o también por un hombre o mujer solteros?, ¿Cuáles son las implicaciones jurídicas en relación al derecho a la intimidad?

Preguntas como estas y muchas más son las que han surgido a raíz de los adelantos de la ciencia.

El derecho a la reproducción es parte de la libertad de autodeterminación física que todos los individuos tenemos, sin embargo tiene como limite los derechos de terceros, es decir, la libertad de un individuo termina donde empieza la de otro.

Es prudente señalar que el derecho en comento es otorgado a todo individuo, entendiéndose por este a todo ser humano sin distinción por razones de sexo, raza,

condición social, religión, etc. (Esta afirmación es con base a lo que establece el artículo 1 constitucional).

Así, con base a lo expuesto en nuestra Carta Magna, podemos decir que tanto el hombre como la mujer están en todo su derecho de ejercer su libertad a la procreación, no importando ni siquiera su estado civil, por lo cual tanto el hombre como la mujer solteros están en pleno ejercicio de su derecho.

Por tanto el derecho a la reproducción no esta condicionado a que haya un matrimonio ni cualquier otro tipo de unión, de este modo el individuo en solitario puede ejercer su libertad.

Pero el panorama cambia radicalmente cuando se recurre a las TRA, de tal forma "...debemos preguntarnos también si este derecho a la reproducción que hemos enunciado y configurado básicamente se refiere sólo a la capacidad de procreación *natural* de los seres humanos o si, por el contrario, se extiende a las nuevas técnicas de reproducción humana *asistida*".<sup>9</sup>

Al respecto nosotros creemos que dichas técnicas deben ser consideradas como un medio para el ejercicio del derecho a la reproducción, con la condición de que exista realmente algún problema de esterilidad o infertilidad en la pareja.

Apelando a lo establecido en la constitución y al no haber ninguna restricción a causa del sexo o condición civil, para el ejercicio de la libertad de procreación, se induce que cualquier individuo puede ejercer aquella.

Y consecuentemente "...tanto los hombres como las mujeres tendrían derecho a beneficiarse de los avances en materia de reproducción asistida, la ciencia permite cumplirlas demandas de las mujeres y no la de los hombres cuando unos y otros actúan individualmente".<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA, *op. cit.*, p. 63.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 69.

En el caso de las mujeres la situación se presenta un poco más fácil, ya que para engendrar un hijo, sólo necesitaría acudir a un banco de semen. Mientras que para el hombre la situación se complicaría a tal extremo que requeriría de la donación de un óvulo y el útero de una mujer para llevar a cabo la gestación (maternidad subrogada).

Por tanto, consideramos que dicha libertad puede ser ejercida por la mujer pero no así por el hombre, toda vez que en el caso de la primera la procreación está dentro de sus funciones biológicas aunado que para el ejercicio de su derecho sólo necesita la donación de semen, caso contrario a lo que sucede respecto al hombre, el cual necesariamente requiere de la donación de óvulos y el alquiler de un útero, situación que a nuestro criterio calificamos como reprobable (maternidad subrogada y tal vez en un futuro el embarazo de hombres).<sup>11</sup>

Ahora, si bien es cierto que el ser humano como ente individual tiene derecho a la libertad de procreación y por ende a recurrir a las TRA. Resulta pertinente decir que se estará atacando el derecho del niño a tener una familia biparental, de tal forma que al ejercer el derecho a la reproducción por un individuo se estará ignorando el interés superior del infante.

Por otro lado, se encuentra el problema del uso de las TRA en uniones de hecho de parejas homosexuales o lesbianas, pero debido a que dentro de nuestro marco jurídico no encuentran reconocidas, el uso de las mencionadas técnicas dentro de aquellas uniones se encuentra totalmente prohibido.

Sin embargo, en lo que toca a las parejas lesbianas alguna de ellas puede ejercer su derecho individualmente o bien podrían optar por alguna de las modalidades de la maternidad subrogada, figura que en la mayor parte de la legislación internacional se encuentra prohibida.

---

<sup>11</sup> *Loc. cit.*

El único camino para que dichas parejas puedan acceder al libre ejercicio de su derecho a la reproducción es que en determinado momento se reconozcan las uniones entre personas del mismo sexo y además se les reconozca derechos reproductivos como pareja (Situación que en España e Inglaterra ya se presenta).

No obstante, en nuestro país dicha situación sería totalmente reprobable, toda vez que la sociedad mexicana es altamente tradicionalista, de tal modo que resulta casi imposible que el caso de los países Europeos tenga eco en México.

Aunque esta posibilidad no es tan irreal, ya que con la aprobación y entrada en vigencia de la Ley de Sociedad de Convivencia, se ha dado un paso trascendente en el tema de las uniones homosexuales y lesbianas.

Lo cual resulta totalmente trascendental en la evolución del derecho de Familia en nuestro país, esto en razón de que podría tratarse de la base para permitir el matrimonio entre individuos del mismo sexo, trayendo consigo un sin fin de repercusiones, siendo una de estas el derecho a la Reproducción.

Tal derecho hoy en día se encuentra sujeto a diversos cuestionamientos de índole jurídico, ético, social, económico, etcétera.

No habiendo límites en la forma de ejercer el derecho a la reproducción la persona esta en facultad de actuar dentro de lo establecido en el marco legal, aplicándose así la máxima del derecho que reza: lo que no está prohibido está permitido.

Es decir, al no establecerse constitucionalmente un límite respecto a la libertad de procreación, se propicia el surgimiento de diversas y polémicas situaciones, que tienen por objeto el supuesto ejercicio de la mencionada libertad.

Así encontramos que el texto constitucional se ve rebasado por las nuevas realidades y en especial lo que corresponde a las TRA, por lo cual, en este mismo orden de ideas podemos decir que:

“Los logros obtenidos en el campo de la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones y demás técnicas de reproducción asistida nos permiten, acaso nos obligan, a plantearnos la existencia o no de un derecho a la procreación y, en su caso, la de su carácter absoluto o limitado”.<sup>12</sup>

Hasta este punto del trabajo nos hemos referido a lo que toca a la libertad de procreación positiva, es decir a la facultad de tener hijos, sin embargo existe la contraparte que es la libertad de no tener hijos.

Y tal vez es aquí donde exista el fundamento jurídico al aborto, aunque nosotros dirimimos de esa posibilidad.

El aspecto negativo del derecho a la procreación implica el rechazo absoluto de no tener descendencia, así los individuos podrán tener acceso a los diversos métodos de anticonceptivos, y al aborto en los casos que señala el derecho penal.<sup>13</sup>

Así, tal perspectiva motiva diversos planteamientos, en cuanto a los límites de la libertad de procreación, ya que dentro de esas circunstancias se encuentra el tema tan polémico del aborto, surgiendo de este modo cuestiones como el comienzo de la vida, la autodeterminación física de la madre sobre su cuerpo, el derecho a la vida del concebido, la legalidad o no del aborto, entre otras muchas. Planteamientos que no corresponden al estudio de este trabajo y sin embargo tiene relación con el tema que abordamos.

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 40 y 41.

<sup>13</sup> Aunque al aborto no podemos considerarlo como un método de planificación.

Ahora siguiendo con el análisis del artículo 4º constitucional, encontramos que en el párrafo tercero se halla consagrado el derecho a la protección a la salud, el cual tiene una gran connotación para el ser humano, al establecer:

“Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.<sup>14</sup>

Como podemos ver el legislador fue muy acertado al elevar a garantía individual el derecho a la protección a la salud y no el derecho a la salud.

Por derecho a la protección se entiende que “...es un derecho de todos los mexicanos y es una responsabilidad indisoluble del Estado, que dispondrá de los recursos necesarios para asegurar su protección”.<sup>15</sup>

Mientras que derecho a la salud implica que el Estado está obligado a garantizar la vida y la salud, las cuales no pueden ser garantizadas por nada ni por nadie.

“Así la expresión “derecho a la protección de la salud” implica el esfuerzo deliberado orientado y planeado para desarrollar acciones congruentes con las políticas y objetivos que favorezcan la implantación de programas específicos”.<sup>16</sup>

Antes de proseguir, creemos necesaria la definición de salud, que en medicina legal se considera como “...el estado vinculado con la normalidad del individuo, conforme a las apreciaciones subjetiva y objetiva, cuando se le considera carente de dolor

---

<sup>14</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *op. cit.*, p. 9

<sup>15</sup> SOBERÓN ACEVEDO, GUILLERMO, et al., *Derecho constitucional a la protección de la salud*, México, Editorial Porrúa, 2 ed, 1995, p. 161.

<sup>16</sup> *Loc. cit.*

o enfermedad y dentro de las condiciones exigibles de aptitud, capacidad laboral y utilidad social”.<sup>17</sup>

Sin embargo, el concepto que es mundialmente aceptado es el que nos proporciona la Organización Mundial de la Salud al definir la salud como: “...estado de completo bienestar físico, mental y social, y no simplemente como la ausencia de enfermedades o dolencias”.<sup>18</sup>

Como vemos el concepto de salud ha cambiado en últimas fechas, ya que en antaño se creía que salud era únicamente aquel estado físico del ser humano exento de enfermedades, situación contraria a la que hoy en día se presenta.

De esta manera el concepto actual de salud abarca un gran número de aspectos dentro de los cuales, sin duda, podemos encontrar la llamada salud reproductiva.

El derecho a la protección a la salud deberá ser garantizado por el Estado por medio de proyectos financieros y físicos, además de contar con una infraestructura que sea suficiente para cubrir las necesidades de la población.

Aún cuando el Estado tiene la obligación constitucional de proteger la salud de toda la población, sabemos de ante mano que es uno de los principales problemas a los que se enfrenta la sociedad mexicana.

El sistema de salud pública es uno de los sectores con más carencias, situación que provoca el mal funcionamiento de las instituciones y por consiguiente el pésimo cuidado de la salud de la población, en la mayoría de los casos no pudiendo satisfacer, en algunos casos, las necesidades básicas.

---

<sup>17</sup> BASÍLE, ALEJANDRO ANTONIO, “Salud”, *Diccionario Enciclopédico de Medicina legal y ciencias afines, vocabulario médico-jurídico para uso forense*, Argentina, Ediciones jurídicas Cuyo, 2004, p. 539.

<sup>18</sup> CANO VALLE, FERNANDO, *Percepciones a cerca de la medicina y el derecho*, México, UNAM, 2001, p. 2.

Como lo hemos dicho con anterioridad la salud no sólo abarca lo que concierne a las enfermedades que afectan físicamente al individuo, sino que existen diversas situaciones que comprenden el concepto de salud, así encontramos que el Estado tiene la obligación de proporcionar los medios necesarios para la protección de la salud reproductiva.

Así el derecho a la protección a la salud y el derecho a la procreación se encuentran íntimamente ligados, ya que el Estado será el encargado de "...implementar políticas públicas para la difusión e información de las técnicas para el control de la natalidad, así como para la atención adecuada de la maternidad...".<sup>19</sup>

El derecho a la protección a la salud cubre parte de la libertad de procreación tanto en su aspecto negativo como positivo, en otras palabras, podemos decir que el derecho a la protección a la salud es el que proporciona los medios necesarios para que el individuo pueda ejercer su derecho a la reproducción.

Ahora dejando de lado la cuestión del derecho a la protección de la salud, encontramos que en los párrafos 5, 6, 7 y 8 del artículo 4 constitucional, se aborda nuevamente lo concerniente a la protección de la familia.

De este modo vemos que en los últimos 4 párrafos del mencionado artículo, la constitución establece:

"Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

---

<sup>19</sup> PÉREZ DUARTE, ALICIA ELENA Y CARBONELL, MIGUEL, "Derechos Reproductivos", EN ÁLVAREZ DE LARA, ROSA MARÍA, et al (coord.), *Diccionario de Derecho Civil y de la familia*, México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 120.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”.<sup>20</sup>

Con la lectura de los párrafos anteriores podemos percatarnos que tienen como objetivo la protección de la familia y en especial la de los niños.

De esta manera la niñez mexicana se encuentra protegida por las garantías individuales que consagran la constitución y los instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los derechos humanos así como la Convención de los Derechos del Niño.

Como se desprende de la constitución, los principales obligados a cumplir con lo ordenado en ella, son el padre y la madre, y a falta de estos las personas que señale la ley.

Así al existir el vínculo filial consecuentemente surgen obligaciones y derechos en relación a los hijos y a los padres, originándose de esta manera figuras como los alimentos, la patria potestad, la guarda y custodia, la tutela, sólo por mencionar algunas.

Instituciones mediante las cuales se cumple lo referido en el artículo 4 constitucional, en lo que toca al cuidado de la infancia.

Sin embargo, no debemos dejar de mencionar que el Estado esta obligado a coadyuvar con el particular para que haya un mejor cuidado hacia los menores.

---

<sup>20</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *op. cit.*, p. 9

Sabemos bien que el tema de los derechos de los niños es muy amplio pero el estudio que hacemos aquí es sólo en lo que corresponde a la filiación, por lo cual no ahondaremos más en el tema.

De esta manera concluimos diciendo, de acuerdo a lo escrito en las líneas precedentes, el artículo 4º constitucional es el fundamento de la filiación y de otras instituciones del derecho de familia, que de ella se desprenden.

Así la filiación no sólo se regula dentro del derecho sustantivo civil, sino también a nivel constitucional.

## **1.2 Código Civil Federal**

El derecho civil en México tiene una amplia historia, la cual se remonta hasta el derecho romano, seguido por el derecho hispano, el derecho de la Nueva España, para finalmente culminar con el marco legislativo del México independiente.

Vistas sus raíces nuestro derecho es parte de la familia Romana jurídica canónica.

Aun cuando nuestro derecho civil tiene una amplia historia, nosotros comenzaremos diciendo que el código que hoy rige en nuestro país tuvo sus bases en el Código de Napoleón, del cual "...no puede decirse que sea una obra enteramente original, sino una sabia, ponderada coordinación del antiguo Derecho consuetudinario francés, los principios del Derecho romano y del Derecho revolucionario".<sup>21</sup>

Por lo que el derecho mexicano tiene una marcada tradición romana jurídica.

En este contexto el primer Código Civil en nuestro país fue el del Estado de Oaxaca de 1827, sin embargo en la mayoría de los trabajos encontramos que nuestra trayectoria codificadora es tomada a partir de de 1859 cuando, por

---

<sup>21</sup> GALINDO GARFIAS, IGNACIO, *Derecho civil, primer curso, parte general, personas, familia*, 20ª edición, México, Editorial Porrúa, 2000, p. 106.

encargo oficial, Justo Sierra empezó con la redacción de un Código Civil para el México independiente, dicho proyecto fue terminado en 1861, sin embargo, nunca entro en vigor.

Otra referencia que es importante mencionar son las leyes de reforma de 1856 y 1859, las cuales abordaban diversas materias entre las cuales estaba el derecho civil y familiar.

Pero no es sino hasta 1870 cuando entra en vigor el primer Código civil, el cual tuvo como base el proyecto redactado por Justo Sierra.

Posteriormente en el año de 1884 entra en vigor un nuevo Código Civil, y es durante la vigencia de este que surge la Ley sobre relaciones familiares de 1917.

Finalmente en el año de 1928 se promulga el actual Código Civil para entrar en vigor en 1932. Dicho código era aplicable, hasta hace poco, en el Distrito Federal y para toda la Republica en materia Federal.

Es así como a través del tiempo ha ido evolucionando el derecho civil y con él nuestro derecho familiar hasta llegar al estado que hoy guardan, sin embargo dicha evolución debe seguir en razón de las nuevas realidades, refiriéndonos en específico a las TRA.

En virtud de que el ordenamiento federal y local hoy en día se encuentra separado, nuestro estudio se centrara en lo que corresponde al nivel federal ya que es precisamente aquí donde encontramos las más grandes deficiencias respecto a los nuevos planteamientos de la ciencia y tecnología.

Hasta aquí hemos estudiado lo que corresponde a la materia sustantiva civil en lo que toca a la filiación, sin embargo es necesario estudiar lo que corresponde a la

existencia de ésta figura en relación a las TRA, inclinando nuestro estudio, como ya mencionamos, a nivel federal.

Así encontramos que la filiación originada por alguna de las diversas técnicas de reproducción asistida no se encuentra regulada a nivel federal, situación contraria a lo que sucede en el Código Civil para el Distrito Federal y en los códigos de algunos estados de la Republica.

En lo que toca al CCDF encontramos que en sus artículos 326 y 329, el legislador ya considera la posible utilización de las TRA, al establecer en dichos preceptos legales lo siguiente:

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

**Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos”.**<sup>22</sup>

“Artículo 329. Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; **pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge”.**<sup>23</sup>

Así implícitamente se reconoce que mediante el uso de las diversas TRA también surge la filiación.

---

<sup>22</sup> CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, *op. cit.*, p. 48.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 48.

Sin embargo, la regulación que de dicha situación se hace, resulta insuficiente para dar respuesta a las numerosas dificultades que surgen en torno a las TRA.

De esta manera creemos pertinente se legisle a nivel federal y local entorno a dicho tema.

Ahora analizando lo establecido en dicho código es preciso señalar que un elemento de gran trascendencia, para que haya filiación, es el consentimiento expreso que la pareja de la mujer debe dar para que se utilice determinada TRA.

“La finalidad de este requisito del consentimiento del marido es la de obligarle a que asuma de forma irrevocable la paternidad de la descendencia, incluso en el supuesto de que la fecundación de su esposa se hubiese logrado mediante el concurso de semen de donante, impidiendo con esta medida que en un futuro pudiera impugnar la filiación del hijo así nacido”.<sup>24</sup>

Así en el caso de que el consentimiento no existiere por parte de la pareja de la mujer, la relación filial con el menor simplemente no existe (En el siguiente apartado veremos algunas excepciones a la regla general).

Para el caso de que se trate de parejas sin un vínculo matrimonial, el consentimiento surtirá los mismos efectos que para el caso antes mencionado.

El consentimiento exteriorizado por parte de la mujer también es de gran trascendencia, toda vez que si prescinde de éste se estaría cometiendo un delito con lo cual entraríamos en materia penal.

La mujer debe ser informada sobre las técnicas y/o procedimientos médicos que le serán aplicados con motivo de la utilización de alguna de las TRA, así como de los

---

<sup>24</sup>SÁNCHEZ – CARO, JAVIER, *Reproducción humana asistida; Protocolo de consentimiento informado de la sociedad Española de fertilidad*, Madrid, Editorial Comares, 2002, p. 26.

efectos para su salud, de igual forma la mujer debe estar enterada de las consecuencias jurídicas que sus actos puedan generar.

El consentimiento puede ser revocado ya sea por parte de la mujer o del hombre, sin embargo dicha revocación debe ser hecha cuando aun no se ha culminado con la aplicación de alguna de las TRA.

De lo contrario ya no se estaría hablando de la suspensión de alguna de las TRA sino de aborto, ya que una vez concluida la utilización de una de las TRA es lógico pensar en la existencia de una vida en proceso de gestación.

