

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

“ANÁLISIS Y CONSECUENCIAS DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL  
POST-MORTEM A LA LUZ DEL DERECHO CIVIL MEXICANO”

**T E S I S**

QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE

**LICENCIADA EN DERECHO**

PRESENTA:

**ROSALÍA PÉREZ CORONA.**

ASESOR: LIC. VICENTE SOLÍS ARANA

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”

CIUDAD UNIVERSITARIA, MÉXICO, FEBRERO DE 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.

*A mi querida Escuela la Facultad de Derecho de la UNAM*

*A mis grandes maestros por ser mi  
modelo de superación, dedicación y trabajo; en especial a los licenciados  
José Antonio Manzanero Escutia, Mario Evaristo Vivanco Paredes,  
Raúl Rodríguez Piña,  
Enrique Carlos López Martínez, Francisco José Fuentes Sosa y  
Paola Adriana Hernández Jarillo*

*A mi asesor de tesis  
Licenciado Vicente Solís Arana  
Porque gracias a su apoyo fue posible la realización de este trabajo*

*A mis queridos tíos  
Lic. Mario Corona Caudillo y Francisco Pérez Ibarra.*

*A mi hermano Gerardo:  
Por acompañarme en esta vida en todo momento*

*A mis padres:  
Por ser mi fuente de impulso*

*A mis hermanos,  
Gracias por su apoyo, comprensión y cariño*

*A mis compañeros y amigos*

## CAPÍTULO PRIMERO

DESCRIPCIÓN DE LOS PROCESOS, MÉTODOS Y  
TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN RELATIVOS A LA  
INSEMINACIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM

1. Antecedentes de la inseminación artificial.....	1
1.1 Evolución de las Técnicas de fecundación humana en México.....	5
1.2 Legislación Europea específica sobre reproducción asistida y/o experimentación embrionaria .....	12
1.2.1 Alemania.....	13
1.2.2 Austria .....	14
1.2.3 Bulgaria .....	14
1.2.4 Dinamarca .....	14
1.2.5 España .....	15
1.2.6 Francia.....	18
1.2.7 Holanda .....	20
1.2.8 Hungría.....	20
1.2.9 Inglaterra .....	21
1.2.10 Italia .....	23
1.2.11 Noruega .....	24
1.2.12 Portugal .....	24
1.2.13 República Checa .....	25
1.2.14 Suecia.....	25
1.2.15 Suiza.....	26
1.2.16 El Consejo de Europa.....	27
1.3 Conceptos fundamentales.....	28
1.3.1 La bioética y el derecho.....	28
1.3.2 Esterilidad e infertilidad como problemas sociales y circunstancias en las que se recomienda el uso de las técnicas de reproducción asistida.....	30
1.3.2.1 Causas Femeninas.....	32
1.3.2.2 Causas Masculinas .....	35
1.3.2.3 Factores Comunes o Mixtos.....	36
1.3.3 Técnicas de Fecundación Asistida .....	37
1.4 Clasificación de las técnicas de fecundación asistida .....	40
1.4.1 Inseminación Matrimonial y/o en concubinato .....	41
1.4.1.1 Inseminación Homóloga. ( <i>cum semini mariti</i> ).....	41
1.4.1.2 Inseminación Conyugal (IAC).....	42
1.4.1.2.1 Inseminación con tercería maternal (Conyugal) .....	43
1.4.1.2.1.1 Donación de óvulos o tercería maternal genética.....	43
1.4.1.2.1.2 Inseminación con intervención de maternidad subrogada o.... tercería maternal de gestación.....	44
1.4.1.2.1.1.1 Óvulo donado de gestadora.....	44

1.4.1.1.1.2	Óvulo de la esposa .....	45
1.4.2.1.2.3	Donación ovular de tercera ajena a la gestadora y a la esposa.....	45
1.4.2	Heteroinseminación o inseminación con semen de donante (conyugal) <i>cum semini extranei</i> .....	45
1.4.2.1	Inseminación con gametos de donante vivo (IAD) .....	46
1.4.2.2	Inseminación con gametos del donante fallecido o post mortem .....	46
1.4.2.3	Inseminación con tercería maternal con semen de donante .....	47
1.4.2.3.1	Tercería maternal genética .....	47
1.4.2.3.2	Maternidad subrogada o tercería maternal de gestación .....	48
1.4.2.3.2.1	Con óvulo de gestadora .....	48
1.4.2.3.2.2	Con óvulo de la esposa.....	48
1.4.2.3.2.3	Con donación de embrión .....	48
1.4.3	Inseminación extramatrimonial o no matrimonial .....	49
1.4.3.1	Inseminación artificial post mortem (IAPM) .....	49
<b>1.4.3.1.1</b>	Gestación conyugal en el caso de la viuda o cónyuge supérstite.....	49
1.4.3.1.2	Maternidad subrogada o tercería maternal de gestación .....	50
1.4.3.1.3	Inseminación con donación ovular o donación seminal .....	51
1.4.3.1.3.1	Tercería maternal genética .....	51
1.4.3.1.3.2	Tercería maternal de gestación para el caso del varón .....	52
1.4.3.1.3.2.1	Con óvulo de esposa fallecida .....	52
1.4.3.1.3.2.2	Con óvulo de esposa con vida .....	52
1.4.3.1.3.2.3	Con óvulo de gestadora .....	53
1.4.3.2	Inseminación artificial de mujer soltera (IAS) .....	53
1.4.3.3	Inseminación por disposición de varón soltero.....	54
1.4.3.4	Inseminación posterior a la disolución del vínculo matrimonial por causa de divorcio.....	54
<b>1.4.4</b>	La inseminación artificial para el caso de las parejas Homosexuales .....	55
1.5	La Clonación como experimentación asociada a las técnicas de fecundación asistida.....	56

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA MATERNIDAD SUBROGADA

2.1	Determinación de su denominación y naturaleza jurídica .....	61
2.2	Clasificación de los contratos de gestación.....	68
2.3	Modalidades que se pueden presentar en los contratos de gestación.....	70
2.4	Partes que intervienen en los contratos de gestación .....	71
2.4.1	El matrimonio contratante .....	71
2.4.2	La madre gestadora.....	73
2.4.3	Terceros que intervienen .....	73
2.4.3.1	Centros médicos en donde se practique el uso de las Técnicas de Reproducción asistida. ....	73

2.4.3.2 El cónyuge de la gestadora.....	74
2.5 Elementos de existencia en los contratos de gestación .....	75
2.5.1 Consentimiento.....	75
2.5.2 Objeto.....	78
2.6 Requisitos de validez en los contratos de gestación .....	81
2.6.1 Capacidad .....	81
2.6.2 Ausencia de vicios en el consentimiento .....	82
2.6.3 Licitud en el objeto, motivo o fin del acto .....	82
2.6.4 Formalidad.....	87
2.7 Determinación de la Filiación de los hijos nacidos bajo la celebración de los contratos de gestación.....	88
2.7.1 ¿A quien le correspondería la maternidad en los contratos de gestación? .....	92
2.8 Regulación de los Contratos de Gestación .....	93
2.9 Los contratos de gestación y la <i>inseminación artificial post mortem</i> .....	97

## CAPÍTULO TERCERO

### CUESTIONES JURÍDICAS RELATIVAS A LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA EN EL DERECHO MEXICANO

3.1 Naturaleza jurídica de los gametos.....	98
3.2 Tratamiento jurídico de la persona y la figura del <i>nasciturus</i> en el derecho mexicano .....	102
3.3 Marco jurídico aplicable a las Técnicas de Fecundación Asistida .....	111
3.3.1 Derecho Constitucional y Tratados Internacionales.....	111
3.3.2 Ley General de Salud y sus reglamentos .....	121
3.3.3 Código Civil para el Distrito Federal.....	126
3.3.1 Filiación.....	127
3.3.3.1.1 Concepto .....	127
3.3.3.1.2 Clasificación.....	128
3.3.3.1.2.1 Filiación matrimonial .....	128
3.3.3.1.2.1.1 Acciones para impugnar la paternidad.....	132
3.3.3.1.2.2 Reconocimiento de hijos.....	133
3.3.3.1.2.3 Vía jurisdiccional para acreditar la filiación extramatrimonial .....	134
3.3.3.1.2.4 Legitimación.....	135
3.3.3.2 Efectos jurídicos de la filiación .....	135
3.3.4 Parentesco .....	136
3.3.4.1 Concepto.....	136
3.3.4.2 Tipos de parentesco.....	136
3.3.4.2.1 Parentesco por consanguinidad .....	136
3.3.4.2.2 Parentesco por afinidad .....	137
3.3.1.2.3 Parentesco Civil.....	138
3.3.4.3 Líneas y grados de parentesco .....	139
3.3.4.4 Consecuencias jurídicas del parentesco .....	139

3.3.4.4.1	Aquellas que derivan del parentesco por consanguinidad.....	140
3.3.4.4.2	Aquellas que derivan del parentesco por afinidad .....	146
3.3.4.4.3	Aquellas que derivan del parentesco civil.....	146
3.4	Los métodos de fecundación asistida como causal de divorcio.....	147
3.5	Código Penal para el Distrito Federal y Código Penal Federal.....	152

## CAPÍTULO CUARTO

### ANÁLISIS DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL *POST MORTEM* EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO Y LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL MENOR QUE NACE BAJO ÉSTA TÉCNICA

4.1	Necesidad de regular la inseminación artificial <i>post mortem</i> en el Distrito Federal.....	155
4.2	Concepto de <i>Inseminación Artificial Post Mortem</i> .....	164
4.3	Situaciones en las que puede presentarse el uso de la <i>Inseminación Artificial Post Mortem</i> .....	165
4.4	Requisitos para la practica de la <i>Inseminación Artificial Post Mortem</i> .....	167
4.4.1	Procedimiento para llevar a cabo la <i>Inseminación Artificial Post Mortem</i> .....	167
4.4.2	Consentimiento de los cónyuges .....	168
4.4.3	Capacidad de los cónyuges.....	181
4.4.4	Prohibición de celebrar segundas nupcias para la mujer que se sujete a la <i>Inseminación Artificial Post Mortem</i> .....	181
4.4.5	Término para practicar la <i>Inseminación Artificial Post Mortem</i> .....	181
4.4.6	La <i>Inseminación Artificial Post Mortem</i> en el concubinato.....	183
4.4.7	Centros Sanitarios y equipos biomédicos especializados para la práctica de la <i>Inseminación Artificial Post Mortem</i> .....	183
4.5	La filiación de los hijos nacidos bajo la inseminación artificial <i>post mortem</i> ....	184
4.6	Pruebas de la filiación por lo que se refiere al hijo nacido bajo la <i>Inseminación Artificial Post Mortem</i> .....	188
4.6.1	Acción de investigación de la paternidad .....	191
4.6.2	Imputación de la paternidad de los nacidos bajo la <i>Inseminación Artificial Post Mortem</i> .....	194
4.6.2.1	Acción para reclamar la posesión de estado de hijo en el caso del menor nacido a través de la <i>Inseminación Artificial Post Mortem</i> .....	195
4.6.3	Vía jurisdiccional para acreditar la filiación extramatrimonial .....	196
4.6.3.1	La acción de desconocimiento o contradicción de la paternidad .....	196
4.6.4	Reconocimiento del menor nacido bajo la <i>Inseminación Artificial Post Mortem</i> .....	197
4.7	Derechos alimentarios por parte del menor nacido bajo <i>Inseminación Artificial Post Mortem</i> .....	199
4.8	Derecho del menor nacido bajo la <i>Inseminación Artificial Post Mortem</i> de llevar el apellido de su progenitor fallecido .....	199
4.9	Respecto al Parentesco.....	200