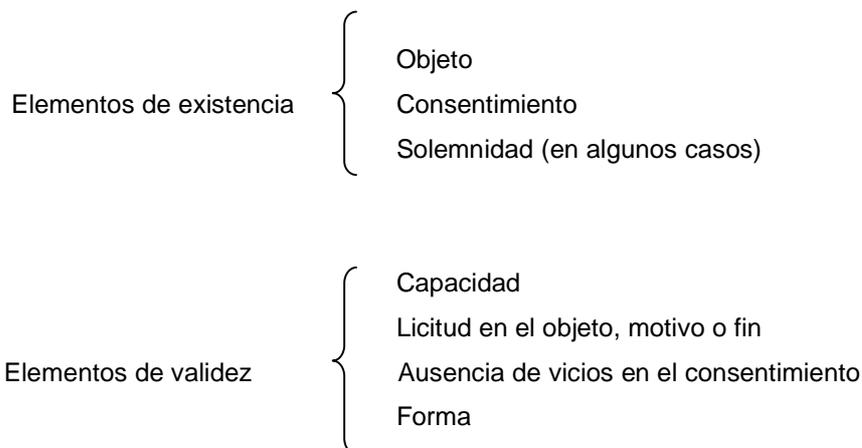
El consentimiento es un elemento de gran importancia dentro del tema de las TRA, sin embargo, debe ser un consentimiento jurídicamente y médicamente informado.

No obstante, en la mayoría de los casos el consentimiento informado se da en relación al aspecto médico pero no legal, de tal suerte que sería de gran importancia la especificación en la ley de la exigencia de un consentimiento jurídico informado, no dejando de lado lo que concierne a la materia médica.

Es imprescindible señalar que el consentimiento jurídicamente informado deberá expresarse de forma escrita, de tal manera que conste de una manera indubitable.

Por otra parte el consentimiento es un elemento clave para la existencia del contrato de prestación de servicios profesionales que tendrá el carácter de bilateral, oneroso y conmutativo.

Así entrando un poco en la teoría del contrato, encontramos que los elementos del contrato son los siguientes:



Los elementos de existencia son aquellos indispensables para que el contrato exista en el mundo del derecho.

Encontramos que el contrato que se celebrara entre el médico y la pareja, es el llamado de prestación de servicios profesionales, que deberá contar con el consentimiento de cada una de las partes.

Entiéndase por consentimiento acuerdo de voluntades entre las partes.

En relación al hombre deberá exigirse el consentimiento para efectos de que autorice el uso de su semen o bien el de un tercero y la mujer deberá expresar su voluntad en el sentido de que acepta la aplicación de alguna de las TRA, así como los beneficios y perjuicios que esto pudiera generar.

En cuanto al objeto del contrato este será el de la realización, por parte del médico, de algunas de las TRA, con la intención de lograr un embarazo exitoso y por ende un nacimiento.

Una vez constituida la existencia del contrato se deberán satisfacer los requisitos de validez arriba mencionados.

De esta forma, las partes deberán poseer la aptitud para ser titulares de derechos y obligaciones y de igual forma poseer la aptitud para ejercerlos, es decir, deben contar con capacidad de goce y de ejercicio.

En lo que toca a la licitud del objeto motivo o fin, se refiere a que el motivo que lleva a las partes a realizar el contrato, debe ser lícito en todo tiempo. Y el motivo que lleva a la celebración del contrato en comento es lograr el embarazo de la mujer y posteriormente el nacimiento del niño.

El consentimiento para que sea válido debe carecer de dolo, lesión error y violencia. Es decir el consentimiento debe ser expresado libremente sin que medie ningún tipo de vicios.

En cuanto a la forma, el contrato para ser válido debe constar por escrito, nunca podrá ser verbal.

Según lo dicho en líneas precedentes deducimos que el consentimiento es un elemento de mucha importancia, tanto para la relación médico-paciente como para la relación filial entre ascendientes y descendiente.

En líneas precedentes hemos tratado al consentimiento desde el punto de vista de la teoría del contrato, sin embargo no debemos perder de vista lo que se entiende por consentimiento, para efectos de responsabilidad médica.

Ya que “el consentimiento informado, es requisito indispensable para poder llevar a cabo cualquier práctica médica, terapéutica o quirúrgica, así como para una exploración o prueba de diagnóstico que lleve implícito el mínimo riesgo, ya sea físico o moral para el paciente. El término informado sustenta la obligación del médico de utilizar un lenguaje sencillo, claro y totalmente entendible para que el paciente pueda comprender la

naturaleza del procedimiento, así como sus objetivos, y de esta forma sopesar los riesgos y considerar las opciones que puedan existir”.<sup>25</sup>

Sin embargo, pese a la gran trascendencia que tiene el consentimiento informado para el área médica la ley no proporciona referencia alguna, salvo la que hace al reglamento para la investigación en su artículo 20, que dice:

“Se entiende por consentimiento informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o, en su caso su representante legal autoriza su participación en la investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgos a los que se someterá, con la capacidad libre de elección y sin coacción alguna”.<sup>26</sup>

Como podemos percatarnos dicha definición está dirigida a lo que hace a la investigación, y contra a lo que podría pensarse, ésta definición nos es de gran utilidad, ya que podemos rescatar algunos elementos aplicables al caso que aquí nos ocupa, tales como la forma, el conocimiento de los procedimientos y riesgos que existen, capacidad y ausencia de vicios de la voluntad.

No obstante, creemos que para efectos de la aplicación de las TRA el consentimiento deberá ser expresado directamente por el hombre y la mujer, es decir dichos sujetos deberán contar con capacidad de goce y de ejercicio, esto en razón de los alcances jurídicos que dicho consentimiento genera.

En los subsiguientes artículos (del 21 al 26) del Reglamento en materia de investigación se sigue tratando lo concerniente al consentimiento informado, donde hallamos algunos elementos que podríamos rescatar. Razón por la cual nos permitimos transcribirlos y analizarlos.

“Artículo 21. Para que haya consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal deberá recibir una explicación clara y

---

<sup>25</sup>CERVANTES MARTÍNEZ, JAIME DANIEL, *El derecho a la salud y el médico (legislación y jurisprudencia)*, México, Editorial Benhumea Sáenz –Grupo editorial Innova, 2005, p. 137.

<sup>26</sup> REGLAMENTO EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD, *op. cit.*, p. 7.

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 pueden obtenerse;
- 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 de 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".<sup>27</sup>

Encontramos que una de las cuestiones trascendentes es el derecho del paciente a que le sean explicados clara y detalladamente los procedimientos que se aplicarán en su cuerpo, así como los beneficios y perjuicios que genere su aplicación.

---

<sup>27</sup> *Ibíd.*, p. 8.

Es decir, el paciente tiene derecho a que el médico "...anticipadamente informe al paciente sobre los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento..."<sup>28</sup>

Otros aspectos que contempla el artículo referido son el respeto al derecho a la intimidad así como el derecho a la información del paciente,

Sin embargo, una situación que no sería factible aplicar en las TRA es el hecho de retirar el consentimiento en cualquier momento, ya que dicha revocación sólo podrá hacerse en etapas previas al embarazo de la mujer.

"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".<sup>29</sup>

En el caso de la forma requerida para expresar el consentimiento, coincidimos que debe ser por escrito y firmado por el paciente, sin embargo para el caso de las TRA, no vemos la necesidad de la existencia de los testigos, ya que de esta manera se estaría violando, de alguna manera, el derecho a la intimidad del

---

<sup>28</sup>CASTAÑO RESTREPO, MARÍA PATRICIA, *et al.*, *Contrato médico y consentimiento informado*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001, p. 69.

<sup>29</sup> REGLAMENTO EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD, *op. cit.*, p. 8

paciente, en el sentido que puede darse el caso que la pareja que va a hacer uso de las TRA no deseen dar a conocer a terceras personas, que el hijo que posiblemente conciban proviene del uso de alguna de las TRA.

Respecto a quién debe redactar el documento consideramos que este debe ser elaborado por el investigador principal y un asesor jurídico, y en caso del uso de TRA dicho documento debe ser elaborado por el médico encargado y un asesor legal.

“Artículo 23. En caso de investigaciones con riesgo mínimo, la Comisión de Ética, por razones justificadas, podrá autorizar que el consentimiento informado se obtenga sin formularse por escrito y, tratándose de investigaciones sin riesgo, podrá dispensar al investigador la obtención del consentimiento informado”.<sup>30</sup>

El precepto anterior resulta totalmente inoperante tratándose del uso de las TRA, toda vez que consideramos estrictamente necesario que el consentimiento sea expresado por escrito y de manera personalísima por el paciente interesado.

En caso de que el consentimiento se manifieste de manera verbal automáticamente carecerá de forma, por lo cual no será válido.

“Artículo 24. Si existiera algún tipo de dependencia, ascendencia o subordinación del sujeto de investigación hacia el investigador, que le impida otorgar libremente su consentimiento, éste debe ser obtenido por otro miembro del equipo de investigación completamente independiente de la relación investigador-sujeto.

Artículo 25. Cuando sea necesario determinar la capacidad mental de un individuo para otorgar su consentimiento, el investigador principal deberá evaluar su capacidad de entendimiento, razonamiento y lógica, de acuerdo a los parámetros aprobados por la Comisión de Ética.

Artículo 26. Cuando se presuma que la capacidad mental de un sujeto hubiere variado en el tiempo, el consentimiento informado de éste o, en su caso, de su representante legal, deberá ser avalado por un grupo de profesionales de reconocida capacidad científica y

---

<sup>30</sup> *Loc. Cit.*

moral en los campos específicos de la investigación, para asegurar la idoneidad del mecanismo de obtención del consentimiento, así como su validez durante el curso de la investigación”.<sup>31</sup>

Estos tres últimos artículos en su conjunto los consideramos de relevancia, ya que el consentimiento debe ser expresado siempre y cuando ambos miembros de la pareja o bien la mujer en solitario (cuando carece de pareja), cumplan con la capacidad de goce y de ejercicio.

Es interesante la cuestión que señala el artículo 26 de dicho reglamento y al igual que para los casos de investigación, creemos que cuando la capacidad mental del sujeto haya variado en el tiempo es necesario un examen para evaluar su estado.

Igualmente en el citado artículo, encontramos que para los casos en que se presume que el sujeto ha entrado en estado de incapacidad mental, la situación debe ser evaluada por un grupo de especialistas en esa área científica, es decir ellos serán los encargados de dilucidar si existe o no incapacidad, y en consecuencia también podrán determinar si el consentimiento es válido o no.

Tal situación nos parece parcialmente acertada ya que para determinar si una persona se encuentra en estado de incapacidad debe tomarse en cuenta los parámetros médicos pero también jurídicos. Y no sólo uno de ellos.

En ninguno de los anteriores artículos se hace referencia al consentimiento informado en el plano jurídico, mostrando de esta forma una gran deficiencia, del ordenamiento jurídico, respecto a esta circunstancia.

En base a lo anterior proponemos que para el caso de la aplicación de las diversas TRA se exija como elemento de existencia el consentimiento informado en su doble aspecto: jurídico y médico.

---

<sup>31</sup> REGLAMENTO EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

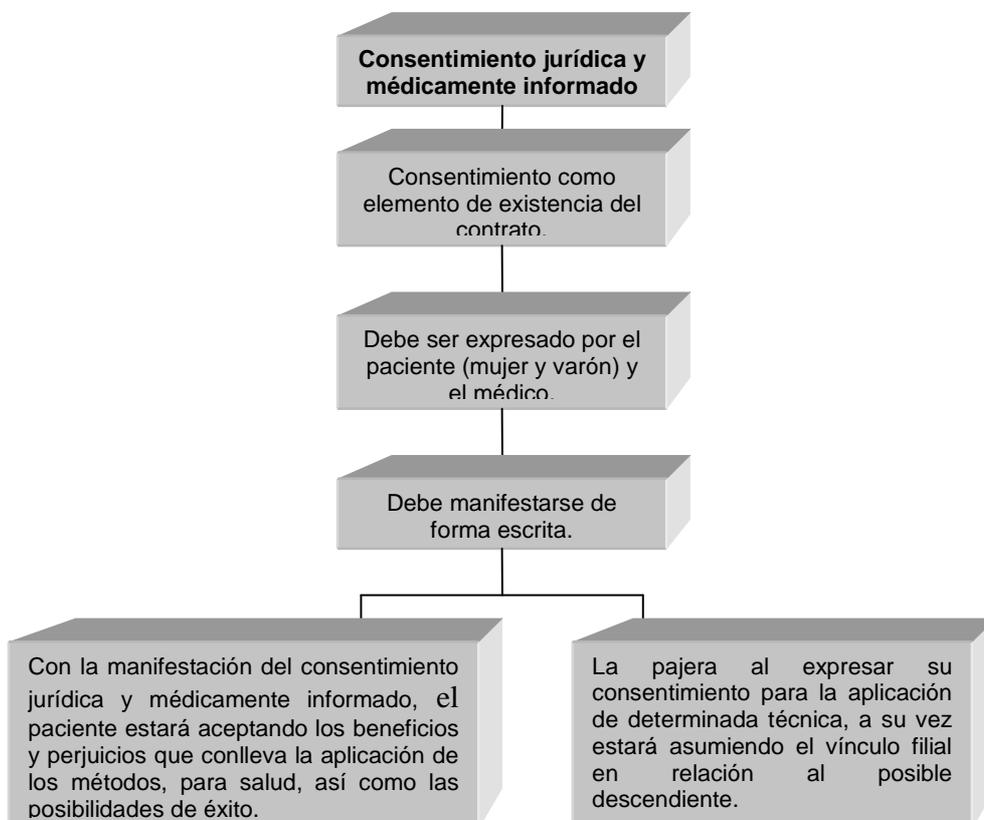
Dicho consentimiento deberá cumplir con los requisitos de validez exigibles para dicho acto jurídico.

Hasta aquí en cuanto al consentimiento como elemento de existencia del contrato de prestación de servicios profesionales, celebrado entre la pareja y el médico.

Sin embargo, debemos recalcar la doble función que tiene el consentimiento jurídica y médicamente informado, por un lado por como elemento de un contrato pero por otro como fuente de la filiación.

El hombre y la mujer que expresen su consentimiento informado serán los padres del niño, no importando si existe vínculo biológico o no con el varón.

Para finalizar con el desarrollo de éste apartado nos hemos permitido elaborar un cuadro, a modo de hacer didáctica nuestra explicación.



Así vemos que el consentimiento que se expresa es uno sólo pero surte efectos en dos sentidos, por un lado es solamente el elemento de existencia del contrato y por otro lado es el origen del vínculo filial.

### **1.3 Código Federal de Procedimientos Civiles**

El tema de la filiación en la mayoría de los trabajos es analizado desde el punto de vista del derecho sustantivo civil, sin embargo creemos que es de gran importancia el estudio de esta figura desde el punto de vista del derecho procesal.

Es decir, la mayor parte de la doctrina nos proporciona sólo una parte de lo que es la figura de la filiación y muy pocas veces nos ilustran sobre la manera de ejercer acciones como las de impugnación, reclamación de hijo matrimonial, impugnación de hijo extramatrimonial y la acción de investigación de la paternidad o maternidad.

En este orden de ideas, en el presente apartado desarrollaremos, de una manera sucinta, lo concerniente al proceso que se debe seguir para lograr ejercer dichas acciones.

El proceso familiar estará sujeto a lo establecido en el Código procesal civil de cada Estado, esto en atención a lo establecido en el Código Federal de Procedimientos Civiles en su artículo 24, fracción IV, donde señala que el tribunal competente para conocer de las controversias de acciones personales o del estado civil, será el del domicilio del demandado, es decir los jueces de los familiar de cada entidad federativa.

Antes de proseguir, resulta necesario hacer la distinción entre juicios especiales y controversias del orden familiar, esto en razón de que en la mayoría de las veces se confunde una con otra, o bien se cree que es una misma.

Los juicios especiales son aquellos que se siguen según lo establecido para el proceso civil ordinario, sólo que con algunas particularidades, según la materia del litigio, como es el caso de los juicios hipotecarios, mercantiles, de arrendamiento inmobiliario, jurisdicción voluntaria, sucesorios y por supuesto familiares.

Cada proceso especial tiene sus reglas particulares, las normas del proceso ordinario se aplican en todos ellos de manera supletoria.

Hasta aquí las cosas, podríamos pensar que todas las cuestiones relativas a la familia se resuelven de la misma manera, es decir, por vía de juicio especial en materia familiar.

No obstante, existen las llamadas controversias del orden familiar, las cuales tienen por objeto resolver situaciones familiares de forma rápida y urgente, como es el caso de las cuestiones relativas a los menores, a los alimentos y a la violencia familiar, tal y como lo señala el artículo 941, párrafo primero del CPCDF, que dice:

“El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros”.<sup>32</sup>

Sabemos, que la redacción del citado precepto es confusa, toda vez que establece la facultad del juez para intervenir de oficio en cualquier cuestión que afecte a la familia, por lo que se entiende que tanto en materia de sucesiones, divorcio, acciones de filiación, patria potestad, alimentos, violencia familiar y cualquier asunto relativo a la familia, el juez puede actuar de oficio y por tanto se trataría de una controversia.

---

<sup>32</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, México, ISEF, 2007, p. 168.

Lo que resulta totalmente erróneo, ya que el juez sólo tiene aquella facultad para los casos relativos a menores, alimentos y violencia familiar, las que se sujetaran a las reglas establecidas en el Título Decimosexto del CPCDF, De las Controversias de Orden Familiar, donde se señalan diversas particularidades que hacen de las controversia un proceso rápido, donde las etapas procesales se presenta casi de manera simultanea, ocasionando la difícil distinción entre una y otra.

Así, el procedimiento de una controversia familiar tendrá más particularidades que los juicios especiales del orden familiar, pero nunca podrá dejar de lado lo relativo al juicio ordinario civil, afirmación que se desprende del artículo 956 del CPCDF, que señala:

“En todo lo no previsto y en cuanto no se opongan a lo ordenado por el presente Capítulo, se aplicarán las reglas generales de este Código”.<sup>33</sup>

Lo que nos constriñe a la necesidad de estudiar lo relativo al juicio ordinario civil, ya que éste es la base de las controversias como de los juicios especiales.

En relación a lo dicho en párrafos precedentes, podemos decir que las acciones de filiación, como son la impugnación, la reclamación de estado de hijo y la investigación de la paternidad, son juicios especiales en materia familiar, por lo que deberán sujetarse a lo señalado por el CPCDF para el juicio ordinario civil.

Sin embargo, al tratarse de juicios especiales poseen elementos que son ajenos al proceso civil ordinario, como lo es que en materia familiar la rebeldía del demandado produce que la demanda se tenga contestada en sentido negativo, causando que la carga de la prueba sea para el actor.

Es menester decir, que cada uno de los juicios especiales del orden familiar tiene sus particularidades, por lo tanto no podemos elaborar un listado general, ya que

---

<sup>33</sup>*Ibidem*, p. 172.

dependiendo de la cuestión que trate la controversias las características serán diferentes.

Así las cosas, consideramos de gran importancia el estudio del juicio ordinario civil, toda vez que se constituye como el fundamento para el desarrollo de todo juicio especial y controversia de orden familiar.

El juicio ordinario civil consta de cuatro etapas que son:

1. Preprocesal: Es aquella que se lleva a cabo antes de iniciar un proceso, dentro de esta encontramos los medios preparatorios los cuales sirven para preparar el ejercicio de la acción o preconstituir ciertos medios de convicción (pruebas), por otra parte las medidas cautelares son aquellas que tienen por objeto la preservación de derechos, cosas o la seguridad de las personas cuya situación jurídica deba ser materia de un proceso.
2. Postulatoria: Etapa que inicia con la interposición de la demanda y termina con la fijación de la litis.
3. Probatoria: Etapa del proceso en la que las partes deben demostrar al tribunal los elementos constitutivos de sus pretensiones. Esta etapa se divide en 4 partes que son: Ofrecimiento, Admisión, Preparación y desahogo de las pruebas.
4. Preconclusiva: Es el período donde se formulan los alegatos.
5. Conclusiva: Es la fase en la cual se dicta la sentencia.

Como podemos percatarnos el proceso civil empieza con la interposición de la demanda, que es el ejercicio de la acción por parte del actor, definiéndose como:

“...el acto procesal por el cual una persona, que se constituye por el mismo en parte actora o demandante, inicia el ejercicio de la acción y formula su pretensión ante el órgano jurisdiccional”.<sup>34</sup>

La regla general dice que la demanda deberá ser formulada de manera escrita, sin embargo como excepción encontramos que en caso de tratarse de juicios del orden familiar, la demanda podrá formularse de manera verbal.

De esta manera vemos que las demandas tratándose de controversias de orden familiar, podrán formularse de manera escrita o verbal, esto en razón de que la familia de relevante valor para la sociedad.

Ahora según el artículo 255 del CPCDF la demanda debe cumplir con los siguientes requisitos:

**Proemio:** En esta parte de la estructura de la demanda se debe señalar el tribunal ante el que se promueve, nombre y domicilio del actor, nombre y domicilio del demandado, vía procesal, objeto u objetos que se reclamen con sus accesorios así como el valor de lo demandado.

**Hechos:** Los hechos que fundan las pretensiones deberán ser narrados de una manera precisa y clara, además el actor deberá señalar los documentos que tengan relación con cada hecho, en este mismo sentido se deberán señalar los nombres de las personas que hayan presenciado dichos acontecimientos, las cuales posteriormente podrán fungir como testigos.

**Derecho:** Es la parte de la demanda donde se señalan los fundamentos de derecho como lo son los preceptos de códigos, leyes, reglamentos, jurisprudencia, principios jurídicos, etc., que el actor considere aplicables.

---

<sup>34</sup> OVALLE FAVELA, JOSÉ, *Derecho Procesal Civil*, México, Oxford, 1999, p. 50.

Puntos petitorios: En este apartado el actor deberá expresar específica y concretamente las peticiones que hace al juzgador.

Satisfechos los anteriores requisitos el actor deberá ser muy cuidadoso al anexar los documentos que acompañarán a la demanda, que serán aquellos que funden la demanda, acrediten la personalidad, sustenten algún hecho o se trate de las copias fotostáticas tendientes a servir de traslado.

Interpuesta la demanda, esta será turnada a alguno de los juzgados que conozca de la materia, y el juez podrá dictar:

1. Auto de admisión lo cual significa que la demanda ha cumplido con todos los requisitos que la ley señala por lo cual el juzgador la ha considerado procedente;
2. Auto de prevención que se dictara cuando el juez considere que la demanda es oscura, irregular o no satisface todos los requisitos señalados por la ley. En este caso el actor deberá subsanar los defectos;
3. Auto de desechamiento el cual será dictado cuando la demanda contenga errores que sean totalmente insubsanables.

Admitida la demanda el expediente se deberá turnar para efectos de que se lleve a cabo el emplazamiento, entendiéndose por este el acto procesal por medio del cual el juez somete al demandado a su jurisdicción.

Dicho acto procesal deberá ser realizado por el Actuario adscrito al juzgado, el cual será el encargado de notificar al demandado que ha sido interpuesta una demanda en su contra, en ese mismo acto el actuario correrá traslado y le hará saber al demandado que cuenta con 9 días para la contestación de la demanda.

Posteriormente el Actuario elaborará una razón en la cual describa con detalle donde, con quién, cuando, a que hora, etc., realizó el emplazamiento.

Una vez hecha la notificación, el demandado podrá contestar o no la demanda interpuesta en su contra, provocando en este último caso la declaración de rebeldía, lo cual significa el juez tendrá como contestada en sentido afirmativo, es decir se tendrán como confesados los hechos descritos en la demanda.

En caso de tratarse de procesos del orden familiar, la rebeldía provocara que se tenga por contestada la demanda en sentido negativo, esto en atención a la importancia que tiene la familia para la sociedad.

Ahora bien en caso de que el demandado conteste la demanda, este podrá adoptar diversas posturas, tales como:

1. Allanamiento: Es el sometimiento que hace el demandado respecto de las pretensiones ejercita el actor en la demanda, puede ser total o parcial;
2. Confesión: Se reconoce que los hechos descritos por el actor son ciertos, no sucediendo lo mismo en lo que respecta a las pretensiones.
3. Reconocimiento: Se refiere a la aceptación que hace el demandado en lo que toca al derecho. Es decir reconoce el derecho de su contraria, no así sus pretensiones o los hechos.
4. Denuncia: Se hace la mención del interés que se tiene en que el juzgador prevenga a otra persona sobre la existencia del proceso, esto con la finalidad de que aquella tenga la oportunidad de defenderse;
5. Negación de los hechos: El demandado no acepta los hecho narrados en la demanda o bien se limita a mencionar que los desconoce por no ser propios;
6. Negación del derecho: Es la negativa del demandado ante el derecho que pretende hacer valer el actor;

7. Excepciones: Son el medio que tiene el demandado para oponerse a la acción o acciones que el actor pretende ejercitar. Dichas excepciones pueden ser sustanciales o de fondo;
8. Reconvención: Es la comúnmente llamada contrademanda, la cual deberá ser presentada simultáneamente con la contestación a la demanda. La reconvención no es otra cosa que la demanda presentada en contra del actor.

Una vez contestada la demanda el juez dictara auto, en el cual se establezca día y hora para llevar a cabo la audiencia previa de conciliación y excepciones, esto dentro de los 10 días siguientes a la contestación, es pertinente mencionar que a nivel Federal y en algunos Estados, no se encuentra contemplada en el ordenamiento adjetivo civil.

En dicha audiencia el conciliador será el encargado de tratar que las partes lleguen a un acuerdo sobre sus respectivas pretensiones. La conciliación puede ser parcial o total, en este último caso el proceso llegara a su fin.

Sin embargo, en la mayoría de los casos la audiencia de conciliación no cumple su objetivo y el proceso sigue, abriéndose así el periodo probatorio, el cual tendrá una duración de 10 días contados a partir del día siguiente en que surtan efecto las notificaciones a las partes, respecto del auto que ordena abrir el proceso a prueba, término que se podrá ampliar por la naturaleza de las pruebas se requiera más tiempo.

Resulta conveniente mencionar que las pruebas son "...los instrumentos con los que se pretende lograr el cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos en el proceso".<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 125.

El periodo probatorio				
Ofrecimiento de pruebas	Admisión de pruebas	Preparación de las pruebas	Recepción y desahogo de las pruebas	Valoración de las pruebas

Las pruebas que podrán desahogarse son:

1. La confesional;
2. La instrumental (documentos públicos y privados);
3. La pericial;
4. El reconocimiento o inspección judicial;
5. La testimonial;
6. Fotografías, copias fotostáticas y demás;
7. La presunción legal y humana, y
8. Así como todos los medios que puedan convencer al juez.

Respecto al tema de las pruebas, vale la pena hacer mención que para el caso de los juicios de paternidad es relevante lo que a la prueba genética se refiere, prueba que comúnmente se ofrece con el objeto de descartar o tener la certeza de la paternidad (o maternidad) de un individuo, por lo cual algunos doctrinarios opinan que los problemas de la filiación realmente pertenecen al derecho probatorio.

Dicho medio probatorio ha sido un punto de constantes debates, esto a cerca de la licitud o ilicitud de la misma, en lo que toca al derecho a la intimidad y a la integridad corporal del individuo sometido a esta prueba.

Sin embargo, estos estigmas han quedado superados, en su mayoría, esto en razón de la reforma del 2000 al CCDF, dando como resultado que la prueba de ADN sea considerada como uno de los medios probatorios, por excelencia, para demostrar la filiación.

Así encontramos que el artículo 382 del CCDF, a la letra señala:

“La paternidad y la 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”.<sup>36</sup>

Un aspecto digno de resaltar es que en caso de negarse el presunto progenitor a la práctica de la prueba genética, éste será declarado como el padre. Vínculo que prevalecerá, mientras no haya una prueba que desvirtúe tal presunción.

Circunstancia que tiene un doble objetivo, por un lado se busca el aseguramiento de una filiación, respecto al presunto hijo, mientras se resuelve el litigio, y por otro, si dicho vínculo no es el correcto, se busca la conminación y hasta cierto punto, se impone la obligación de someterse a esa prueba genética, para demostrar la inexistencia de la relación hijo – padre o madre, y de esta forma terminar con la presunción de paternidad proveniente de la negación.

Por otro lado, encontramos que el artículo transcrito con antelación, no es el único precepto que hace referencia a dicha prueba, ya que en el año de 1998 el Segundo Tribunal Colegiado en materia Civil del Segundo circuito, emitió la siguiente tesis:

**PERICIAL EN GENÉTICA. ES LA PRUEBA IDÓNEA PARA DEMOSTRAR CIENTÍFICA Y BIOLÓGICAMENTE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN**

Quando se reclame el reconocimiento de la paternidad de un menor, así como sus consecuencias inherentes, la pericial en materia de genética es la prueba idónea para demostrarla, previo análisis de las muestras de sangre correspondientes, con el propósito de esclarecer jurídicamente el problema planteado, máxime si fue previa y debidamente admitida. Consecuentemente, si la madre no compareció con el menor al desahogo de dicha probanza, el juzgador debió ordenar el correcto desahogo del medio probatorio ofrecido, dictándose las medidas de apremio pertinentes para hacer cumplir sus determinaciones, y al no haber actuado así, su comportamiento constituye una violación

---

<sup>36</sup> CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, *op. cit.*, p. 53.

al procedimiento que dejó en estado de indefensión al oferente de la prueba, pues una vez desahogada debidamente permitirá al Juez decidir justamente, al contar con los elementos esenciales y convincentes indispensables para dirimir la litis planteada, ya que la pericial es la prueba científica y biológicamente idónea para tener o no por cierta y corroborada la filiación, esto es, la paternidad.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.  
Amparo directo 1335/97. Carlos Alberto Ávila Gil. 27 de mayo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretario: José Valdez Villegas.<sup>37</sup>

Manifestando claramente que la prueba idónea para demostrar el vínculo filial es la prueba genética, colocándola como la prueba por excelencia, esto en razón a que ofrece una certeza superior a la del 95%.

Y aún cuando el panorama parece demasiado claro y sin problema, en el año 2002 surgió una contradicción de tesis, respecto de la cual la SCJN se manifestó en el sentido de considerar que la prueba genética produce efectos de imposible reparación, es decir, al llevarse a cabo la prueba en comento, se ponen en evidencia diversas situaciones que no tiene nada que ver con el proceso, lo cual causa un acto irreparable para el varón que se somete a ésta prueba.

No obstante lo anterior, nos manifestamos a favor de la prueba genética, toda vez que el interés superior del infante, consagrado en la constitución e instrumentos internacionales, en el sentido que todo niño tiene derecho a tener una familia y a conocer su origen, es de mayor peso, que el derecho a la intimidad del supuesto padre.

Dicho que sustentamos en el texto de la tesis que dice:

PERICIAL EN GENÉTICA. SU DESAHOGO ES PREPONDERANTE EN UN JUICIO DE DESCONOCIMIENTO O RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD, CON INDEPENDENCIA DEL DERECHO A LA PRIVACÍA O INTIMIDAD.

---

<sup>37</sup> PERICIAL EN GENÉTICA. ES LA PRUEBA IDÓNEA PARA DEMOSTRAR CIENTÍFICA Y BIOLÓGICAMENTE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN, Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del segundo circuito, Semanario Judicial, de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, Julio, 1998, p. 381.

Tratándose de la investigación de la paternidad legal para esclarecer lo planteado en un asunto de desconocimiento o reconocimiento de paternidad, debe prevalecer esa prerrogativa en orden con la de intimidad o privacidad, en razón a que en un conflicto de esa naturaleza sustantiva, el conocimiento o averiguación dirigida a saber quién es el progenitor deviene predominante al derivar del supremo derecho del menor a obtener, entre otros, su identidad y filiación, alimentos, casa, educación, vestido, atención médica, etcétera, así como la obligación común de ambos padres de proporcionar los medios económicos y condiciones de vida necesarios para el pleno y armonioso desarrollo intelectual y físico de un menor. Además, si bien es exacto que la protección a la intimidad se puede afectar con el desahogo de la prueba pericial en genética, que es la idónea para demostrar científica y biológicamente la relación paterno filial, e implica la práctica de estudios químicos y exámenes de laboratorio traducidos en la toma de muestras de tejidos sanguíneos u orgánicos que podrían poner al descubierto otras características genéticas, como diversos aspectos patológicos o de conducta que nada tengan que ver con la paternidad que se busca dilucidar, no menos verídico resulta que para preservar tal derecho a la intimidad el desahogo de dicha probanza se debe limitar mediante niveles de control y acceso a esa información confidencial, esto es, que el juzgador ha de velar porque en la práctica dicha pericial se lleve a cabo con las medidas de discreción, de reserva y sanitarias para salvaguardar el estado de salud de los progenitores y del propio menor. Incluso es patente que la información que se obtenga de dicho procedimiento científico será concreta y objetiva, sólo para resolver la cuestión controvertida. De consiguiente, en tales casos indiscutiblemente deviene preponderante el derecho de investigación sobre la identidad de la paternidad en el juicio de desconocimiento o reconocimiento de la misma, en relación con la filiación en cuanto al progenitor, frente a una invasión a la intimidad o privacidad individual.

#### SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 176/2005. 6 de septiembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Norma Ordóñez Jiménez.<sup>38</sup>

Tesis que viene a sustentar nuestra postura respecto a la prueba genética, esto en el sentido que resalta la importancia del interés superior del infante, al señalar que es un interés supremo, y aun cuando se reconocen los posibles riesgos para el supuesto padre (daño al derecho a la intimidad), esto no es limitante para dejar de efectuar dicho medio de prueba.

Vale la pena subrayar las recomendaciones que emite la anterior tesis en el sentido que la prueba de ADN, debe ser cuidadosamente realizada y con límites bien definidos, ya que se corre el riesgo de evidenciar situaciones que no corresponde a la prueba genética, y de esta forma cometer una grave violación.

---

<sup>38</sup> PERICIAL EN GENÉTICA. SU DESAHOGO ES PREPONDERANTEMENTE EN UN JUICIO DE DESCONOCIMIENTO O RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD, CON INDEPENDENCIA DEL DERECHO A LA PRIVACÍA O INTIMIDAD, Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del segundo circuito, Semanario Judicial, de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, Noviembre, 2005, p. 911.

Otro de los aspectos que resulta importante mencionar es la facultad que tiene el juez de lo familiar para ordenar medidas de apremio en caso de que el varón se niegue a practicarse la prueba genética, incluso se podrá hacer uso de la fuerza pública para llevar al presunto padre hasta el lugar donde se deberá practicar dicha prueba, pero no así para obtener la muestra correspondiente. Lo anterior según la tesis jurisprudencial que dice:

**MEDIDAS DE APREMIO. ALCANCE DEL USO DE LA FUERZA PÚBLICA TRATÁNDOSE DE JUICIOS DE PATERNIDAD EN LOS QUE SE OFRECE LA PRUEBA EN GENÉTICA MOLECULAR (ADN).**

Esta Primera Sala ha establecido que tratándose de los juicios de paternidad en los que se ofrece la prueba en genética molecular (ADN), es constitucional que el Juez haga uso de las medidas de apremio previstas en la ley para lograr que el demandado se someta a dicha prueba. Asimismo, se determinó que si a pesar de la imposición de dichas medidas de apremio no se logra vencer la negativa del demandado para realizarse la prueba, la consecuencia de esa conducta será que opere la presunción de la filiación, salvo prueba en contrario. Ahora bien, dentro de las medidas de apremio establecidas por la ley se encuentra el uso de la fuerza pública, pero esta medida debe utilizarse sólo para presentar al demandado al lugar donde deba tomarse la muestra genética, pero de ninguna manera para que con esta medida se obtenga dicha muestra, pues de considerar que con tal providencia se pudiera forzar al presunto padre para obtener la mencionada muestra, ninguna razón de ser tendría haber establecido que en caso de que persistiera la negativa para realizarse esa prueba, se tendrían por presuntamente probados los hechos que se pretendían acreditar.

Contradicción de tesis 154/2005-PS. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. 18 de octubre de 2006. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Fernando A. Casasola Mendoza.<sup>39</sup>

En este contexto la prueba de ADN poco a poco se ha ido transformando en el medio más certero para demostrar el vínculo biológico, sin embargo no debe tomarse como prueba absoluta dentro del proceso, esto en razón a la obligación que tiene el juzgador de valorar en conjunto todas las pruebas que se le hayan allegado.

---

<sup>39</sup> MEDIDAS DE APREMIO. ALCANCE DEL USO DE LA FUERZA PÚBLICA TRATÁNDOSE DE JUICIOS DE PATERNIDAD EN LOS QUE SE OFRECE LA PRUEBA EN GENÉTICA MOLECULAR (ADN), primera sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, Marzo, 2007, p. 149.

Es decir "...lo idóneo en la valoración de la prueba, es que el material probatorio sea analizado críticamente en su conjunto, para llegar a la certeza sobre los hechos discutidos."<sup>40</sup>

Al respecto Michele Taruffo dice:

"Es cierto que el juez está obligado a valorar todas las pruebas, pero parece difícil imaginar que el valor probatorio del test genético pueda ser superado por pruebas ordinarias tales como declaraciones testimoniales, presunciones o documentos".<sup>41</sup>

No obstante, la prueba del ADN debe ser valorada conjuntamente con los otros medios de convicción, ya que de lo contrario se convertiría en verdad absoluta, provocando la innecesaria intervención de los órganos judiciales y de todo un proceso.

Ahora siguiendo con lo relativo al desarrollo de la fase probatoria en el juicio ordinario civil, diremos que una vez ofrecidas las pruebas, se procederá a la realización de la audiencia de desahogo de pruebas y alegatos, que se llevará a cabo dentro de los 30 días siguientes a la admisión de las pruebas.

Dicha audiencia se desarrollará de forma oral, esto en relación al desahogo de las pruebas y a la expresión de los alegatos que son una serie de argumentos que ambas partes formulan, con el objeto de convencer al juez de que tienen la razón y al mismo tratan de desvirtuar las pretensiones planteadas por el contrario. Es decir, el principal objeto de los alegatos es lograr convencer al juez de que se tiene la razón de tal forma que la sentencia debe ser dictada a su favor.