4.10 La Patria Potestad de los menores nacidos bajo la <i>Inseminación artificial post mortem</i> .....	200
4.11 Derechos sucesorios de quien nace bajo la técnica de la inseminación artificial <i>post mortem</i> .....	200
4.12 Propuesta de Reforma al Código Civil Para el Distrito Federal .....	204
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>206</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>216</b>

Para los efectos del presente trabajo deberá entenderse por:

**CCDF.** Código Civil para el Distrito Federal.

**CI.** Consentimiento Informado.

**IA.** Inseminación Artificial.

**IAD.** Inseminación con semen de donante.

**IAPM.** Inseminación Artificial Post Mortem.

**FIV.** Fecundación In Vitro.

**FIVTE.** Fecundación In Vitro con Transferencia de Embrión.

**TE.** Transferencia de Embrión.

**TRA.** Técnicas de Reproducción Asistida.

## INTRODUCCIÓN

En este siglo XXI las nuevas técnicas de fecundación humana aparecen haciendo furor debido a que están revolucionando en el área de la biogenética y causando conmoción en los diversos sectores sociales que incluso se le ha llegado a catalogar como *“la tercer ola”* en el campo de la biomedicina<sup>1</sup>.

Así, con el desarrollo del presente estudio se pretende ofrecer una breve presentación del impacto y las repercusiones que el desarrollo de ésta rama de la biología tiene en la ciencia jurídica, a través de lo que conocemos bajo la denominación de inseminación artificial.

Como será posible advertir con la lectura del presente estudio, los avances de la biogenética durante las décadas pasadas, han tenido un progreso considerable. No obstante, dicho crecimiento se vuelve poco significativo, si lo comparamos con los resultados que se pretenden obtener de su ulterior desarrollo, en virtud de sus expectativas, de tal manera que no estamos en la posibilidad de sacar conclusiones absolutas, ya que no es un proceso terminado, sin embargo, surge la necesidad de establecer de inmediato las bases jurídicas y morales sobre las cuales debe sustentarse, tal y como llegó a expresar el maestro D. Francisco Ruiz, miembro de la comisión redactora del Código Civil de 1928:

---

<sup>1</sup> Conjunción de la biología y la medicina entendida como la atención a la salud.

*“El cambio de las condiciones sociales de la vida moderna, impone la necesidad de renovar la legislación, y el derecho civil que forma parte de ella, no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan.”<sup>2</sup>*

Han surgido las técnicas de fecundación humana como principal solución a la problemática que presentan aquellas parejas que no pueden concebir hijos por causas de esterilidad o infertilidad humana, con el objeto de disminuir su sufrimiento y desesperación y aún más allá para sustentar su derecho de “trascender a través de su descendencia”, ejercitando su derecho de libertad procreacional, estamos pues, frente a una auténtica revolución biológica.

En nuestros días, se puede decir que miles de personas de todo el mundo que se encontraban impedidos para procrear, han tenido la dicha de hacerlo aprovechando los avances que la ciencia ha obtenido frente a los problemas de la esterilidad.

Actualmente, los resultados obtenidos de estos avances científicos y técnicos están provocando las más altas polémicas en las diversas áreas del conocimiento humano, entre ellas la que nos ocupa: *el derecho*, sin por ello olvidar la importancia que tienen las demás, sobre todo considerando que el objeto de estudio es el hombre mismo, que lo ha llevado a ser estimado director de su proceso evolutivo, lo que le permite generar, modificar o prolongar artificialmente su vida.

Es de gran importancia, el estudio de este campo, porque es necesario que de inmediato se sienten las bases morales y jurídicas sobre las cuales deberán llevarse a cabo las futuras investigaciones, así como las repercusiones

---

<sup>2</sup> Citado por GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho Sucesorio Inter vivos y Mortis Causa*. México. Ed. Porrúa, 1997, 373 Págs. Pág.256.

e impactos que las conductas de los seres humanos en este sentido puedan llegar a tener en su aplicación en el ámbito jurídico. La experiencia demuestra, que la falta actual de normas que limiten todo hecho o acto del hombre, ha llevado a una manipulación en gran escala de la vida humana; y en especial, del hombre en su estado embrionario.

El ser humano debe ser considerado como la base y justificación de la existencia del derecho, es por ello que forma parte de los principios fundamentales de la ciencia jurídica porque es su precedente y constituye su razón de ser como elemento de la sociedad organizada políticamente, en este sentido su dignidad, su libertad y sus derechos fundamentales se someten al poder del Estado y al Derecho Positivo que frente a esta situación tiene la facultad de legislar sobre todo lo inherente al mismo a fin de proporcionarle una adecuada protección.

Sin la dirección del derecho, la bioética sería frágil, por lo que debe sustentarse en él, porque es solo ahí donde adquiere mayor rigor y aplicación general.

No regular las conductas implicaría que estas fueran consideradas lícitas por no estar enteramente prohibidas, a partir de la concepción que tenemos del deber ser.

La propuesta que se presenta en éste trabajo va dirigida a dar una solución legislativa a los distintos sucesos que se pudiesen llegar a configurar con motivo de la aplicación de la inseminación artificial y delimitando aún más nuestro tema de estudio aquella que se pudiese llegar a suceder después de la muerte de quien almacenó en un banco de semen bajo su consentimiento sus gametos con el objeto de que su cónyuge superviviente pudiese ser inseminada con posterioridad a su muerte, a fin de que resulte digno para quien nace bajo estas técnicas mediante la regulación de los derechos humanos implicados, por lo que no se cuestiona en ningún momento si el uso de esta técnica es

inadecuada o no, problemática que ya le corresponderá resolver a la moral, sólo me concreto a proponer lo que se debe hacer en caso de que se presente la inseminación artificial *post mortem* ¿*Quid iure?*

Asimismo, con el presente estudio se intenta continuar con el análisis de las Técnicas de Reproducción Asistida de manera generalizada, en virtud de que no podemos ignorar la realidad, por ser de interés e importancia para la Ciencia del Derecho. Sin pretensión alguna de ser exhaustivo o definitivo, por ser de carácter perfectible, sin embargo, con la finalidad de contribuir de alguna manera a su tratamiento doctrinario y legal en caso de que se presente un supuesto de esta naturaleza.

La falta de regulación de este novedoso fenómeno: La *inseminación artificial post- mortem*, no podemos atribuirla a la negligencia por parte del legislador o a que –como señalan algunos autores- el Derecho esté dando la espalda a la existencia de éstas prácticas. La falta de legislación especial obedece en primer término a la carencia de conocimiento de éstos métodos en sí, así como de los efectos jurídicos que de ellos derivan, por lo que no podemos juzgar de antemano que sean contrarios a las buenas costumbres. Esta falta de conocimiento tiene su origen en la ausencia de información sobre las implicaciones que en todos los órdenes de nuestra vida, incluyendo el jurídico, está provocando el avance de la biología genética, lo cual no ha permitido tomar conciencia de la magnitud de los cambios que se avecinan, que muy probablemente se deba al temor de que una vez regulada esta cuestión, se ponga freno a la libre investigación sobre el tema.

La presente tesis, consta de cuatro capítulos de los cuales los tres primeros son de carácter general con el propósito de ocuparnos de las ideas básicas, para dar pauta al último capítulo.

En el primer capítulo se abordan las causas que dieron origen a las técnicas de fecundación asistida, a través de su contexto histórico, su conceptualización en la bioética y su desarrollo a través del tiempo en los distintos países de Europa, cuyo enfoque va dirigido a la práctica de la inseminación artificial *post mortem*, a fin de compararlas con el avance que han tenido en México. Asimismo se establece una clasificación de las mismas con la finalidad de llegar a una plena comprensión del tema.

En el segundo capítulo se trata especialmente la figura de la llamada maternidad subrogada la cual es de gran relevancia para nuestro objeto de estudio, al poder presentarse en unión a la inseminación artificial *post mortem* en el supuesto de que la cónyuge supérstite sufra de infertilidad y pueda recurrir a la misma con la intención de tener un hijo, situación que debe ser entendida a partir de que se acepte la regulación de ambas figuras por nuestra legislación. El no establecer una normatividad adecuada de estas practicas obligaría a parejas que se ven en la necesidad de ser padres a cambio de cualquier suma de dinero a tener acceso a estos procedimientos mediante los medios electrónicos, en virtud de que existen una serie de empresas extranjeras y mujeres que ofrecen sus servicios para llevar a cabo este tipo de prácticas, parejas que por lo general no cuentan con una certeza legal del compromiso que celebran y una serie de incertidumbres derivadas de la tercera con quien contratan dejando en estado de indefensión a quien nace de esta manera.

La maternidad subrogada es vista socialmente como una solución alternativa legítima para aquellas parejas que desean ser padres y que, por alguna causa de esterilidad humana, no logran cumplir con ese objetivo, por lo que su práctica se justifica en los fines terapéuticos, en este sentido se reflexiona sobre cada una de las denominaciones dadas por parte de la doctrina y practica a la misma, para concluir en que realmente estamos en presencia de contratos especiales del derecho de familia, colocando dicho contrato dentro de

los cuadros generales de clasificación adoptados por la doctrina, precisando sus elementos de existencia y validez, las partes que intervienen en los mismos, sus derechos y obligaciones, las modalidades que de este tipo de contratos se pueden presentar, así como la cuestión filiatoria, estableciendo además, los puntos que se deben tomar en cuenta para una adecuada regulación.

Por lo que se refiere al tercer capítulo se comienza reflexionando sobre la naturaleza jurídica de los gametos así como el tratamiento que se da a la persona, como tema central de cualquier materia y a la figura del *nasciturus*, por parte de la doctrina y nuestra Legislación Civil vigente. Además, se estudia el marco jurídico aplicable a las técnicas de reproducción asistida en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que se enuncia de manera particular la legislación aplicable a fin de concretar las cuestiones que efectivamente están reguladas, que en realidad son muy escasas.

En este sentido, se establece la importancia del artículo cuarto constitucional como fundamento de la voluntad procreacional y el uso de las técnicas de reproducción asistida con lo cual se justifica la inseminación artificial *post mortem*. Por otra parte, se trata el aspecto doctrinario aplicable a nuestro supuesto.