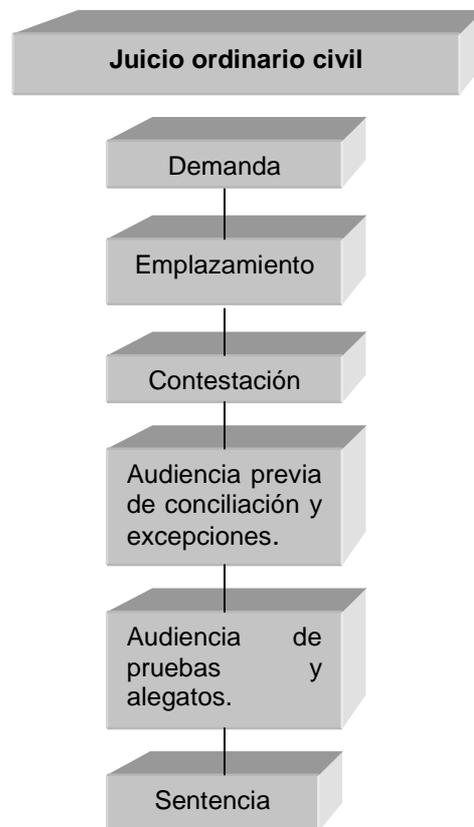
---

<sup>40</sup> LÓPEZ FAUGIER, IRENE, *op. cit.*, p. 500.

<sup>41</sup> TARUFFO, MICHELE, "La prueba científica en el proceso civil", en Carbonell, Miguel *et. al.* (coord.), *Estudios sobre la prueba, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, 2006, p. 155.

Presentados los alegatos, el juez dictará sentencia y mandará notificar por medio del Boletín Judicial, dentro de los 15 días contados a partir de que se haga la citación para sentencia, cuando se trate de sentencia definitiva.

Tratándose de sentencias interlocutorias el juez deberá dictar sentencia y mandar notificar en el Boletín Judicial, dentro de los 8 días contados a partir de que mando a citar.



#### 1.4 Legislación Sanitaria

Antes de comenzar con nuestra disertación en materia de salud, es conveniente resaltar que al hacer alusión a esta materia es referirnos al contexto del derecho administrativo, esto a causa de que el área de conocimiento de esta rama del derecho es la regulación de "...la acción administrativa del estado, la estructura de los

entes del poder ejecutivo y sus relaciones”.<sup>42</sup> Y el Estado para proteger el derecho a la salud de los ciudadanos, hace uso de su función administrativa rigiendo a los organismos de salud, tendientes a velar por la salud.

Ahora bien, podría pensarse que dentro de la Ley de Salud no existe referencia alguna a la filiación, y aunque esto es parcialmente cierto, debemos recordar que las TRA son un medio para la creación de vínculo filial entre los padres y el hijo.

Así encontramos que en la Ley General de Salud sólo existe un artículo que hace referencia expresa a la IA, dicho precepto es el Artículo 466, que a la letra dice:

“Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.”<sup>43</sup>

Mediante la lectura del citado artículo podemos observar que el ordenamiento en materia sanitaria resulta ser muy limitativo, esto en virtud que sólo hace referencia a la inseminación artificial haciendo a un lado a las restantes TRA, tales como la fecundación in vitro y la clonación.

Por otro lado, consideramos acertada la integración de esta conducta ilícita en la ley general de salud, ya que como hemos visto en apartados anteriores la existencia del consentimiento es primordial para la práctica de cualquiera de los TRA, sin el cual se estaría violentando la voluntad de una persona, provocando así la consecución de un delito, no obstante consideramos que sería suficiente imponer pena ejemplar en el Código Penal respectivo.

---

<sup>42</sup> MARTÍNEZ MORALES, RAFAEL I, *Derecho administrativo, 1er y 2do cursos*, México, Oxford, 2000, p. 8.

<sup>43</sup> LEY GENERAL DE SALUD, Agenda de Salud 2007, México, ISEF, 2007, p. 134.

Otro de los aspectos que deben destacarse es el hecho que se establece que la mujer casada necesariamente necesita el consentimiento de su cónyuge, esto en razón de que el varón debe autorizar se disponga de su material genético o bien el de un dador, no en el sentido que autorice que se disponga del cuerpo de la mujer para llevar a cabo la IA, ya que tal consentimiento sólo puede ser otorgado por la mujer.

Según lo anterior podemos percatarnos, una vez más, que el consentimiento es un elemento muy importante para la aplicación de la IA, sin la existencia de este, la conducta toma el carácter de ilegal.

Respecto a la aplicación de la pena en caso de ilícito, la Ley General de Salud, menciona en su artículo 471 que:

“Las penas previstas en este Capítulo se aplicarán independientemente de las que correspondan por la Comisión de cualquier otro delito.”<sup>44</sup>

Con lo cual entendemos que la pena señalada en la citada ley es independiente de la que establece el Código penal para el Distrito Federal o bien la que pudiera establecer el CPF.

Y pese a que la LGS hace mención a la IA, esto de ninguna manera es suficiente ya que se requiere de un marco jurídico mucho más amplio que abarque las diversas aristas del problema.

Las TRA no se reducen a la IA sino también se debe regular lo concerniente a la fecundación in vitro y a la clonación, toda vez que aun cuando sólo la primera está permitida se debe regular la prohibición de la segunda, ya que de lo contrario se estaría a lo dicho por aquel axioma jurídico que dice: *Lo que no está prohibido está permitido.*

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 135.

Hasta la fecha, nuestro ordenamiento jurídico Federal, no prohíbe la clonación o cualquier tipo de manipulación genética que tenga como objetivo la modificación de la esencia del ser humano, lo cual resulta ser situación muy grave, que puede llegar a provocar grandes violaciones a los derechos fundamentales del ser humano.

Cabe mencionar que en los países que esta regulada la clonación, está se encuentra totalmente prohibida, cuando tenga por objeto clonar a un ser humano, no así para el caso de la llamada clonación terapéutica.

### **1.5 Código Penal Federal**

Dentro del ordenamiento Penal Federal, en el título decimosexto, delitos contra el estado civil y bigamia, localizamos dos preceptos que están dirigidos a la protección de la filiación, los cuales a la letra dicen:

“Artículo 277.- Se impondrán 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:

- I. Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre;
- II. Hacer registrar en las oficinas del estado civil un nacimiento no verificado;
- III. 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;
- IV. A los que sustituyan a un niño por otro, o cometan ocultación de infante; y
- V. Al que usurpe el estado civil de otro con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden.

Artículo 278.- El que cometa alguno de los delitos expresados en el artículo anterior, perderá el derecho de heredar que tuviere respecto de las personas a quienes por la comisión del delito perjudique en sus derechos de familia".<sup>45</sup>

De esta manera, el derecho penal protege el estado civil y en especial la figura de la filiación, reflejándose una vez más la importancia de dicha figura.

Como podemos percatarnos el artículo 277 enuncia varios supuestos, que de actualizarse se estará llevando acabo la consecución de un delito y provocando un sin número de perjuicios respecto de la persona sujeto del ilícito, como por ejemplo: el desconocimiento de su origen, la falta del un vínculo filial, la ausencia de un deudor alimentario, una errónea identidad, etc.

En lo que concierne específicamente a las fracciones I y III, sería conveniente redefinir que se entiende por madre y padre, ya que en la actualidad estos términos se encuentran en gran medida trastocados.

Esto en virtud de que para efectos de nuestro derecho, padre y madre son aquellos que tienen un vínculo biológico con el hijo, situación que no siempre se presenta en el supuesto del uso de las TRA (Esto para el caso de las técnicas donde se haga uso de las células germinales de donador o donadora).

Respecto al artículo 278, consideramos que la pena que ahí se establece es un tanto irrisoria, toda vez que el daño que se causa es profundo, al trastocar el estado civil de la persona, provocando con esto una afectación en diversos ámbitos de la vida del ser humano, y tal vez hasta la inexistencia del mismo.

De este modo, nos parece que la perdida del derecho a heredar es una pena por demás injusta e irrisoria, en contraposición al daño que causa la comisión del delito.

---

<sup>45</sup> CÓDIGO PENAL FEDERAL, <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/1.htm?s=>, 18/julio/07.

No sucede lo mismo en el caso de lo establecido en el CPDF en el cual la pena es más afín al daño causado, señalando lo siguiente:

“Artículo 203. Se impondrá de uno a seis años de prisión y de cien a mil días multa, al que con el fin de alterar el estado civil incurra en alguna de las conductas siguientes...”<sup>46</sup>

En lo que corresponde a las TRA (evidentes generadoras del vínculo filial), encontramos que es nulo el contenido al respecto, en el CPF, sin embargo esto no sucede en el ordenamiento Penal del Distrito Federal, el cual en su Título Segundo, Capítulo I y II, hace referencia a la procreación asistida, Inseminación artificial y manipulación genética.

Y aun cuando se trata de un capítulo integrado por varios artículos, sólo nos constreñiremos al estudio de lo concerniente a la inseminación artificial, es decir al artículo 150 del CPDF que dice:

“A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrá de tres a siete años de prisión.

Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión”.<sup>47</sup>

Como podemos percatarnos la importancia del consentimiento se reafirma y toma el carácter de indispensable, de tal modo no habrá delito siempre y cuando exista consentimiento, sin embargo este puede ser nulo, en virtud de la falta de alguno de los elementos de existencia o de validez, y siendo el caso habrá un ilícito que perseguir.

---

<sup>46</sup> CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL,  
<http://info4.juridicas.unam.mx/adproius/leg/10/208/215.htm?s=>, 18/julio/07

<sup>47</sup> *Ibíd.*

En este sentido "...no habrá consentimiento si la inseminación artificial se lleva a cabo en una menor o en una mujer adulta incapaz, pero no sólo en términos de incapacidad legal, sino que sea incompetente para comprender el significado del hecho, porque no tenga la información, la cultura ni la inteligencia necesaria para entender en qué consiste una inseminación, y cuáles son sus consecuencias, o para resistirla".<sup>48</sup>

Lo anterior se traduce en la necesidad de que el consentimiento tenga el carácter de informado en su doble aspecto, tanto jurídico como médico, de lo contrario no podría existir un consentimiento genuino.

Es necesario apuntar que sólo existirá consentimiento informado cuando a la paciente y a su cónyuge o pareja estable se les haya descrito claramente los riesgos y beneficios para la salud que con lleva la aplicación de alguna de las TRA, así como también las probabilidades de éxito. Lo anterior complementándolo una explicación sobre las consecuencias que en el área del derecho se generan, este aspecto lo consideramos de gran trascendencia, toda vez que en la mayoría de los casos se cree que el consentimiento informado sólo versa sobre el aspecto médico, situación por demás errónea.

Tratándose de estos preceptos legales "No es tan fácil determinar cuál es el bien jurídico tutelado en los delitos de procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética, pues en ocasiones puede confundirse con el objeto material. Es debatible considerar que son las células germinales el bien jurídico a proteger. Tampoco es correcto pensar que es la dignidad humana en torno a un futuro ser humano no nacido. Lo es la decisión de la persona, que el derecho penal debe salvaguardar".<sup>49</sup>

Dicha decisión se traduce en el consentimiento informado, en su doble aspecto. Pero esto no significa que dichos preceptos sólo tengan por objeto la protección del consentimiento, también se encuentran encaminado a tutelar la integridad de

---

<sup>48</sup> BRENA SESMA, INGRID, "Consideraciones generales de la procreación asistida, Inseminación artificial y manipulación genética en el código penal para el Distrito Federal", en GARCÍA, RAMÍREZ, SERGIO (Coord.), *Temas de derecho penal, seguridad pública y criminalística, cuartas jornadas sobre justicia penal*, IJ-UNAM, México, 2005, p. 6.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 29.

la mujer, los derechos reproductivos de aquella y del varón, y de una forma indirecta los derechos del niño a tener un padre y una madre.

Además el delito será calificado cuando se cometa con violencia.

Según lo escrito en las líneas precedentes podemos que el artículo 150 del CPDF, tiene el carácter de limitativo, debido a que no abarca cuestiones importantes como: El consentimiento del cónyuge o pareja estable de la mujer, la IA post mortem, la donación de células germinales y la maternidad subrogada.

Propiciando una vez más que el derecho mexicano deje abierto el camino para la consecución de diversos ilícitos, provocando la vulneración de un sin fin de derechos humanos además de la dignidad humana, dejando en total impunidad a los sujetos activos del delito.

Y aun cuando ciertas conductas, todavía no son comúnmente recurridas en nuestro país, no estaría de más legislar sobre dichos temas, aun cuando se dice que no tendría objeto el legislar sobre conductas que todavía no son factibles de realizar, sin embargo Romeo Casabona<sup>50</sup> señala que no está de acuerdo con este planteamiento, ya que el objeto sería anunciar a los posibles autores que su conducta es punible.

Es decir, debemos formar el carácter previsor de nuestro derecho, para evitar el rezago tan grande que tenemos en materias relativamente nuevas, esto con el objeto de evitar conductas violatorias de la dignidad y los derechos humanos, e impedir la actualización del precepto de derecho que reza: *sine legem sine pena* (sin ley no hay pena).

---

<sup>50</sup>CASABONA, ROMEO, Seminario Internacional sobre Legislación en materia de Genoma Humano en América Latina y el Caribe, 17 y 18 de noviembre de 2005.

Es innegable la importancia de un derecho previsor, en temas tan delicados como el que aquí nos ocupa.

## **2. LEGISLACIÓN EXTRANJERA**

Alrededor del mundo existen diversas familias jurídicas dentro de las cuales se encuentran los diversos sistemas jurídicos.

Cada país adopto el sistema que más se adecuó a sus costumbres o bien el que les fue impuesto en razón de su historia. Tal es el caso de varios países, entre ellos, el nuestro.

Existen 4 familias jurídicas que son:

1. Familia Romano – Germánico;
2. Familia del Common Law;
3. Familia de los derechos socialistas;
4. Sistemas filosóficos o religiosos.

De las cuales sólo nos referiremos a las dos primeras, dado que dentro de este apartado sólo abordaremos el marco legislativo de países pertenecientes a dichas familias. Con lo cual no les restamos importancia a las familias jurídicas restantes.

Así las cosas encontramos que:

“La familia Romano – Germánico tuvo su cuna en Europa y fue constituyéndose gracias al esfuerzo de sus Universidades, las cuales elaboraron y desarrollaron, a partir del siglo XII, sobre la base de las compilaciones justinianas, una ciencia común y adaptada a las necesidades del mundo moderno. El adjetivo romano – germánico se ha elegido para

rendir homenaje al común esfuerzo desplegado a la vez por las Universidades latinas y germánicas”.<sup>51</sup>

Mientras que la familia del *Common law*, no tiene una tradición tan basta y antigua, sus orígenes los hallamos en el poder real, esto en razón de que la principal evolución de dicho sistema jurídico surgió a raíz de la necesidad para encontrar soluciones a los problemas del reino inglés, en otras palabras, el origen de su derecho es el rey.

Pero no es su origen la característica distintiva entre una familia y otra, lo es el gran número de diferencias de mayor relevancia, como lo son las que se reflejan en el siguiente cuadro:

<b>ROMANO – GERMANICO</b>	<b>COMMON LAW</b>
Tiene sus bases en el Derecho Romano.	Tiene sus bases en la antigua Europa, en específico en la Edad Media inglesa.
Surge a raíz del estudio de dicho derecho en la universidad de Bolonia.	Su origen lo tiene en el choque entre la ley del rey y las costumbres.
Es elaborado por los legisladores.	Es un Derecho desarrollado por la interpretación judicial, en las experiencias previas. Hecho por los jueces
Es un derecho escrito sistematizado, pues busca la perfección.	Es un derecho de precedentes, es decir no codificado.
La norma es abstracta.	La norma no es abstracta porque va dirigida a casos concretos.
	La oralidad es una característica predominante dentro de esta familia.
El derecho civil es el centro de esta familia.	

<sup>51</sup> RENÉ DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, (derecho comparado), tr. Pedro Bravo Gala, España, Editorial Aguilar, 1968, p. 15.

Visto lo anterior vemos que entre las dos familias existen grandes diferencias, lo cual no influye en el objetivo que ambas pretenden alcanzar, la justicia.

Dentro de la familia romana - germánico encontramos a países como: Francia, España, Japón, y México (por mencionar a algunos).

Mientras que naciones como Estados Unidos e Inglaterra son las naciones características de la familia del *Common Law*.

A pesar de poseer el mismo sistema jurídico, cada país ha ido evolucionando según su contexto histórico, político, social y económico; propiciando el adelanto o rezago de sus instituciones en sus respectivos marcos jurídicos.

En el caso de nuestro país, los factores arriba mencionados, han provocado que nuestro marco legislativo no sea precisamente de los más actuales y novedosos, y mucho menos en temas tan complicados como la reproducción asistida.

Por lo que resulta necesario recurrir al estudio de algunos de los países más evolucionados en estas materias, caso concreto de España, Inglaterra y Francia. Países que cuentan con un marco legislativo, sino perfecto, si mucho más evolucionado del que existe en México.

Las razones por las que elegimos estos países fue el hecho de que el estudio de cada una de ellas nos proporcionará una visión integral de la situación que guarda el tema que abordamos, toda vez que se trata de países pertenecientes a la familia del *Common Law* así como a la familia Romano – Germánico, esta última, dentro de la cual se ubica el sistema jurídico mexicano.

Estudio que nos llevará a retomar elementos que podrían ser útiles para la integración de nuestro marco jurídico, esto siempre y cuando sea de acorde a la realidad que existe en nuestro país.

También consideramos de gran relevancia el estudio del marco internacional para poseer una visión real de lo que está pasando en el mundo entorno a estos problemas que por el uso de la ciencia y tecnología se están generando y que en cierto momento pueden llegar a dañar gravemente a la humanidad.

Es por eso que temas como este merecen un estudio minucioso, no sólo a nivel nacional sino internacional.

Dicho lo anterior nuestro estudio sólo abordará lo concerniente a la IA, eso en razón a que el objeto de nuestro trabajo es el análisis exclusivo de esa TRA.

## **2.1 España**

Como ya lo hemos mencionado España es una de los países con experiencia sobre estos temas, motivo por el cual hemos decidido hacer un breve resumen de los aspectos más importantes respecto a la filiación e IA.

En este sentido encontramos que para aplicar alguna de las TRA es necesario en primera instancia el consentimiento informado por parte de la mujer y de su pareja, así como también por parte de los donantes, si es que se tratare de Inseminación Artificial Heteróloga.<sup>52</sup>

La ley Española establece que la información y el asesoramiento deberán ser tanto en el aspecto biológico, jurídico, ético, como económico. Y estarán dirigidos para la mujer y su pareja así como para los donadores.

El consentimiento informado deberá revestir la forma escrita, esto mediante un formulario.

---

<sup>52</sup> Ya hemos dicho que el vocablo “heteróloga” es erróneo, sin embargo lo utilizaremos en este apartado porque la legislación del país así la refiere.

En lo que hace a la receptora, esta deberá ser mayor de dieciocho años, quién deberá expresar su consentimiento de manera escrita, libre, consiente y expresa. Su estado civil no importa ni tampoco sus preferencias sexuales, sin embargo en caso de que se encuentre casada se requerirá obligatoriamente el consentimiento del cónyuge, voluntad que deberá ser: libre, consiente y formal.

El cónyuge o pareja estable podrá retirar su consentimiento siempre y cuando no se haya llevado a cabo la inseminación.

En lo que toca al consentimiento que expresa el donante, este será revocable siempre y cuando los gametos estén disponibles y los precise para él.