Finalmente, el cuarto capítulo es de carácter propositivo, en virtud de que se sientan las bases sobre las cuales debe llevarse a cabo el procedimiento de la inseminación artificial *post mortem*, ya que ante la falta de legislación sobre la misma en el Derecho Civil mexicano, se suscitan dos problemas de suma importancia:

El primero relativo a la filiación de los hijos nacidos bajo esta técnica de fecundación asistida, en virtud de que quien nace bajo la misma, es concebido y

nace después de concluido el matrimonio como consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges, o bien, mediante la fecundación *in vitro* en vida de quien aporta el material reproductor pero implantado en el útero materno con posterioridad a la muerte del primero, dándole el carácter de extramatrimonial y sin derecho a llevar el apellido de su progenitor biológico, a recibir alimentos y a ser considerado como miembro de la familia de su progenitor, por no poder ser un hijo reconocido, lo cual le deja en estado de indefensión dándole un trato discriminatorio.

El segundo problema es el que se presenta en materia sucesoria, ya que si el nacido bajo esta técnica fue resultado del consentimiento de sus progenitores deberá tener todos los derechos que deriven ante el fallecimiento de de quien en vida hubiese sido su progenitor paterno, a ser su causahabiente, beneficiario o sucesor.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **DESCRIPCIÓN DE LOS PROCESOS, MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN RELATIVOS A LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM**

#### **1.- Antecedentes de la inseminación artificial.**

Algunos autores reconocen los orígenes de la inseminación artificial en Grecia y en Roma, sin embargo, no hay datos precisos de estas aseveraciones, otros señalan que fue a partir de los pueblos babilonios y árabes, en virtud, de que se practicaba la polinización en palmeras para obtener mayor cantidad y calidad de dátiles.

Respecto a los mamíferos es clásica la cita del año 1322, como la fecha en que un árabe de daifur consiguió inseminar una yegua con el semen de un semental de la tribu enemiga.

Es mencionada la inseminación en el Talmud, como "*generación sin concúbito*", de la misma manera que en el siglo XII, AVERROES se refirió a esto como una posibilidad en los seres humanos, por lo que dichos ensayos fueron trasladándose a la especie humana.

Los primeros intentos realizados con una técnica precisa se remontan al siglo XVI, atribuyéndosele a MARCELO MALPIGHI Y BIBIENA quien obtuvo con éxito la fecundación artificial de un gusano de seda. Posteriormente, en el siglo XVIII, el Italiano LÁZARO SPALLANZANI, realizó experimentaciones en la especie canina.

Aunque sin datos precisos se afirma que en 1462, Juana de Portugal esposa de Enrique IV de Castilla “el impotente”, fue inseminada artificialmente, para dar a luz a “Juana la Beltraneja”.

En 1785, THOURET decano de la facultad de medicina de París, logró fecundar a su mujer <<estéril>> gracias a una inyección intravaginal de su propio semen con una jeringa de estaño; su predecesor GIRAULT, publicó al respecto doce observaciones de veintisiete casos experimentados, de los que consiguió resultados positivos en ocho mujeres, una de ellas con embarazo gemelar.

El primero, sin embargo, en obtener mayores éxitos fue HUNTER director del hospital de S. Jorge de Londres en 1791, quien logró producir una gestación introduciendo en la vagina de una mujer el líquido seminal de su esposo, un reconocido Lord, obtenido a través de masturbación.

Fue en países con las tasas de natalidad más bajas donde tempranamente fueron evolucionando los estudios y prácticas sobre la fecundación asistida lo que las llevó a irse multiplicando y perfeccionando.

En 1887, el Doctor DICKINSON, de Filadelfia, ensayó la primera inseminación artificial con semen de donante (heteroinseminación), surgiendo casi un siglo después los primeros bancos de semen congelado.

En 1911, ROELHEDER, informó sobre sesenta y cinco experimentos de inseminación artificial, de los cuales treinta y uno tuvieron resultados positivos.

Por primera vez en 1932, OGINO y KNAUSS describieron las diferentes fases del ciclo menstrual y detectaron el período fértil de la mujer.

En 1942, SEYMUR y KOERNER, llevaron a cabo encuestas en donde interrogaron a treinta mil médicos en los Estados Unidos de América, y lograron saber de nueve mil cuatrocientos ochenta y nueve embarazos logrados por medios artificiales.

En 1940 se estableció en Estados Unidos un banco de semen y, durante la Segunda Guerra Mundial, fue práctica común la realización de inseminaciones en forma masiva, mediante la *teleinseminación* transportándose el esperma de los soldados americanos acantonados en Corea, en aviones con el objeto de fecundar a sus esposas. Actualmente, las técnicas han avanzado considerablemente y son numerosos los países que permiten la práctica de la inseminación artificial.

En 1945, JEAN ROSTAND, observó que los espermatozoides sometidos a frío en presencia de glicerol podrían conservarse largo tiempo sin alteración de su viabilidad lo que llevó a determinar la técnica de la crioconservación.

En 1953 SHERMAN, logró la realización de embarazos bajo el uso de las referidas técnicas.

En 1968 se establecieron Bancos de Semen en diversos países como Francia y Alemania, en donde se obtuvieron semen de diversos “dadores”, guardando absoluta confidencialidad respecto a su identidad.

En 1969 el Doctor GEORG SILLO-SEIDEL, de Francfort, Alemania, presentó un informe sobre una mujer por él tratada, que dio a luz con semen que se había conservado “congelado”.

Finalmente, el 25 de julio de 1978, nació Louise Joy Brown, en Inglaterra. Su nacimiento fue el comienzo de una nueva era en el campo de la reproducción humana, derivado de las técnicas de fecundación *in vitro* realizadas por STEPTOE y EDWARDS en el Hospital de Manchester siendo el primer caso que trascendió a la opinión pública.

En España se iniciaron los estudios en 1982 por el Instituto *Dexeus* de Barcelona, y ahora existen varios grupos que trabajan con éxito en estas técnicas. En 1984, nació en el referido país, el primer *bebé de probeta*.

Por lo que se refiere a la *Inseminación Artificial Post Mortem* en realidad no hay muchos casos documentados, pero es muy conocido el de Corinne Parpalaix, quien entabló en Francia, en 1984, ante los tribunales de Créteil, un proceso para que el centro de crioconservación que tenía el esperma de su marido muerto de cáncer de testículos, le fuera devuelto con el fin de practicarse una inseminación:

*“una guapa francesa de 23 años de edad reclama ante la justicia el derecho de ser inseminada con esperma de su esposo fallecido hace un año, lo cual plantea a los jueces un caso único ¿puede permitirse el nacimiento de un niño gracias al esperma de un muerto?”<sup>3</sup>*

---

<sup>3</sup> *El País*. 2 de agosto de 1984, *El Juez autoriza a una viuda francesa a ser inseminada, con el esperma de su marido muerto Corinne Parpalaix dice ser "La mujer más feliz de Francia"./ El médico de Corinne Parpalaix confirma el fracaso de la Inseminación Artificial con el esperma de su marido fallecido.* [www.elpais.com/inseminacion/artificial/](http://www.elpais.com/inseminacion/artificial/) 5 de marzo de 2007.

El Tribunal declaró que, al haber manifestado el difunto su voluntad de depositar el propio semen con el objeto de *preserver ses chances de procreer*, y teniendo en cuenta que el centro depositario no había informado al interesado de su oposición a la restitución, el contrato obligaba al establecimiento a entregar el esperma a la viuda del donante.

Al respecto Corinne, pidió posteriormente ser inseminada con el semen de su marido muerto, sin embargo, los espermatozoides resultaron insuficientes, por lo que no obtuvo el resultado esperado.

Como destaca la Dra. Hidalgo Ordás: “lo verdaderamente trascendente es que con esta sentencia, más allá de pronunciarse a favor de la inseminación *post mortem*, se supera la barrera de la muerte para concebir un hijo, alterándose la tradicional concepción del vínculo filial y originándose de esta manera gravísimas cuestiones en cuanto a la paternidad y a la sucesión”<sup>4</sup>.

### **1.1.- Evolución de las técnicas de fecundación humana en México.**

En 1958, el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, en aquel entonces Adolfo López Mateos, envió al Congreso de la Unión un proyecto de Ley denominado “*Ley que regula algunas transacciones civiles y mercantiles sobre el cuerpo humano, sus sistemas, aparatos, órganos y fluidos*”, cuya reglamentación no era la más adecuada ni precisa al respecto de las técnicas de fecundación asistida, por lo que nunca fue aprobada por el Congreso de la Unión.

En 1969, el titular del poder ejecutivo, designó una comisión para la elaboración de un proyecto de ley, que se ocupara en general de implantes, la cual tampoco tuvo éxito.

---

<sup>4</sup> HIDALGO ORDÁS, María Cristina. *Análisis Jurídico-Científico del Concebido Artificialmente en el Marco de la Genética*. Barcelona. Ed Bosch 2002. 246 Págs. Pág 59.

En 1988 nació Andrea, la primera bebé concebida en territorio mexicano, por transferencia intratubárica de gametos (GIFT). La difusión de la noticia en torno a las condiciones que permitieron la concepción de Andrea, generó respuestas muy variadas. Para miles de personas infértiles, Andrea representó la esperanza renovada de poder ser padres y madres; algunos legisladores manifestaron públicamente su desaprobación, al igual que miembros de la Iglesia Católica; la comunidad médica se polarizó adoptando posturas de escepticismo y rechazo, o bien, vislumbrando un nuevo campo para el desarrollo de la medicina en México.

El Dr. Alfonso Gutiérrez Najar, médico tratante de los padres de Andrea, se mantuvo al margen de la controversia, continuó su labor y dio lugar a más nacimientos de bebés concebidos con técnicas innovadoras en la práctica médica mexicana.<sup>5</sup> En 1991, nació el primer bebé concebido con la asistencia de la fecundación *in vitro* (FIV); en 1995, nació el primer par de hermanas concebidas al aplicar simultáneamente dos técnicas: Aspiración epididimaria de espermatozoides (MESA), e inyección intracitoplasmática del espermatozoide al óvulo (ICSI). Al paso de los años se ha mantenido en México la sucesión de innovaciones, éxitos y fracasos, como ocurre en el resto del mundo.

En 1991 se dio a conocer el “*Anteproyecto del Código Civil del Estado de Nuevo León*”<sup>6</sup>, encomendado al licenciado Jorge A. Treviño Martínez y al doctor Ernesto Gutiérrez y González, cuyos puntos de trascendencia son:

---

<sup>5</sup> Instituto de Seguridad y de Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado. *Logra el ISSSTE la primera fecundación en probeta. El instituto, único organismo del sector público que aplica esta técnica de reproducción.* <http://www.issste.gob.mx>. 23 de noviembre de 2007.

<sup>6</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho Sucesorio Inter vivos y Mortis Causa*. México. Ed. Porrúa, 1997, 373 Págs. Págs. 293-308.