Respecto al consentimiento de la mujer la ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana señala en su artículo 3.5:

“La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria...”<sup>53</sup>

Dicho lo anterior podemos percatarnos que existe una laguna jurídica a cerca de la suspensión del consentimiento de una mujer que se encuentra sometida a IA, ya que la transferencia embrionaria sólo se realiza en caso de fecundación *in vitro*.

En cuanto a la donación de gametos, el marco legislativo español señala que se deberá proporcionar la información respecto a las consecuencias que existen, determinándose el carácter de confidencial y gratuita, es decir, no lucrativa ni comercial. Podrá determinarse una cantidad de dinero pero sólo cuando tenga por objeto resarcir las molestias físicas, laborales y gastos de traslado.

---

<sup>53</sup> LEY 14/2006 SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA, en BENA SESMA, INGRID Y ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA (comp.), Código de leyes sobre genética, T. I., IJ-UNAM, México, 2006, p. 224.

El donador deberá cumplir con requisitos, tales como el de poseer una salud psicofísica, ser mayor de 18 años, pero menor de 35 años tratándose de mujeres y no más de 50 en caso de hombres y no poseer ningún tipo de enfermedad hereditaria, genética o infecciosa que pueda contagiar a la descendencia.

El donador será sometido a diversos exámenes para verificar que efectivamente goce de un buen estado de salud, los resultados deberán ser asentados en un archivo en el cual constará la historia clínica así como los datos fenotípicos del donador.

Es importante mencionar que los hijos tendrán derecho a saber la información general no incluida la identidad del donante. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos.

Y sólo podrá ser revelada la identidad cuando haya un eminente peligro para la vida del hijo.

Respecto a la filiación de los hijos nacidos mediante estas técnicas se dice que ni la mujer, ni el marido que hayan consentido el uso de esta técnica podrán impugnar la filiación matrimonial.

En cuanto a la IA post mortem la ley es muy clara al señalar que queda prohibida y no podrá determinarse el vínculo filial cuando el marido o pareja estable este muerto. Sólo podrá haber filiación para el caso en que al momento de la muerte del esposo el semen se encuentre en el útero de la mujer.

Sin embargo el marido podrá manifestar su consentimiento para que se realice la IA post mortem, esto mediante escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas.

Se presume otorgado el consentimiento cuando la cónyuge supérstite antes de la muerte de su esposo o pareja se encontraba sometida a un proceso de Reproducción Asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones.

Es de señalarse que la ley nunca hace referencia a la que toca a la IA, provocando de esta manera una laguna jurídica.

Otro de los temas que resulta interesante abordar es la maternidad subrogada o maternidad de encargo, situación que se encuentra absolutamente prohibida dentro de la legislación Española.

Queda establecido que la maternidad será determinada por el parto y quedan a salvo los derechos del padre biológico sobre el hijo.

## **2.2 Francia**

La legislación francesa es, al igual que la de España, una de las más avanzadas en el tema que aquí nos incumbe, no queriendo decir que no haya fallas jurídicas en ella.

El Código Civil Francés y el Código de Salud Pública son el principal marco a respecto al tema que aquí nos atañe.

Con la lectura de los mencionados ordenamientos podemos decir que la filiación se encuentra regulada de una manera similar a la que existe en nuestro país, sin embargo el marco jurídico Francés es mucho más evolucionado que el nuestro, esto en relación al vínculo filial originado mediante la aplicación de alguna de las TRA.

La legislación francesa es muy específica al mencionar que las TRA sólo se usarán para el caso de que la infertilidad sea considerada una patología o bien se aplique con el fin de evitar la transmisión de una enfermedad. Esto posiblemente

en razón que estos procesos médicos se encuentran contemplados como parte del sistema de salud pública.

Las TRA sólo se llevarán a cabo cuando el hombre y la mujer estén vivos y en edad de procrear, prohibiendo implícitamente la inseminación post mortem.

En caso de tratarse de una pareja sin vínculo matrimonial deberán tener como mínimo 2 años de vivir juntos

El consentimiento que manifieste la pareja respecto a la aplicación de alguna de las TRA deberá ser por escrito previa explicación de las consecuencias jurídicas que en relación a la filiación representa, dicha asesoría deberá ser proporcionada por el juez o Notario ante los cuales se deberá expresar el consentimiento.

Si el consentimiento es válido, este surtirá sus efectos no habiendo lugar a la impugnación de la paternidad o reclamación de estado a menos que se presuma que el hijo no es producto de alguna de las TRA o bien cuando el consentimiento quedo sin efecto.

Se considera sin efecto cuando uno de los miembros de la pareja muere, se presente la demanda de divorcio, exista la separación de cuerpos, cese la vida en común o bien se revoque el consentimiento.

Cuando alguna de las TRA se realice con la intervención de un donante, este no tendrá ningún tipo de vínculo filial respecto al niño.

La donación será revocable en cualquier momento.

### 2.3 Inglaterra

Esta legislación merece una atención en particular esto en razón de que se trata de uno de los mayores exponentes de la familia del *Common Law*, lo cual nos será de gran ayuda para tener un panorama más completo de la situación que guardan las TRA en el contexto internacional.

Como es sabido el marco jurídico del Reino Unido tiene un gran avance en lo que a las TRA se refiere, la experiencia que hasta ahora han obtenido se ve reflejada claramente en las normas jurídicas, tal es el caso de la Ley de TRA, que rige para todo el reino unido, convirtiéndola en la columna vertebral del tratamiento de las TRA.

Así en este sentido, vemos que la ley de Fertilización Humana y Embriología, señala en su artículo 27, que madre será aquella que haya estado o esté embarazada, sólo ella y nadie más podrá ser considerada como madre, esta regla tiene una excepción en cuanto a la adopción se refiere, ya que en este caso no surtirá efecto dicha regla.

En lo que toca al padre, el mismo precepto establece que la paternidad pertenecerá al esposo de la mujer, siempre y cuando haya expresado su consentimiento, el cual deberá ser proporcionado previo informe detallado de las consecuencias que genera, y obligatoriamente constara por escrito.

Ahora para el caso de no haber vínculo matrimonial, padre será el varón que se haya sometido conjuntamente con la mujer, a la aplicación de alguna de las TRA, este concepto aplica para el caso de tratarse de TRA homólogas o heterólogas, en este supuesto también es imprescindible el consentimiento informado y por escrito.

Para efectos de esta ley se considera vigente un matrimonio siempre y cuando no medie separación judicial, y para el caso de matrimonios nulos, surtirá los mismos

efectos siempre y cuando los esposos hayan tenido la creencia de que su unión era válida o/y existente, será lo mismo para el caso de que sólo uno de los cónyuges así lo haya creído, salvo prueba en contrario.

En el supuesto de donación de gametos, la paternidad y la maternidad en ningún caso pertenecerán a los donantes, ya que estos sólo proporcionaron sus gametos con el objeto de ayudar a otras personas en su tratamiento de infertilidad o esterilidad.

Un punto que vale la pena resaltar es la prohibición de la Inseminación artificial Post Mortem, ya que la ley es clara al mencionar en su artículo 28, que no se considerara padre al hombre que una vez muerto, se haya hecho uso de su esperma.

Esta legislación, a diferencia de las anteriores, considera lícita la maternidad subrogada, manifestando que estará permitida cuando una mujer distinta a la cónyuge, lleva en su seno a un embrión, que se encuentra en estado de gestación a raíz de una fecundación in vitro con gametos de los esposos o solamente con los pertenecientes a uno de ellos, o bien por IA.

La maternidad subrogada también se permite en caso de que no haya vínculo matrimonial entre los futuros padres, asumiendo la filiación, el hombre y la mujer que manifiesten su consentimiento.

Este tipo de acuerdo deberá ser a título gratuito y sin que medie algún otro beneficio, no se consideran dentro de este concepto los gastos necesarios para la consecución de un buen embarazo.

Lo anterior, suponemos, con el objeto de que el ser humano no sea considerado como objeto de comercio.

Por otro lado, es necesaria una mención respecto de la responsabilidad civil que se genera cuando el niño procreado por alguna de las TRA, nace con algún tipo de minusvalía.

De esta manera cuando se presente una acción u omisión en la selección, mantenimiento o uso de los gametos o embrión, y que esto tenga como consecuencia la minusvalía del niño, dará como resultado el ejercicio de una acción judicial a favor del niño.

Sin embargo, será excluyente de responsabilidad el hecho de que los padres hayan sabido del riesgo que implicaba el uso de aquellas técnicas, de tal manera habiendo consentimiento informado, la conducta no es antijurídica.

Así para cada una de las TRA que se apliquen se hace exigible la expresión por escrito de un consentimiento informado respecto de los riesgos y beneficios que conlleva la utilización de los avances de la ciencia y tecnología. En el mismo sentido se deberá establecer específicamente el uso que se le dará a los gametos o embrión.

Según la ley Inglesa se considera consentimiento efectivo aquel que no ha sido revocado. Sin embargo en cualquier momento puede serlo, siempre y cuando el embrión o los gametos hayan sido utilizados para el fin que se consintió.

## **CAPITULO CUATRO**

### **LA FILIACIÓN EN CASO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL**

SUMARIO: 1. Inseminación con semen de esposo de la receptora.-2. Inseminación con semen de dador.- 3.Inseminación post-mortem.-4. Maternidad Subrogada.

En este apartado nos dedicaremos a dejar clara nuestra postura a cerca de la filiación en el contexto de la reproducción asistida, y específicamente en lo que se refiere a la IA, aunque sabemos de antemano que no será fácil.

Como ya lo hemos visto en capítulos anteriores, la filiación es una figura relevante para el derecho de familia, provocando que a través del tiempo se haya transformado en fuente de diversos y controvertidos estudios, que con la evolución de la ciencia y tecnología se han ido intensificando.

Hasta hace algunos años se creía que respecto a la filiación ya no había nada que decir, toda vez que la mayor parte de las dificultades que surgían, podían resolverse según lo regulado en nuestro ordenamiento jurídico, situación que cambio radicalmente con la aparición de las TRA.

La IA, la fecundación in vitro, la donación de células germinales (espermatozoide y óvulo), la maternidad subrogada e incluso la clonación, han abierto la posibilidad a la existencia de realidades, que tiempo atrás, parecían imposibles, y nos obligan a replantearnos figuras, que se creían inmutables, como es el caso de la filiación.

Es preciso puntualizar que para cada una de las TRA se presentan diversas problemáticas, esto en razón que los factores que intervienen en cada una de ellas son totalmente diferentes, aunque no debemos dejar de lado la gran similitud en algunas cuestiones.

Dentro de la propia IA, existen dos divisiones muy marcadas, por un lado tenemos la de tipo conyugal o comúnmente llamada homóloga, donde el semen que se

utiliza es el perteneciente al esposo o concubino de la mujer, por tanto son pocas las controversias que se generan, contrario a lo que pasa en la IA por dador o mal llamada heteróloga, donde intervienen factores como la donación de gametos, produciendo la ausencia del vínculo biológico, el derecho del menor a conocer su origen en contraposición al derecho del dador a la intimidad, la necesaria existencia del consentimiento informado (elemento que es imprescindible en todos los supuestos), etc. Aunado a un sin fin de dificultades en el aspecto jurídico, médico, ético, social, económico y hasta religioso.

Lo anterior como consecuencia de "...que con estas técnicas la esfera íntima de la pareja se ve alterada con la intromisión de un elemento extraño – la capacidad reproductiva de un tercero –, que rompe la natural ligazón biogenética en la relación padre-hijo.”<sup>1</sup>

Así las técnicas por dador nos conminan a la necesidad de replantearnos situaciones que se creían irrealizables y tal vez hasta imposibles, esto con el objeto de adecuarnos a las realidades que hoy se presentan.

En pocas palabras, el uso de la IA (excepto en caso de IAC) trae aparejada consigo un profundo cambio respecto al vínculo biológico, que hasta hoy en día, en nuestro ordenamiento jurídico, se presupone como resultado inequívoco del coito entre un hombre y una mujer.

Sin embargo, esta verdad absoluta ha quedado superada, ya que la ciencia y tecnología permiten la procreación del ser humano, en una total ausencia de la copula.

Así dicha situación viene a trastocar el concepto mismo de filiación que se tenía hasta recientes fechas, ya que como hemos venido estudiando, filiación se define como la relación jurídica entre padre o madre e hijo proveniente del vínculo

---

<sup>1</sup> CÓRDOBA JOSÉ EDUARDO Y SÁNCHEZ TORRES, JULIO EDUARDO, *Fecundación Humana asistida, Aspectos jurídicos emergentes*, Argentina, Alveroni ediciones, 2001, p. 72.

biológico<sup>2</sup> (o manifestación de la voluntad para los casos de adopción), el cual hoy en día es posible que no exista.

Razón por demás trascendental para un replanteamiento de la filiación, en el marco de las TRA, y en específico para este trabajo, lo concerniente a la IA en todas sus modalidades, así como las consecuencias generadas por cada una de ellas.

### **1. Inseminación con semen de esposo de la receptora**

La inseminación artificial homóloga o también llamada conyugal (IAC) es aquella que se realiza cuando el semen del esposo o de pareja estable, es depositado en el útero de la mujer, con el fin de lograr un embarazo, esto con la ausencia del coito.

Es necesario precisar que existe IAC aun cuando entre la pareja (hombre y mujer) no exista vínculo matrimonial, aunque al igual que la mayoría de los estudiosos de la materia, creemos que al hacer uso de alguna de las TRA, la pareja deberá contar con por lo menos con 3 años o más de vida en común, trato estable y continuo.

En sus inicios esta técnica fue tachada de inmoral y antinatural, esto en gran parte por la gran influencia de la iglesia, que en cierto momento rechazó totalmente este tipo de prácticas por considerar se trataba de un acto inmoral que atentaba totalmente contra los fines del matrimonio, más aun parecía algo hasta malicioso al tomar en cuenta la forma de obtener el semen (masturbación, no siendo esta la única manera).

---

<sup>2</sup> Es pertinente aclarar que el vínculo biológico no es importante para el caso de adopción, ya que en este caso la fuente de filiación es la manifestación de la voluntad de querer asumir la paternidad o maternidad respecto de otra persona. Y aunque la situación descrita puede asemejarse en mucho a lo que sucede con el uso TRA, difiere en mucho por el hecho de que la voluntad se manifiesta cuando el futuro hijo aun no es concebido, es decir, la voluntad se manifiesta con un doble objeto: 1) Con el fin de consentir la aplicación de cualquiera de las TRA, y en consecuencia la concepción de un nuevo ser; 2) Asumir la paternidad o maternidad, según sea el caso, respecto del futuro ser humano.

Con el paso del tiempo esta perspectiva ha cambiado y en la actualidad es una de las TRA más aceptadas, ya que el vínculo biológico no es alterado, de tal manera que es equiparada en gran medida a la inseminación natural.

En este sentido se manifiesta Zannoni al decir que: “La inseminación artificial homóloga durante el matrimonio no contradice la naturaleza en cuanto a lo fundamental: la fecundación del ser humano, con los componentes genéticos de marido y mujer. Falta el coito o cópula perfecta entre ellos, pero no porque éstos la excluyan del objeto de su matrimonio sino porque, por sí, ese coito o cópula no logra satisfacer un fin a que está ordenado por la naturaleza: la procreación”.<sup>3</sup>

Pero aun cuando existe gran semejanza entre la IAC y la inseminación natural, es innegable el hecho de que en la primera intervienen factores que alteran el marco jurídico de la filiación.

Sin embargo, un gran sector de doctrinarios se manifiestan en el sentido de que la IAC no trae aparejada alguna dificultad diferente a las ya reguladas dentro de nuestro ordenamiento civil, afirmación que nos llevaría a la conclusión de que la filiación originada por el uso de la IAC, estará sujeta a las reglas que ya existen, y que hemos estudiado en capítulos anteriores.

En oposición, otra fracción doctrinaria, manifiesta que aun cuando la IAC no produce tantas dificultades, como las restantes TRA, no significa que no las haya, ya que al intervenir factores extraños en la inseminación, es ilógico pensar que las circunstancias sean totalmente idénticas.

Nosotros nos adherimos a esta última opinión, ya que para la consecución de esta técnica, resulta esencial la intervención de elementos que no son necesarios en la inseminación natural.

---

<sup>3</sup> ZANNONI, EDUARDO. A, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina proyecciones jurídicas*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 49.

No obstante, y como ya lo hemos estudiado, nuestro ordenamiento civil federal se ha mantenido ajeno a las nuevas realidades que se presentan con motivo de las TRA, y en ninguna parte de su estructura normativa hace alguna distinción entre el tratamiento de una filiación y otra. Lo que nos parece inconcebible, en vista de las graves implicaciones que trae aparejada dicha omisión.

Ante tal problema podríamos optar por estudiar cada uno de los artículos que corresponde al tema de la filiación, sin embargo, resultaría un trabajo tedioso y hasta reiterativo, por tanto nos limitaremos a dar los puntos generales que debería regularse dentro del CCF.

Como arriba ya mencionamos la IA ofrece la posibilidad de concebir un hijo sin que medien relaciones sexuales entre la pareja, por tanto resulta una manera atípica de tener descendencia.

Así para la consecución de una IAC, lo primero que debe existir es una asesoría legal y médica detallada sobre todas las implicaciones que trae aparejada la práctica de la IA, esto con el objeto de obtener un consentimiento jurídica y médicamente informado, sin el cual la conducta podrá ser calificada de ilícita, causando una vulneración a los derechos reproductivos de la mujer y el hombre, además de originar problemas respecto a la filiación del futuro hijo.

Una vez que surja el consentimiento éste deberá manifestarse expresamente en el contrato de prestación de servicios profesionales que celebren la pareja y el médico responsable de la IAC.

Es imprescindible mencionar que el consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento, siempre y cuando la IAC aún no se haya practicado, esto con el fin de proteger al concebido.

Acorde a lo dicho podemos decir que el hijo concebido por medio de IAC, adquirirá automáticamente la presunción de hijo nacido dentro de matrimonio salvo prueba en contrario, es decir tiene la misma presunción de paternidad que aquel concebido en condiciones normales y dentro de matrimonio.

Al respecto el artículo 324 del CCF, manifiesta que se presumirán hijos de matrimonio aquellos que nacieron después de 180 días de celebrado este, o bien cuando el nacimiento aconteció dentro de los 300 días de disuelto el matrimonio<sup>4</sup>.

En caso de que los padres no se encuentren unidos en matrimonio, se estará a lo establecido por el artículo 383 del CCF, que señala que serán hijos de concubinos los nacidos después de 180 días de conformado éste o bien durante los 300 días de que cesó la vida en común.

Para tal caso el consentimiento informado sigue siendo igualmente imprescindible, aplicándose las mismas reglas que para la IA practicada en pareja unida en matrimonio.

Hasta este punto de nuestro trabajo está claro que la paternidad existirá siempre y cuando el hombre haya expresado su consentimiento, asumiendo de esta forma el vínculo filial.

Pero el consentimiento deberá ser considerado como válido siempre y cuando el vínculo matrimonial exista o en su caso la unión de hecho, es decir, una vez que la relación se disuelva o alguno de los concubinos abandone el domicilio para dejar de tener vida en común, automáticamente el consentimiento deberá dejar de surtir sus efectos.