- Señala los requisitos que debe satisfacer el médico especializado en la realización de las técnicas de fecundación asistida, así como el uso de una licencia que lo acredite como tal para practicar la inseminación artificial en el ser humano que deberá ser renovada cada año.
- Dispone que debe existir consentimiento por parte de la pareja que desee someterse a los referidos métodos, mediante solicitud por escrito para llevar cabo los tratamientos respectivos, por lo que el médico se obliga a delimitar los alcances, ratificar el consentimiento y cerciorarse de la identidad de quienes acudan a la práctica de sus servicios.
- Establece un mínimo de edad para consentir en la práctica de estas técnicas que es de 25 años, asimismo, señala la exigencia de acreditar la capacidad económica y moral para dar alimentos a la criatura.
- Precisa las causas ante las cuales el médico debe negarse a proceder en las prácticas de fecundación asistida, y dispone que ante la causa injustificada del médico se deberá recurrir al Secretario de Salud para que resuelva en un lapso de 72 horas.
- Delimita los derechos que le corresponden a quien nace bajo el uso de estas prácticas. También, elabora una regulación relativa a la fecundación *in vitro*, los contratos de gestación y de lactancia, incluso de la clonación.

En las legislaturas LVII y LVIII del Congreso de la Unión, se presentaron proyectos para contar con una Ley relacionada con las técnicas de reproducción asistida — de entre las que destacan la del 26 de septiembre de 2002, dada a conocer por el diputado panista Francisco López Brito, quien

propuso que en el artículo 77 de la Ley General de Salud se definieran las técnicas de reproducción asistida.

Posteriormente surgió un proyecto de decreto en el Congreso bajo el rubro *"decreto que modifica, que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Civil Federal, del Código Penal Federal y de la Ley General de Salud, relativos a inseminación artificial, fecundación extracorpórea, fecundación post mortem, maternidad subrogada o préstamo del útero y donación de semen"*, a cargo del diputado Hugo Rodríguez Díaz, del grupo parlamentario del PRI publicado en la gaceta el día 22 de abril de 2004, que versa sobre el reconocimiento de las figuras antes establecidas cuya situación actual en el Congreso es la de "pendiente".

Las disposiciones más avanzadas en materia de técnicas de reproducción asistida, se encuentran establecidas en el Código Civil vigente para el Estado de Coahuila, en donde principalmente en su artículo 482, define la asistencia médica para la procreación referida a las practicas clínicas y biológicas que permiten la concepción *In Vitro*, la Transferencia de Embriones y la Inseminación Artificial, así como los demás métodos y técnicas equivalentes.

Asimismo, el artículo 483 del mismo ordenamiento establece que los destinatarios de las técnicas de reproducción asistida deben estar unidos en matrimonio o concubinato siempre y cuando después de cinco años por razones biológicas no hayan podido engendrar o concebir; sin que sean estériles o infértiles médicamente diagnosticados. Continuando con este orden de ideas, el artículo 486 dispone, que antes de iniciar el tratamiento correspondiente, los cónyuges deberán otorgar su consentimiento mediante escritura pública y justificar con la certificación correspondiente de tres médicos especialistas, uno de ellos perteneciente a la Secretaría de Salud del Estado de Coahuila, las necesidades de someterse al tratamiento.

En México actualmente, aproximadamente 2.3 millones de mexicanos padecen infertilidad y un porcentaje significativo de ellos requiere algún tipo de tratamiento para lograr la procreación, una de cada seis parejas tiene problemas para embarazarse. La gran mayoría de esta población no tendrá hijos debido a numerosos factores que impiden su acceso a los servicios médicos especializados en técnicas de reproducción asistida (TRA), a pesar de su creciente oferta. Dichos factores pueden ser:

- a) *Económicos*: La mayoría de las personas que padece infertilidad, no cuenta con los recursos monetarios suficientes para pagar los tratamientos de reproducción asistida, por lo que aproximadamente el 60% de la población mexicana, atendiendo a este factor, no tendrá acceso a estas técnicas.
  
- b) *Sociales*: En la década de los años 70 se emitieron una serie de propagandas por parte del gobierno federal para controlar la natalidad en México ya que en esa época, se alcanzó una tasa de crecimiento demográfico del 3.5, a diferencia de aquel tiempo, actualmente estamos frente a una tasa de crecimiento de 1.6, cuestión que repercute en las miles de personas que no han podido recibir atención de los menos de cinco centros de salud pública que ofrecen tratamientos de reproducción asistida. El problema se agudiza ante el limitado acceso a la seguridad social. El 57% de la población mexicana no está inscrita en el sistema médico de seguridad social. Además, los seguros médicos privados no consideran a la infertilidad como una enfermedad y por tanto, no cubren los gastos derivados de los tratamientos respectivos.
  
- c) *Informativos y formativos*: En México no es común la difusión de información sobre infertilidad y sus tratamientos. La ausencia de información se percibe tanto en los medios de comunicación masiva

como en la comunicación interpersonal, lo que fomenta la propagación de mitos en torno a las técnicas de reproducción asistida.

d) *Religiosas*: El 88.8% de la población que habita en México es católica. La Iglesia Católica considera que debe haber un estrecho lazo entre la procreación y el coito, por ende, no acepta que sus fieles participen en cualquier procedimiento que implique la procreación sin la unión de cuerpos. Es muy probable que la postura religiosa influya en las decisiones de muchas parejas infértiles y que genere en ellas una situación de conflicto.