La intención de establecer un lapso de validez, a modo de condición suspensiva, es con el objeto de impedir una posible IAC sin que exista la voluntad

---

<sup>4</sup> En el CCDF, hijo matrimonial será aquel que nació durante el matrimonio vigente de sus padres o bien dentro de los 300 días de disuelto el matrimonio.

procreacional del varón, además de garantizar una familia (maternidad y paternidad) para el niño.

Lo anterior encaminado a evitar situaciones como la de que una mujer se haga inseminar aun cuando ceso la vida en común o se extinguió el vínculo matrimonial, excusándose en la supuesta existencia del consentimiento de su pareja, lo cual violaría el derecho a la reproducción del varón.

Pero estos supuestos no se encuentran regulados por nuestro derecho sustantivo civil, además que no se establece en ningún ordenamiento legal, el lapso de tiempo dentro del cual deba practicarse la IAC.

Problemática que claramente se ve reflejada en el artículo 329 del CCDF, que dice:

“Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge”.<sup>5</sup>

Así, según el anterior precepto, el término de 300 días después de terminado el matrimonio no surtirá efecto para el caso de que el cónyuge haya consentido en la práctica de alguna TRA, por lo que el niño que nazca fuera de dicho plazo, se presumirá como hijo de matrimonio, y el varón no podrá ejercer acción alguna en contra de cuestiones relacionadas con la paternidad.

Por lo que consideramos que dicho precepto resulta demasiado permisivo, esto con base en la interpretación que nosotros hacemos en el sentido de que la pareja podrá hacer uso de alguna de las TRA siempre y cuando así lo consienta el varón,

---

<sup>5</sup> CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL, *op. cit.* p. 66.

esto aun cuando exista un divorcio de por medio o bien haya llegado a su fin la unión de hecho.

Lo que resulta totalmente falto de sentido, ya que no siendo una pareja estable por ningún motivo se debe permitir el uso de las TRA, ya que ésta tiene como fin ayudar a sobrepasar algún problema de esterilidad o infertilidad en “la pareja”, de tal modo que al no haber pareja, no existe razón para el uso de la IA, por otro lado se debe velar por el interés superior del infante a tener una familia, y una vez que la relación de pareja ha terminado, difícilmente se logrará satisfacer el derecho del menor a tener una familia.

Creemos que la intención del legislador fue la de especificar que aun cuando el matrimonio se haya disuelto, y el nacimiento acaezca fuera de los términos legales de presunción, si el hombre consiente que la mujer sea inseminada (aun cuando ya no sean esposos o concubinos) este será considerado como padre, y no podrá impugnar dicha paternidad, esto con el objeto de asegurar el vínculo filial del menor.

La intención resulta acertada, no obstante la forma en que se redacta dicho artículo, es errónea y abre la posibilidad a la realización de diversas conductas tendientes a perjudicar, precisamente, los derechos del niño.

En primer término se deberá indicar claramente que no se podrá prescindir de la existencia de un matrimonio o concubinato entre la pareja que desee hacer uso de la IAC, por tanto el consentimiento expresado durante la vigencia de cualquiera de esas dos relaciones, no será valido después de la disolución de la unión.

No obstante, si la IAC se realiza cuando el consentimiento es plenamente válido pero el nacimiento acontece cuando ya no existe vínculo matrimonial o bien concubinato, el hijo no se verá afectado por esa situación, teniendo su filiación plenamente establecida.

Así ante la oscuridad de la norma, es evidente la problemática que se avecina, incluso hasta extremos como la posibilidad de una IA post mortem, en razón de no haber un límite para dejar de tener la presunción de hijo de matrimonio.

Otro aspecto que nos parece importante discutir es el hecho de que la paternidad así adquirida no admita acciones procesales en contra, ya que si bien es cierto la regla general es que el niño se presume hijo del varón que proporcione el semen y consintió en la práctica de la IAC, es posible que no haya sido así.

Puede darse el caso de que la mujer intencionalmente se insemine natural o artificialmente, con semen distinto al de su esposo, cuando supuestamente lo haría con los gametos de su pareja.

En tal supuesto se colocaría en estado de indefensión al pretendido padre, por el hecho de haber otorgado su consentimiento, situación que nos parece injusta, por lo que consideramos que el varón aun cuando haya expresado su consentimiento pueda ejercer la acción de impugnación contra su supuesta paternidad.

Sin embargo, puede suceder que el médico haya cometido el error de usar semen distinto al de la pareja de la mujer, causando la ausencia del vínculo biológico, donde necesariamente debía existir.

Ante tal supuesto, el padre no podrá impugnar la paternidad, ya que no hubo una conducta dolosa de parte de la mujer para concebir con semen de un hombre ajeno a la pareja, por tanto ella ni mucho menos el niño, tienen porque verse afectados en sus derechos.

En esta hipótesis, el responsable de tal conducta será el médico, el cual deberá ser castigado con una pena ejemplar, por un lado por haber cometido una conducta que lesiona los derechos más elementales del niño y por otro para evitar

la extorsión al médico por parte de mujeres que desean se incurra en el error dolosamente o bien piden que se finja una IA siendo que ya han sido inseminadas de manera natural por un varón diferente a su esposo o concubino.

Otra de las situaciones a discutir sería el caso en que una mujer se haga inseminar con el semen de su pareja aun cuando el varón no haya dado su consentimiento.

Hipótesis que se presenta en el caso de que el varón haya depositado su semen en un banco de semen, pero aun no haya autorizado su uso. Así la mujer y el médico estarían cometiendo un ilícito al utilizar semen que aun no era disponible.

Con base a lo desarrollado con antelación sería lógico decir que no existe paternidad, ya que no hay consentimiento, pero ¿Qué pasaría con los derechos del niño?, si bien no existe consentimiento del varón, es innegable la existencia de un vínculo biológico entre éste y el menor, el cual no puede ser ignorado.

De presentarse dicho supuesto, nuestro ordenamiento civil, resolvería sujetándose a lo dispuesto en el artículo 324 del CCF donde se señala claramente que se presumirán hijos de matrimonio los nacidos dentro de los términos legales.

Por su parte el artículo 324 del CCDF señala que habiendo consentimiento el cónyuge no podrá impugnar la paternidad del hijo, así que interpretando dicho precepto a contrario *sensu*, al no haber consentimiento el varón estaría en todo el derecho de impugnar la paternidad.

No obstante, si se llevará a cabo el juicio de impugnación, la prueba de ADN demostraría que entre el varón y el presunto hijo existe el nexo biológico, prueba fehaciente de la existencia de un vínculo filial.

Al respecto Ma. Corona Quesada González<sup>6</sup> plantea que si bien es cierto que el hombre no consintió en la práctica de la IAC, es inadmisibile la posibilidad de dejar a ese niño sin padre pudiendo tenerlo. En su modo de ver las cosas, lo máximo que podrá pretender el esposo es una indemnización por parte de la mujer y del médico que llevo a acabo la IA, esto como consecuencia de haber prescindido del consentimiento del varón.

En otras palabras, lo que propone es la existencia de la paternidad aun cuando no medie consentimiento.

Apoyamos la anterior opinión, ya que al no determinarse la paternidad respecto al menor, se estaría castigando a este y no a la madre y al médico que actuaron a sabiendas de la falta de consentimiento.

Ante tal hipótesis, no debemos perder de vista lo relacionado a la grave vulneración a los derechos reproductivos del varón, esto al obligarlo a asumir una paternidad que no deseaba y para la cual no hubo consentimiento alguno.

Las consecuencias de la ausencia del consentimiento inmediatamente se ven reflejadas en el derecho sustantivo civil del Distrito Federal, al ser señalada como una de las causales de divorcio, en el artículo 267, fracción XX, del CCDF, que dice:

“Son causales de divorcio:

...

XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y ...”<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup>QUESADA GONZÁLEZ, MA. CORONA, “La regulación de la filiación en el proyecto de ley sobre técnicas de reproducción asistida”, *Dereito, Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 14, Nº 2, 2005, Santiago de Compostela España, p. 192.

<sup>7</sup> CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, *op. cit.* p. 34.

Acentuando una vez más la importancia del consentimiento del varón a la hora de que la mujer desea hacer uso de alguna de las TRA.

En lo que toca a la materia penal, no se tipifica la ausencia del consentimiento del hombre en la aplicación de alguna de las TRA<sup>8</sup>, siendo prudente y necesaria la creación de un tipo penal que sancione dicha omisión con penas ejemplares, en vista que se trata de proteger una de las garantías individuales más significativas para el ser humano.

No obstante, la urgente necesidad de encontrar solución a los problemas que resultan de la utilización de alguna de las TRA, nuestra regulación jurídica ignora dichos supuestos, provocando que haya lagunas jurídicas en temas tan trascendentes para el ser humano.

## **2. Inseminación con semen de dador**

Desde tiempos inmemorables hasta recientes fechas, la paternidad había sido una situación imposible de verificar, ya que a diferencia de la maternidad, aquella nunca podía declararse como cierta.

Sin embargo, con el adelanto de la ciencia y tecnología, hoy en día existe la llamada prueba del ADN o genética, la cual sirve para determinar si existe o no vínculo biológico entre los padres y el hijo, y específicamente entre el padre.

De esta manera el panorama de la paternidad mejora, en virtud de que existe un medio para saber con exactitud, quién es el padre biológico de un niño, resolviéndose así el antiguo paradigma que rodeaba a la paternidad.

---

<sup>8</sup> No sucede lo mismo para el caso del consentimiento de la mujer, ya que la falta de este elemento es ya considerado como delito en nuestro ordenamiento penal del Distrito Federal.

Pero el avance acelerado de la ciencia y tecnología también ha traído consecuencias en contra de la determinación de la paternidad, ya que con el surgimiento de las TRA por donador, la determinación de la paternidad se ve nuevamente amenazada, obligando a replantearnos el concepto de filiación que hasta hace poco se tenía.

Así por IAD se entiende aquella que se realiza cuando en la vagina de una mujer se deposita semen de un tercero ajeno a la pareja (dador), con el fin de lograr un embarazo, esto con la ausencia de la copula.

De esta manera, la procreación deja de ser un acto de pareja, para convertirse en una situación de tres, respecto a la cual surge una interrogante en el sentido de que si la IAD puede ser utilizada por parejas de hecho.

Planteamiento que ha encontrado eco en la doctrina, siendo casi un criterio uniforme el que las parejas de hecho también pueden acceder a la IAD, teniendo como requisito 2 o 3 años de convivencia continúa, según la legislación de cada país.<sup>9</sup>

Otra de las cuestiones planteadas es lo referente al uso o no de la IAD en mujeres solas, lo cual ha generado un debate muy fuerte, ya que se contraponen dos derechos, por un lado encontramos el derecho de toda persona a reproducirse y por otro el derecho de todo niño a tener una familia.<sup>10</sup>

Al respecto muchos opinan que la mujer está en plena facultad de ejercer su derecho a la reproducción, y no permitir el uso de la IAD sería tanto como atentar contra el mencionado derecho.

---

<sup>9</sup> Según la legislación civil sustantiva para el Distrito Federal, señala que habrá unión de hecho cuando un hombre y una mujer vivan el mismo domicilio, llevando una vida de pareja, por un lapso de 2 años o antes si tienen hijos.

Por lo anterior, en caso de legislarse a favor del uso de la IAD en parejas de hecho, el lapso de tiempo que deberá exigir la ley, para que exista dicha unión, será de dos años.

<sup>10</sup> Familia integrada por padre, madre e hijos.

Sin embargo, al permitir el libre ejercicio de aquel derecho trae como consecuencia la afectación del derecho del niño a tener una familia.

Adriana Noemí Krasnow se inclina "... por rechazar la posibilidad de que las mujeres solas satisfagan su derecho a procrear, vulnerando el derecho del hijo de formar parte de una familia completa con vínculos maternos y paternos definidos. Desde su creación, el hijo se encuentra privado de acceder a su identidad en referencia a la realidad biológica, en forma completa, quedando en una situación de desigualdad frente a los hijos nacidos respetando su coparentalidad".<sup>11</sup>

En sentido similar se manifiesta Lledó Yagüe, al mencionar que "...se establece el recurso a la fecundación humana asistida como una opción, una alternativa ante un proceso patológico irreversible de infertilidad en la pareja." y no existiendo tal dificultad "... supondría atender un deseo de paternidad y/o maternidad utilizando al hijo como un objeto, instrumentalizado a las preferencias personales de los peticionarios, y no considerando al hijo como una finalidad con individualización propia".<sup>12</sup>

Opinión que apoyamos en vista de que el interés superior del infante debe prevalecer sobre el derecho a la reproducción de la mujer y del hombre, y así procurar, en la medida de lo posible, el cumplimiento del derecho a la identidad y a poseer una familia, evitando a toda costa el uso de la IAD como un medio de satisfacer el deseo de tener un hijo y no como una medida médica para poder sobrepasar algún problema de infertilidad o esterilidad.<sup>13</sup>

Sin embargo, el criterio no es unánime, ya que en algunas legislaciones, como la española e incluso la nuestra<sup>14</sup>, permiten que la mujer sola, tenga acceso a las

---

<sup>11</sup>KRASNOW, ADRIANA. N, *Filiación determinación de la maternidad y paternidad – Acciones de filiación- Procreación Asistida*, Editorial La Ley, Argentina, 2006, p. 249.

<sup>12</sup> LLEDÓ YAGUE, FRANCISCO, *Fecundación artificial y derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, p. 111.

<sup>13</sup> Es preciso recalcar que el objeto que tienen las diversas TRA es el de lograr superar la infertilidad o la esterilidad, no de curarla como muchos erróneamente creen.

<sup>14</sup> Resulta necesario señalar que nuestra legislación a nivel federal no hace el reconocimiento expreso sobre el derecho de la mujer sola a acceder a las TRA, pero tampoco se hace alguna prohibición al respecto. Ahora por otro lado, encontramos que el artículo 293 del CCDF, señala lo siguiente: "También se da parentesco por consanguinidad, entre el producto de reproducción asistida y el

TRA, argumentando que su derecho a la reproducción no debe estar condicionado al hecho de que tenga una pareja del sexo contrario.

Nuestra opinión al respecto, es en contra de la utilización de las TRA en la mujer sola, ya que dichas técnicas tienen un carácter terapéutico teniendo como objetivo superar la esterilidad o infertilidad, y en el caso de las mujeres solas no se presenta dicha dificultad, de tal manera que aquellas serían usadas como simple medio para cumplir el deseo de tener hijos, no para sobrepasar una patología que impida la procreación.

Con base a lo anterior sería lógico decir que en caso de existir algún problema de esterilidad o infertilidad en la mujer sola, las TRA podrían aplicarse sin ninguna limitante, es decir, independiente de su orientación sexual, raza o credo.

Por consiguiente "...tal prerrogativa sólo podrá exigirse en los casos de esterilidad"<sup>15</sup>, sin embargo, en contraparte existe el derecho superior del infante a tener una familia biparental y a poseer una paternidad y maternidad cierta, argumentos que hacen desaparecer la posibilidad para que una mujer sola pueda acceder a alguna TRA.

Así las cosas, respecto a lo que hace a los sujetos de la IAD, concluimos que tanto las parejas unidas por el matrimonio, como las que viven bajo la figura del concubinato, pueden acceder a la IAD, siempre y cuando cumplan con los requisitos existentes para cada pareja.

En lo que corresponde al uso de la IAD por las mujeres solas, nos oponemos terminantemente a tal posibilidad en atención al interés superior del infante.

Una vez que se tiene a una pareja candidata, es necesaria la existencia de un consentimiento informado médico y jurídico, esto con el fin de que el

---

hombre y la mujer, o sólo ésta, que haya procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora...". Por tanto se reconoce el derecho de la mujer sola a acceder a alguna TRA, con el objeto de tener descendencia, no siendo trascendente si padece o no de alguna patología que le cause infertilidad o esterilidad. Situación que atenta gravemente contra los derechos del niño.

<sup>15</sup> SOTO LAMADRID, *op. cit.*, p. 146.

consentimiento se dé con el conocimiento pleno de los riesgos, molestias, ventajas, desventajas y probabilidades de éxito que trae aparejada la aplicación de la IAD. En lo que hace al área jurídica se debe explicar a detalle en que consisten los derechos y obligaciones que surgen respecto al niño producto de la IAD.

En el mismo sentido se manifiesta Gustavo Bossert al decir que “...debe considerarse un principio general que se extiende a todas las prácticas de asistencia a la procreación, la necesidad de que todas las partes interesadas tengan clara información del acto que se habrá de realizar y las consecuencias que de ello derivarán, y en base a eso presten su consentimiento”.<sup>16</sup>

Dicho consentimiento, tradicionalmente ha sido expresado por medio del contrato de prestación de servicios que se celebre entre el médico y la pareja, surtiendo efectos tanto para la relación médico – paciente como la de padres e hijo.

Evidenciándose la importancia trascendental de la expresión del consentimiento, ya que por tratarse de una forma de concebir distinta, la fuente de la filiación ya no está en el vínculo biológico sino en el consentimiento que exprese la pareja, y en particular el varón.

Un factor muy importante y que no podemos dejar de lado en la IAD, es el consentimiento que manifieste el dador de los gametos, ya que al hacer uso del semen de un tercero, es requisito indispensable exista el consentimiento del dador en el sentido de que permita se disponga de sus gametos para la consecución de fines reproductivos.

Esto en el entendido que en algunos casos el varón proporciona sus gametos sólo para fines de investigación y no para la reproducción, y en caso de contravenir a lo autorizado por el dador se estaría cometiendo un ilícito.

---

<sup>16</sup> BOSSERT, GUSTAVO, “Fecundación humana asistida”, en FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, *et. al.*, *Derecho civil de nuestro tiempo; inicio de la vida. adecuación de sexo, .reproducción asistida. libertad de información*, Gaceta Jurídica, Universidad de Lima, Facultad de Ciencias Políticas, Centro de investigación, Lima, 1995, p. 93.

Así la dación del semen deberá darse previa explicación del destino que tendrán los gametos y de las consecuencias que esto generará, es decir, los derechos y obligaciones que este acto implica, siendo los más trascendentes los relacionados con el derecho a la intimidad y a la ausencia de vínculo filial con el niño concebido por IAD.

En este contexto el anonimato ha sido una salida para garantizar ese derecho a la intimidad del dador y consecuentemente la ausencia de cualquier vínculo filial con el niño, logrando que ni la pareja, ni el niño conozcan la identidad del dador.

Situación ante la cual un gran sector de la doctrina se ha manifestado en contra, argumentando la protección del interés superior del infante, al colocar el derecho a conocer el origen biológico sobre el derecho a la intimidad del varón.

Fundando esta postura en lo ordenado en instrumentos internacionales y legislación local, como es el caso de la Convención de los derechos del niño, que en su artículo 7, primera parte menciona:

“1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

...”<sup>17</sup>

Precepto del cual se desprende el derecho de todo niño<sup>18</sup> a tener un nombre, una nacionalidad y a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, entendiéndose por padres, la mujer y el hombre respecto de los cuales se tiene un vínculo biológico.

---

<sup>17</sup> CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, en CARBONELL, MIGUEL (comp.), *Instrumentos Jurídicos Internacionales en materia de no discriminación*, Vol. 1, Consejo para prevenir la Discriminación, México, 2006, p.79.

<sup>18</sup> Consideramos oportuno subrayar que la Convención de los derechos del niño no hace ninguna distinción entre los niños según la forma como fueron concebidos, es decir, para dicho instrumento todos los niños poseen los mismos derechos

De tal modo que el niño tendrá derecho conocer a su padre biológico aun cuando posea una filiación legal respecto a otro varón.

En nuestro ordenamiento legal encontramos que la Ley Para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en su artículo 22 consagra lo referente al derecho a la identidad que tiene todo niño al mencionar:

“El derecho a la identidad está compuesto por:

- A. Tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca y a ser inscrito en el Registro Civil.
- B. Tener una nacionalidad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución.
- C. Conocer su filiación y su origen, salvo en los casos que las leyes lo prohíban.
- D. Pertenecer a un grupo cultural y compartir con sus integrantes costumbres, religión, idioma o lengua, sin que esto pueda ser entendido como razón para contrariar ninguno de sus derechos.

A fin de que niñas, niños y adolescentes puedan ejercer plenamente el derecho a su identidad, las normas de cada Entidad Federativa podrán disponer lo necesario para que la madre y el padre los registren, sin distinción en virtud de las circunstancias de su nacimiento”.<sup>19</sup>

Artículo que en su inciso “C” contiene el derecho de los niños a conocer su filiación y su origen, que forma parte del derecho a una identidad, ahora entonces el derecho a conocer el origen biológico (fuente de la filiación) se considera parte de aquel derecho, dicho que apoyamos en la tesis aislada que citamos a continuación:

**DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS MENORES. SU CONTENIDO.**

---

<sup>19</sup> LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), 23/septiembre/07.

El artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por el Estado Mexicano y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991) dispone que el niño tiene derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. En concordancia con lo anterior y conforme al numeral 3 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (de orden público, interés social y observancia obligatoria para toda la República), son principios rectores de la protección de los menores, entre otros, el del interés superior de la infancia y el de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales. En ese tenor, el artículo 22 de dicha Ley establece el derecho a la identidad, el cual se compone por el derecho a tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca, a tener una nacionalidad y a conocer su filiación y su origen, salvo en el caso que las leyes lo prohíban. Así, el hecho de que el menor tenga la certeza de quién es su progenitor, constituye un principio de orden público que es parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica, cuya importancia no sólo radica en la posibilidad de solicitar y recibir información sobre su origen, la identidad de sus padres y el conocimiento de su origen genético, sino que a partir de esos elementos puede derivarse, por una parte, su derecho a tener una nacionalidad y, por otra, el derecho a que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo pleno e integral.

Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.<sup>20</sup>

De donde se desprende que el derecho a la identidad, consagrado en la Convención de los Derechos del Niño y la Ley Para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, incluye no sólo el derecho a un nombre y a una nacionalidad, sino también a conocer el origen biológico, ya que todo niño tiene derecho a saber quién es su progenitor, es decir, a conocer su filiación.

Por lo cual la regulación debería ser tendiente a desaparecer el requisito del anonimato, "...ya que la diferencia entre los hijos nacidos de forma natural y los hijos nacidos mediante reproducción asistida no es diferencia razonable ni justifica la distinción de trato, en cuyo caso se convierte en una discriminación..."<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup>DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS MENORES. SU CONTENIDO, Primera sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, Julio, 2007, p. 260

<sup>21</sup> SÁNCHEZ GÓMEZ, YOLANDA, *op. cit.*, p. 116.

Discriminación que debe ser evitada a toda costa, permitiendo que cualquier niño, independientemente de la forma en que fuera concebido, pueda ejercitar la acción conducente para conocer su origen biológico,

Sin embargo, para el caso de los menores concebidos por medio de IAD, debemos tomar en cuenta que conocer su origen biológico no significa que exista un vínculo filial respecto de quién en su momento fue el dador, ya que éste sólo será el padre biológico más no el padre legal, y éste último será quien tendrá todos los derechos y obligaciones respecto del niño.

Así el derecho a conocer el origen biológico, para el caso de niños concebidos mediante TRA, debe ser regulado y será decisión de cada individuo si desea o no ejercer la acción conducente para hacer valer dicho derecho.

En este sentido se expresa Xavier Hurtado Oliver al decir que: “Tanto es probable que existan seres que prefieran ignorar que vinieron al mundo como consecuencia de la inseminación de su madre con gametos de un desconocido, como también lo es que existan familias a quienes la revelación del origen de los hijos no les cause preocupación alguna”.<sup>22</sup>

Resulta importante subrayar que el único objeto de investigar la paternidad en estos casos, es el mero hecho de conocer quién es el padre biológico, de satisfacer el derecho a conocer el origen biológico, más no de reclamar un reconocimiento de hijo y mucho menos solicitar alimentos o derecho a heredar. Ya que tales prestaciones deberán ser satisfechas por el varón que otorgo su consentimiento para que su esposa o pareja fuese inseminada con semen de dador, adquiriendo la calidad de padre legal.

---

<sup>22</sup> HURTADO OLIVER, XAVIER, *El derecho a la vida ¿Y a la muerte?, Procreación Humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos*, México, Editorial Porrúa, 1999, p. 25.

En el supuesto de no existir consentimiento jurídica y médicamente informado, y de acorde con lo que hemos venido exponiendo, al no haber lazo biológico ni consentimiento, el vínculo filial entre el hijo y el cónyuge o concubino de la madre no puede establecerse.

Reconocemos que el hijo carecerá de filiación paterna, no obstante que exista coincidencia genética con el dador, en consecuencia se procederá a castigar a la madre y al médico que la haya realizado la IAD<sup>23</sup>, a este último se le deberá infringir una pena por demás severa, por el hecho de haber practicado una IAD sin el consentimiento del cónyuge o concubino de la mujer, omitiendo el requisito primordial para que una pareja pueda acceder a alguna TRA.

De antemano sabemos que los planteamientos que aquí hacemos no se ajustan a lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico, ya que dentro del mismo, el consentimiento jurídica y médicamente informado no es reconocido como fuente de filiación, por tanto cuestiones como las que aquí aludimos aun no son factibles en nuestra legislación.

### **3. Inseminación *post-mortem***

Cuando hablamos de inseminación artificial post mortem abordamos el tema de la posibilidad de que un varón, después de muerto, tenga descendencia.

Al respecto existen diversas posturas, unas en contra otras tantas a favor, nosotros nos adherimos a las primeras.

---

<sup>23</sup> Creemos que la pena destinada a castigar a la mujer y al equipo médico, debe ser ejemplar en el entendido de conminar a la no realización de dicha técnica, cuando no haya consentimiento informado jurídica y médicamente por parte del esposo o concubino de la mujer. Ya que la ausencia de dicho consentimiento resulta en un sin fin de complicaciones para el niño. Es de resaltar que al respecto no existe nada dentro de nuestra legislación, y de presentarse los supuestos planteados en nuestro trabajo se resolverían con base a las normas que hasta la fecha existen.

Así la inseminación post mortem se presenta cuando los gametos del cónyuge o concubino, ya fallecido, se depositan en la vagina de la mujer, con el objeto de lograr un embarazo.

Es decir, se trata de una IAC con la salvedad que se efectúa cuando el esposo o concubino ha muerto.

Situación que trae aparejadas un sin fin de dificultades en el plano jurídico, médico, ético, económico y social, implicaciones que resultan casi imposibles de resolver, lo que trae como consecuencia la ausencia de un criterio uniforme, teniendo como resultado que los estudiosos de la materia esgriman diversos argumentos en contra o a favor.

En general se dice que la inseminación artificial post mortem lesiona profundamente al niño, en el sentido de que se le priva del derecho de tener una familia biparental (tener un padre), condenando al menor a ser huérfano de padre desde el momento en el que nace, además de tratarlo con un mero objeto de satisfacción personal, a fin de perpetuar la descendencia del hombre muerto.

A favor de dicha “técnica de reproducción” se dice que es suficiente el consentimiento que exprese el esposo o concubino en vida, siempre y cuando este conste de manera clara y por escrito, ya que el varón y la mujer tienen derecho a la reproducción y negarles tal posibilidad sería tanto como evitar su libre ejercicio.

Así habiendo consentimiento, la IA podrá llevarse a cabo sin ningún problema, quedando determinada la paternidad respecto de aquel que manifestó su consentimiento con el fin de permitir se utilicen sus gametos después de su muerte.

En este sentido se manifiestan diversos autores como Adriana N. Krasnow al decir: "...que admite como suficiente el consentimiento expresado en vida por el causante para que su mujer (esposa o concubina) sea sometida a una inseminación o fecundación asistida con material genético propio de la pareja".<sup>24</sup>

No obstante, nosotros estamos en total desacuerdo con esta postura, en el entendido que si bien es cierto el varón tiene la potestad de consentir que su semen sea utilizado en la IA, practicada en su esposa o concubina (tal como sucede en la IAC), también es cierto que al otorgar un consentimiento en vida para que surta efectos después de la muerte, no se está en el mismo supuesto, ya que al nacer, el niño no podría ejercer su derecho a conocer a su padre, ni mucho menos que éste satisfaga sus necesidades, vulnerándose así, los derechos del niño. Por tanto se deberá velar por el respeto y cumplimiento de estos, aunado a que son derechos de interés público, contrario al derecho a la reproducción que es de interés individual.

Vale la pena resaltar que la IA es una terapia que tiene por objeto superar un problema de infertilidad o esterilidad, situación que no existe cuando se pretende practicar una inseminación artificial post mortem, es decir la IA es un medio para superar determinada patología que impida la concepción, no el de satisfacer el deseo de tener descendencia cuando el varón a muerto.

Pero todos los puntos vertidos son irrelevantes cuando se hace real un caso como estos y es necesario resolver lo conducente a la filiación del niño.

En lo que hace a nuestro ordenamiento legal encontramos que no existe regulación específica alguna, por tal motivo se aplica la máxima del derecho que dice: *lo que no está prohibido está permitido*.

---

<sup>24</sup> KRASNOW, N. ADRIANA, *op. cit.*, p. 260.

Aunque vale la pena mencionar que la falta de conocimiento en la materia ha orillado a los legisladores a permitir la inseminación post mortem, tal como se desprende del artículo 329 del CCDF, que dice:

“Las cuestiones relativas a la paternidad el hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de la fecundación asistida de la cónyuge”.<sup>25</sup>

Desprendiéndose de este precepto la posibilidad de llevar a cabo un IA post mortem sin ninguna dificultad, ya que como se señala, la filiación quedará establecida en relación del cónyuge o concubino que haya dado su consentimiento.

Al no establecer límites en tal artículo, se entiende que mientras el varón proporcione su consentimiento, aun cuando el nacimiento se dé fuera del término de 300 días después de disuelto el matrimonio, quedará establecida su paternidad respecto al niño así concebido.

Pero debemos de resaltar que el vínculo matrimonial no sólo se disuelve por nulidad o demanda de divorcio, sino también por la muerte de uno de los cónyuges.

En este sentido, se entiende que una vez disuelto el vínculo matrimonial por muerte del varón, la mujer puede solicitar sea inseminada con gametos de su esposo ya muerto, siempre y cuando este haya expresado su consentimiento.

Así concurriendo dicho consentimiento, no importa que el nacimiento del niño ocurra después del término de 300 días, ya que como se desprende del artículo

---

<sup>25</sup> CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL, *op. cit.*, p.

329 CCDF cuestiones relativas a la paternidad de un niño concebido por medio de TRA, no podrán promoverse cuando exista consentimiento del varón.

De tal manera el niño concebido por medio de la IA post mortem, tendrá una filiación cierta, con todos los derechos inherentes que esto implica, generando que las personas a las que afecte dicha filiación, no puedan impugnarla.

Sin embargo, creemos que el objeto del legislador no fue el de permitir la IA post mortem sino la de proteger a los niños nacidos por medio de la IAC, IAD y fecundación *in vitro* llevada a cabo en vida del padre, lo cual muestra el grave error en el que ha incurrido el legislador al no ser preciso a la hora de abordar un tema tan delicado como este, evidenciando así, su falta de conocimiento al respecto.

Por otro lado vale la pena citar los siguientes artículos del CCDF:

“Artículo 353 Quater. Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre declara que reconoce al hijo de la mujer que está embarazada.”

“Artículo 369. El reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos siguientes:

- I. En la partida de nacimiento, ante el juez del Registro Civil.
- II. Por acta especial ante el mismo juez;
- III. Por escritura pública;
- IV. Por testamento; y
- V. 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 de un juicio de investigación de paternidad o maternidad.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> *Ibíd*em, pp. 50 y 51.

Parecería que los citados artículos podrían aplicarse al caso concreto de la IA post mortem, pero hay que hacer notar que el primer artículo establece que el hijo no nacido puede ser reconocido por el varón siempre y cuando haya una mujer embarazada, requisito que no cumple la IA post mortem, ya que para que el hombre efectúe el reconocimiento deberá estar vivo además que el niño deberá estar concebido.

Al respecto se podría argumentar que según el artículo 369, el reconocimiento también podrá hacerse mediante testamento, de tal modo que el de cujus podrá efectuar un reconocimiento.

No obstante, para que haya reconocimiento por testamento es necesario que el hijo haya nacido o bien esté concebido, situación que en la IA post mortem no sucede, ya que la concepción se efectúa después de la muerte del varón, por tanto se concluye que el reconocimiento por testamento no podrá realizarse respecto al hijo futuro no concebido.

De tal modo, en caso de acontecer un nacimiento bajo las circunstancias aquí descritas, se estará a lo dispuesto en nuestro ordenamiento civil sustantivo vigente, aunque esto resulta demasiado arriesgado.

Creemos que el legislador debería optar por prohibir el uso de la IA post mortem ya que en vez de ser usada como una TRA con el fin de concebir cuando alguna patología no lo permite, esta técnica es utilizada con el objetivo de satisfacer el deseo de tener descendencia, de subsanar la pérdida del ser querido o hasta de tener la posibilidad de reclamar un cuantiosa herencia.

Reconocemos la existencia del derecho a la procreación, sin embargo "...este derecho debe tener límites, los límites que impone la dignidad de la persona humana, el proceso de procreación debe ser tanto humanizado como humanizador. Un hijo nunca debe ser un medio para lograr algo u obedecer a algún deseo desmedido de sus

progenitores, un hijo es un valor en sí mismo, y para traerlo a este mundo, el límite es su dignidad. “<sup>27</sup>

Así la IA post mortem se convierte en un medio para vulnerar los derechos del infante, tales como el derecho a tener una filiación, desprendiéndose del mismo, el derecho a la identidad, el derecho al nombre, el derecho a una nacionalidad, el derecho a ser cuidado por sus padres, a recibir alimentos y educación de ellos, etc., que se protegen y se encuentran estipulados en diversos instrumentos nacionales e internacionales

#### **4. Maternidad subrogada**

La maternidad subrogada es una práctica (no la consideramos como una TRA), de recién surgimiento<sup>28</sup> que ha despertado el interés de muchos, la aprobación y el repudio de otros. Lo cual ha dado como resultado intensos debates con base a la fuerte polémica que se ha generado a su alrededor.

Puede ser definida como: “...acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste.”<sup>29</sup>

De tal manera que la mujer que gesta y da a luz no será la madre legal, rompiendo totalmente con la concepción de maternidad que se tenía desde tiempos inmemorables, asumiendo la filiación legal, la mujer que contrata.

---

<sup>27</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, DORA, “Regulación de las técnicas de fecundación asistida”, en García Fernández, Dora y Malpica Hernández, Lorena (coord.), *Estudios de derecho y bioética*, Colección de derecho y bioética, T. I, Porrúa, México, 2006, p. 27.

<sup>28</sup> Lo novedoso de la maternidad subrogada es relativo, ya que como hemos visto a lo largo de nuestro trabajo, encontramos antecedentes remotos como es el caso de Sara, que se narra en la Biblia, y a cuyo caso ya hemos hecho alusión.

<sup>29</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA, *op. cit.*, p. 136.

Resulta prudente mencionar que la doctrina ha identificado dos tipos de maternidad subrogada en razón a la TRA que se utiliza para lograr un embarazo, siendo las siguientes:

#### A. Maternidad subrogada por IA:

Se presenta cuando la mujer es inseminada con gametos del varón contratante, para que posteriormente la esposa o concubina de aquel asuma la maternidad legal del niño.<sup>30</sup>

Por tanto la madre biológica y gestante será la mujer que ha arrendado su útero y aportado el óvulo, sin embargo, en virtud del contrato<sup>31</sup> celebrado estará obligada a renunciar a sus derechos sobre el niño, asumiendo la maternidad legal la cónyuge o concubina del hombre que proporcione los gametos (padre biológico y legal).

La situación se complica cuando la mujer no está dispuesta a entregar al niño una vez que éste ha nacido, argumentando que es madre por haber sido ella quién lo concibió, gestó y parió.

Dichos que resultan totalmente ciertos y validos aunque en contraposición a lo acordado en el contrato de subrogación.

¿Pero qué hay de la paternidad cuando la mujer es casada? De acuerdo a derecho, se considera padre, el esposo o concubino de la mujer, salvo prueba en contrario, no obstante que el padre genético es el varón que contrato.

---

<sup>30</sup> Un sector de la doctrina opina que en este supuesto no existe maternidad subrogada, ya que la mujer no sólo funge como madre gestante sino también como madre biológica, por tal motivo no existe subrogación como tal.

<sup>31</sup> En el primer capítulo ya se hizo referencia al respecto, al considerar que el contrato de maternidad subrogada, al tener un objeto fuera del comercio, se considera ilícito e inexistente.

Hasta aquí las cosas, el panorama se torna complicado en vista que convergen diversas circunstancias.

Al respecto la mayor parte de la doctrina jurídica se ha manifestado en contra del uso de ésta práctica, por considerar que "...si una mujer se compromete a entregar a su hijo biológico en virtud de un negocio jurídico de maternidad subrogada por simple sustitución, y lo es porque lleva su información genética, ya que es también la productora del óvulo fecundado, su acto no es cosa distinta a la "trata de un ser humano".<sup>32</sup>

Atentando así contra la dignidad del niño y de la mujer reduciéndolos a meras "cosas comerciales", por tanto: "Las prácticas de la maternidad subrogada acusan esta invasión del mercado con graves conflictos éticos respecto a las relaciones humanas en torno a la reproducción y crianza en la medida que se establece una compraventa de seres humanos".<sup>33</sup>

En contra posición encontramos que algunos dicen que la calidad de contrato mercantil se elimina al momento de realizar un contrato gratuito, donde la mujer no reciba gratificación alguna por el préstamo de su vientre.

Postura respecto a la cual nos manifestamos en contra, ya que si bien es cierto la ley puede prohibir el carácter oneroso del contrato, esto no garantiza que no suceda lo contrario, además que el ser humano no puede ser sujeto de ningún tipo de contrato.

Ahora bien, volviendo al tema que nos ocupa, en el supuesto de utilizar IA para la consecución de la maternidad subrogada, el vínculo filial materno será de la mujer que concibió, gestó y parió al niño, aun cuando haya un contrato que lo contradiga.

---

<sup>32</sup> ALARCÓN ROJAS, FERNANDO, "El negocio jurídico de maternidad por sustitución en la gestación", en GONZÁLEZ DE CANCINO, EMILSEN (coord.). *Primer seminario Franco – Andino de Derecho y Bioética, memorias*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 126.

<sup>33</sup> LEMA AÑÓN, CARLOS, *Reproducción, poder y derecho, Ensayo Filosófico – Jurídico sobre las Técnicas de Reproducción Asistida*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 139.

Al respecto el artículo 338 del CCF dice: “No puede haber sobre la filiación ni transacción ni compromiso en árbitros.”<sup>34</sup>

Precepto que establece claramente la imposibilidad de renunciar a los derechos inherentes a la filiación, aun cuando haya un contrato que contravenga tal precepto, lo que sustenta nuestra afirmación al decir que madre será aquella que dé a luz al niño.

En cuanto a la paternidad podemos distinguir dos supuestos:

- A) En el hipotético caso de que la mujer se encuentre casada, opera la presunción de paternidad dentro de matrimonio, de tal modo que padre será el esposo de aquella. Sin embargo el hombre que aporte el semen podrá reconocer al niño, siempre y cuando el marido lo haya desconocido y por sentencia se haya declarado que no es hijo suyo.<sup>35</sup>
- B) En el entendido que la mujer sea soltera, el varón que aporte los gametos, podrá reconocer al menor, no obstante la mujer se podrá oponer a tal hecho, lo cual deberá resolverse en juicio de contradicción, esto según el artículo 379 del CCF.<sup>36</sup>

Vale la pena mencionar que la esposa o concubina del varón que aporte los gametos (padre biológico), podrá asumir la maternidad del menor por medio de la adopción siempre y cuando la madre otorgue su consentimiento, esto con base en el artículo 397 del CCF, que dice:

---

<sup>34</sup> CÓDIGO CIVIL FEDERAL, *op. cit.*, p. 45.

<sup>35</sup> Artículo 374. El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo. CÓDIGO CIVIL FEDERAL, *op. cit.*, p. 49.

<sup>36</sup> Artículo 379. Cuando la madre contradiga el reconocimiento hecho sin su consentimiento, quedará aquél sin efecto, y la cuestión relativa a la paternidad se resolverá en el juicio contradictorio correspondiente. *Ibidem*, pp. 49 y 50.

“Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos:

I. El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar;...”<sup>37</sup>

Por último podemos decir que para el caso del uso de la IA, la maternidad subrogada podrá surtir efectos, siempre y cuando la mujer, verdaderamente se comprometa a consentir tanto el reconocimiento como la adopción, en caso contrario a lo más que se podrá llegar será al reconocimiento en atención a la existencia del vínculo biológico.

B. Maternidad subrogada por fecundación in vitro:

Es aquella donde a la mujer le es implantado el embrión resultante de la unión del semen y el óvulo de la pareja contratante.

Sin embargo, esta modalidad da pauta a la actualización de diversas hipótesis, tales como:

- a. A la mujer le sea implantado un embrión proveniente de la unión de un óvulo de donadora con el semen del cónyuge o concubino (fecundación in vitro heteróloga)
- b. A la mujer le sea implantado un embrión proveniente de la unión del óvulo de la cónyuge o concubina con el semen de un donador (fecundación in vitro heteróloga)
- c. A la mujer le sea implantado un embrión, que con antelación haya sido dado, por pareja desconocida.

Y es justo aquí donde se encuentran la mayor parte de los dilemas que rodean a la maternidad subrogada, ya que al hacer uso de la fecundación in vitro se abre la

---

<sup>37</sup> CÓDIGO CIVIL FEDERAL, *op. cit.*, p. 54.

posibilidad a que un ser humano tenga una madre genética, una madre gestante y una madre legal, cuando hasta hace poco los tres adjetivos convergían en una sola mujer.

No ahondáremos más en el tema, ya que dichos supuesto no encuadran dentro del trabajo que venimos desarrollando, por tanto nos limitaremos a decir que el criterio que prevalece es el de considerar como madre a la mujer que parió, no importando si existe una mujer que sea la madre genética y desee asumir la filiación legal del menor.

Hoy en día el vínculo biológico no es determinante para establecer la maternidad o paternidad, ahora son otros los factores que se toman en cuenta, tales como la existencia del consentimiento informado o un contrato de maternidad subrogada (en nuestro marco jurídico un contrato no puede ser fuente del vínculo filial).

Sin embargo, nuestros legisladores siguen haciendo caso omiso a tales circunstancias, provocando que la realidad sobrepase las normas jurídicas, logrando un gran retroceso en cuestiones de trascendencia para el ser humano, como lo es el vínculo filial.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** El Bioderecho debe ser reconocido como una nueva rama del derecho, toda vez que responde a la necesidad de estudiar cuestiones generadas por el uso de la ciencia y la tecnología en relación al comienzo y fin de la vida humana. Lo anterior como consecuencia de la inexistencia de una vertiente del conocimiento jurídico, donde podamos incluir en su totalidad lo relativo a tales cuestiones, debido al carácter interdisciplinario de éstas.

Por lo que entendemos al Bioderecho como una rama del derecho público, de carácter interdisciplinario, que tiene como objetivo establecer principios, normatividad, doctrina y jurisprudencia para la resolución de casos, respecto a la vida, la muerte, la salud, así como establecer los límites legales de la ciencia y la tecnología en beneficio del ser humano.

**SEGUNDA:** El distingo que existe entre los términos filiación y paternidad/maternidad radica en que por filiación se entiende el vínculo jurídico que existe entre el hijo y el padre o la madre, teniendo como fuente principal el nexo biológico que existe entre ellos.

En cambio paternidad y maternidad, sólo son vocablos utilizados para distinguir la filiación que surge entre el padre y el hijo, de aquella que se genera respecto de la madre.

**TERCERA:** Inseminación artificial es la introducción de semen en la vagina, cuello del útero o útero de la mujer, sin que medie relación sexual alguna, con el fin de eludir algún problema de infertilidad o esterilidad, y conseguir un embarazo.

Dicha técnica de reproducción asistida se divide en dos clases:

- a) Inseminación artificial conyugal, es aquella realizada con el material genético del cónyuge o concubino de la mujer.
- b) Inseminación artificial por dador, es aquella que se efectúa con el semen de un tercero ajeno a la pareja.

**CUARTA:** Con el fin de que cada individuo ostente la filiación que le corresponde, la ley contempla acciones tendientes a desvirtuar el vínculo filial ya existente o bien a reclamar uno que no se posee.

Para el caso de la filiación matrimonial, las acciones que podrán ejercerse serán las de impugnación y reclamación de estado de hijo, la primera tendiente a combatir el vínculo filial ya establecido, mientras que la segunda operara para el supuesto que se pretenda adquirir la calidad de hijo matrimonial.

En cuanto a la filiación extramatrimonial, la impugnación se ejercerá cuando se pretenda desvirtuar el vínculo filial, mientras que para poder adquirir la calidad de hijo respecto a determinada persona, la acción indicada será la de investigación de paternidad.

**QUINTA:** Para la consecución de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida, deberá legislarse en el sentido de que sea exigible la existencia del consentimiento informado, en su doble aspecto, tanto jurídico como médico, sin que pueda prescindirse de ninguna de estas dos características.

Además se deberá reconocer el doble efecto que tiene la expresión del consentimiento, por un lado funge como elemento de existencia del contrato de prestación de servicios profesionales, y por otro como fuente del vínculo filial.

**SEXTA:** Por excelencia la filiación se establece entre aquellos que tienen un vínculo biológico entre si, sin embargo, resulta necesario reconocer al

consentimiento informado jurídica y médicamente, como fuente del vínculo filial, no importando si existe o no coincidencia genética entre descendiente y ascendiente.

Por tanto, al tratarse de una nueva forma de adquirir la filiación es urgente legislar en relación a las particularidades que resultan de éste.

**SÉPTIMA:** Se tendrá como regla general que padre es quien haya otorgado el consentimiento y madre será la mujer que dé a luz.

Teniéndose por excepción los siguientes supuestos:

- a) El varón tendrá derecho de impugnar la paternidad respecto al hijo, aun cuando haya otorgado su consentimiento, siempre y cuando se tenga la sospecha de que el niño no fue concebido por medio de la inseminación artificial conyugal.
- b) En caso de practicarse la inseminación artificial conyugal sin el consentimiento del varón, deberá legislarse en el sentido de que el niño siga ostentando el vínculo filial respecto al cónyuge o concubino de su madre, no pudiendo, aquel, impugnar dicha paternidad.

Para los casos en que los que se haya omitido el consentimiento del varón, deberá sancionarse a la mujer y al médico que haya intervenido para la consecución de dicha situación, vulnerando considerablemente los derechos y dignidad del niño, además de los derechos reproductivos del varón.

**OCTAVA:** El dador no tendrá derecho a ejercer acción alguna, con el objeto de establecer el vínculo filial entre éste y el pretendido hijo, toda vez que padre legal será el cónyuge o concubino que haya otorgado su consentimiento jurídica y médicamente informado.

**NOVENA:** Resulta recomendable prohibir la práctica de la inseminación artificial post mortem así como también de la maternidad subrogada, ya que lejos de tener

por objeto evadir problemas de esterilidad o infertilidad, tienen como fin principal, la satisfacción de un deseo, dejando de lado el interés superior del infante. Por tanto, no son técnicas de reproducción asistida sino prácticas utilizadas para alcanzar la realización del sueño de tener hijos aun después de la muerte o bien no gestar ni dar a luz al niño y ostentar el carácter de la madre legal.

**DÉCIMA:** Es conveniente la creación de una ley que tenga como fin regular todas y cada una de las situaciones generadas con motivo de la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Esto con el objeto de incluir, en un solo texto jurídico, los diversos planteamientos que surgen como resultado del uso de la ciencia y tecnología en materia de reproducción asistida, y así evitar la mala inclusión del tema o/y su dispersión en el marco legal vigente.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ALARCÓN ROJAS, Fernando, "El negocio jurídico de maternidad por sustitución en la gestación", en GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen (coord.). *Primer seminario Franco – Andino de Derecho y Bioética, memorias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
2. AYALA, Aquiles R, *Medicina de la reproducción humana*, México, Aquiles R. Ayala/Grupo Azabache, 1990.
3. AZPIRI, Jorge O, *Uniones de hecho*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001.
4. BRENA SESMA, Ingrid, *El derecho y la salud; Temas a reflexionar*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
5. -----, "Consideraciones generales de la procreación asistida, Inseminación artificial y manipulación genética en el código penal para el Distrito Federal", en García, Ramírez, Sergio (Coord.), *Temas de derecho penal, seguridad pública y criminalística, cuartas jornadas sobre justicia penal*, IJ-UNAM, México, 2005..
6. BOSSERT, Gustavo, "Fecundación humana asistida", en FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *et. al., Derecho civil de nuestro tiempo; inicio de la vida. adecuación de sexo, reproducción asistida. libertad de información*, Gaceta Jurídica, Universidad de Lima, Facultad de Ciencias Políticas, Centro de investigación, Lima, 1995..
7. CALZADA PADRÓN, Feliciano, *Derecho Constitucional*, México, Harla, 1990.
8. CANO VALLE, Fernando, *Percepciones a cerca de la medicina y el derecho*, México, UNAM, 2001.
9. CASTAÑO RESTREPO, María Patricia, *et al., Contrato médico y consentimiento informado*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001.
10. CERVANTES MARTÍNEZ, Jaime Daniel, *El derecho a la salud y el médico (legislación y jurisprudencia)*, México, Editorial Benhumea Sáenz –Grupo editorial Innova, 2005.
11. CHÁVEZ ASECIO, Manuel, *La familia en el Derecho, relaciones jurídico paterno filiales*, Cuarta edición, México, Editorial Porrúa, 2001.
12. CÓRDOBA José Eduardo y SÁNCHEZ TORRES, Julio Eduardo, *Fecundación Humana asistida, Aspectos jurídicos emergentes*, Argentina, Alveroni ediciones, 2001.

13. DE PINA VARA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción Personas-familia*, vol. I. Décima novena Edición, México, Porrúa, 1995.
14. \_\_\_\_\_, *Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción Personas-familia*, vol. I. Décima séptima Edición, México, Porrúa, 1992.
15. FLORES TREJO, Fernando, *Bioderecho*, México, Editorial Porrúa, 2004.
16. GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil, primer curso, parte general, personas, familia*, décima edición, México, Porrúa, 1991.
17. \_\_\_\_\_, *Derecho civil, primer curso, parte general, personas, familia*, vigésima edición, México, Porrúa, 2000.
18. GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora, "Regulación de las técnicas de fecundación asistida", en García Fernández, Dora y Malpica Hernández, Lorena (coord.), *Estudios de derecho y bioética*, Colección de derecho y bioética, T. I, México, Porrúa, 2006.
19. GARZA GARZA, Raúl, *Bioética*, México, Editorial Trillas, 2003.
20. GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, España, Marcial Pons, ediciones Jurídicas, 1994.
21. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho sucesorio Inter vivos y mortis causa*, México, Editorial Porrúa, 2002.
22. GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, *La filiación en los albores del siglo XXI*, México, Editorial Porrúa, 2005.
23. HOOFT, Pedro Federico, *Bioética, Derecho y Ciudadanía. Casos bioéticos en la jurisprudencia*, Colombia, Editorial Themis, 2005.
24. HURTADO OLIVER, Xavier, *El derecho a la vida ¿Y a la muerte?*, México, Editorial Porrúa, 2000.
25. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada*. Tomo I, artículos 1-29, 19 ed, México, Porrúa- UNAM, 2006.
26. KRASNOW, Adriana. N, *Filiación determinación de la maternidad y paternidad – Acciones de filiación- Procreación Asistida*, Argentina, Editorial La Ley, 2006.

27. LEMA AÑÓN, Carlos, *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, España, Editorial Trotta, 1999.
28. LÓPEZ FAUGIER, Irene. *La prueba científica de la filiación*, México, Porrúa, 2005.
29. LOYARTE, Dolores, ROTONDA, Adriana. E. *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995.
30. LLEDÓ YAGUE, Francisco, *Fecundación artificial y derecho*, Madrid, Editorial Tecnos, 1988.
31. MARTÍNEZ MORALES, Rafael I, *Derecho administrativo, 1er y 2do cursos*, México, Oxford, 2000.
32. MENDEZ COSTA, María Josefa, et al., *Derecho de familia*, Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni editores, 2001.
33. MIZRAHI, Mauricio Luis. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, Buenos Aires, editorial Astrea, 2004.
34. MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, Cuarta Edición, México, Editorial Porrúa, 1990.
35. OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, México, Oxford, 1999.
36. PÉREZ DUARTE, Alicia Elena y CARBONELL, Miguel, "Derechos Reproductivos", en ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María, et al (coord.), *Diccionario de Derecho Civil y de la familia*, México, Porrúa-UNAM, 2004.
37. PÉREZ PEÑA, Efraín, *Atención Integral de la infertilidad. Endocrinología, cirugía y reproducción asistida*, México, Mc Graw Hill, 2002.
38. PÉREZ PEÑA, Efraín, *Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral*, Segunda edición, México, Salvat JGH Editores, 1997.
39. René David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, (derecho comparado), tr. Pedro Bravo Gala, España, Editorial Aguilar, 1968.
40. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Segundo, Novena Edición, México, Editorial Porrúa, 1998.

41. SÁNCHEZ – CARO, Javier, *Reproducción humana asistida; Protocolo de consentimiento informado de la sociedad Española de fertilidad*, Madrid, Editorial Comares, 2002.
42. SANTAMARINA SOLÍS, Luís, “Técnicas de Reproducción Asistida”, en TOMÁS GARRIDO, Gloria María (coord.), *Manual de Bioética*, España, Editorial Ariel, 2001.
43. SOBERÓN ACEVEDO, Guillermo, et al., *Derecho constitucional a la protección de la salud*, México, Editorial Porrúa, 2 ed, 1995.
44. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIONAL, *Las Garantías Individuales*, Colección Garantías individuales, parte general, Poder Judicial de la Federación, México, SCJN, 2003.
45. SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, Filiación y delito. La Fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990.
46. TARUFFO, Michele, “La prueba científica en el proceso civil”, en CARBONELL, Miguel et. al. (coord.), *Estudios sobre la prueba*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006.
47. VILA-CORO BARRACHINA, Ma Dolores, *Introducción a la biojurídica*, Madrid, Servicios de publicaciones Facultad de derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1995, 366 págs.
48. ZANNONI, Eduardo. A, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina proyecciones jurídicas*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 49.

## HEMEROGRAFÍA

1. BARRAGAN C, Velia Patricia, “La Reproducción Asistida: Marco Jurídico”. *Jus*, México, Núm. 3. Diciembre, 1991.
2. FLORES TREJO, Fernando, “El bioderecho: Nueva rama científica interdisciplinaria”, *Revista de la Facultad de Derecho UNAM*, México, Tomo LV, número Especial, 2005.
3. NARANJO, Gloria Patricia, “Principios generales del bioderecho”, *Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U. P. B. Número 103, 2004.*
4. QUESADA GONZÁLEZ, Ma. Corona, “La regulación de la filiación en el proyecto de ley sobre técnicas de reproducción asistida”, *Dereito, Revista*

*Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, España, Vol. 14, núm. 2, 2005.

5. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel, "Bioética, Genética y Derecho". *Genética y Derecho, Cuadernos de Derecho Judicial, Número IV, 2004.*
6. VALADÉS, Diego, "Problemas del bioderecho y del derecho genómico", *Revista Latino Americana de estudios constitucionales, Brasil, Número 4, julho-dezembre, 2004.*

## **LEGISLACIÓN.**

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, SISTA, 2007.
2. Convención sobre los Derechos del Niño, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Instrumentos Jurídicos Internacionales en materia de no discriminación*, Vol. 1, Consejo para prevenir la Discriminación, México, 2006.
3. Código Civil Federal, Agenda Civil del D. F., México, ISEF, 2007.
4. Código Federal de Procedimientos Civiles, Agenda Civil del D. F., México, ISEF, 2007.
5. Código Civil para el Distrito Federal, Agenda Civil del D. F., México, ISEF, 2007.
6. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Adenda Civil del D. F., ISEF, 2007.
7. Ley general de Salud, Agenda de Salud, México, ISEF, 2007.
8. Reglamento en materia de investigación para la salud, Agenda de Salud, México, ISEF, 2007.
9. Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana, en BRENA SESMA, Ingrid y ROMEO CASABONA, Carlos María (comp.), *Código de leyes sobre genética*, T. I., IIJ-UNAM, México, 2006.

## **MEDIOS ELECTRONICOS**

1. <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/1.htm?s=>
2. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/208/215.htm?s>

3. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

#### **OTRAS FUENTES**

1. BASÍLE, Alejandro Antonio, *Diccionario Enciclopédico de Medicina legal y ciencias afines, vocabulario médico-jurídico para uso forense*, Argentina, Ediciones jurídicas Cuyo, 2004.
2. CASABONA, Romeo, Seminario Internacional sobre Legislación en materia de Genoma Humano en América Latina y el Caribe, 17 y 18 de noviembre de 2005.
3. Diccionario de Medicina, Facultad de Medicina de la Universidad de Navarra, España, Editorial Espasa Calpe, 1999.
4. GARROME, José Alberto, *Diccionario Jurídico Abeledo- Perrot*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1987.