Según señala Arturo Zarate Treviño, jefe de la Unidad de Investigación en Endocrinología del Hospital de Especialidades del Centro Médico Nacional Siglo XXI, una de cada seis parejas tiene problemas para embarazarse por el patrón cambiante hormonal en hombres y mujeres.<sup>7</sup>

Actualmente, son variadas las instituciones que se encargan de prestar servicios de este tipo como lo son entre otros: el Hospital Ángeles del Pedregal, el Hospital de Técnicas de Reproducción Asistida S.C, así como, el Instituto de Perinatología, el Hospital de Especialidades Centro Médico “La Raza”, el Hospital de Gineco Obstetricia 4 “Dr. Luis Castelazo Ayala” del IMSS, y El Instituto Valenciano de Infertilidad (IVI) que “es la institución que opera el primer banco de semen en México, registrado como tal ante la Secretaría de Salud Federal, a partir de septiembre del 2002, el cual realiza mas de 600 procedimientos al año y la efectividad en los mismos alcanza hasta el 85%.”<sup>8</sup>

*“El banco ha hecho posible que en sólo 20 pasos -de la puerta principal del IVI México al quirófano o las cámaras de*

---

<sup>7</sup> HUESCA, Patricia. “Baja hormonal precoz eleva infertilidad en México” La Crónica, México, 16 de febrero de 2007. <http://www.cronica.com.mx>. 8 de febrero de 2008.

<sup>8</sup> *Ídem*.

*crioconservación- una mujer pueda hacer realidad el sueño que antes le era vedado: la concepción de un hijo.*

*Los donadores son seleccionados de manera rigurosa. Según Francisco Rocha, ginecólogo encargado de realizar los procesos de concepción asistida en el IVI, las pruebas inician con una exploración física y un interrogatorio para constatar que no existen antecedentes familiares de enfermedades como diabetes, algunos tipos de cáncer, malformaciones genéticas o enfermedades infecto-contagiosas. También se les realizan exámenes de sangre para evaluar la presencia de microorganismos o virus de VIH-SIDA, sífilis o hepatitis B y C, y se hace una evaluación de su cariotipo para determinar que ese posible donante es genética y cromosómicamente normal.*

*Además, se aplica un test psicológico, de modo que el perfil que debe cumplir el posible donador es bastante riguroso y acotado, protegiendo así a la futura paciente....<sup>9</sup>*

Para ello, el banco clasifica el espermatozoides donado según las normas oficiales de la Organización Mundial de la Salud (OMS) tanto a donantes como a la futura madre.

Las características que debe reunir el donador, mismas que se evalúan, son:

- El donante debe ser totalmente anónimo.
- Aunque la norma internacional señala que el donador puede tener edad de hasta 50 años, el límite de edad que se establece es de 35 años.
- Joven de complexión delgada, normal.
- Que curse algún tipo de licenciatura.
- Se le aplican estudios de árbol familiar, genético, psicológico (para descartar presión o casos de psicosis en la familia), y físico (para evitar enfermedades infecciosas que se puedan transmitir).

---

<sup>9</sup>.HUERTA, Iván, *Abre sus puertas el primer banco de semen con muestras 100 por ciento mexicanas; grupos antiabortistas lo califican de macabro y aberrante.* Revista "GENTE SUR". N 100, México: 15 de mayo de 2004. [www.gentesur.com.mx](http://www.gentesur.com.mx). 27 de enero de 2007.

Una vez cubiertas las primeras características se le toma al donante una primera muestra de semen. Se estudia minuciosamente su calidad, paralelamente se analizan los estudios psicológicos y físicos.

*<<“La idea es tener el primer banco de semen mexicano formado aquí por donantes mexicanos, pues existen algunas clínicas de fertilidad que funcionan con semen importado principalmente de Estados Unidos y Canadá, y hay mucha gente en México que no quiere semen anglosajón o negro, sino uno que vaya de acuerdo con nuestra etnia mestiza”, comenta en entrevista el doctor José Gaytán, director del Instituto Valenciano de Infertilidad México. >><sup>10</sup>*

### **1.2.- Legislación Europea específica sobre reproducción asistida y/o experimentación embrionaria.**

Abordaré a continuación de forma breve el estudio de algunos de los países de Europa que han sido partidarios respecto a la regulación en su sistema legal de las técnicas de fecundación humana, en especial de la regulación o prohibición correspondiente a la Inseminación Artificial *Post Mortem*, que podrían ser incluso parte de un profundo análisis y estudio de derecho comparado distinguiendo sus respectivos sistemas jurídicos, sin embargo, únicamente me limitaré a mencionar sus ordenamientos al respecto.

Dentro de las naciones cuya legislación regula el uso de técnicas de reproducción asistida (TRA) encontramos a Alemania, Dinamarca, Noruega, España, Inglaterra, Australia y Suecia.

Otras han desarrollado sistemas administrativos para dar regulación de estos temas como es el caso de Hungría, Checoslovaquia, Portugal, Bulgaria,

---

<sup>10</sup> *Ídem.*

Francia, Austria y Holanda. Encontramos al respecto países que incluyen el reconocimiento de la paternidad en la inseminación artificial heteróloga en sus respectivos Códigos Civiles tal es el caso de Bélgica, Grecia, Yugoslavia, Luxemburgo y Suiza.

### 1.2.1 Alemania

Destaca la ley del 13 de diciembre de 1990, en donde se permiten la inseminación artificial homologa y heteróloga, y se sanciona con pena de tres años de prisión la utilización abusiva de las técnicas de reproducción asistida, como lo son entre otras, la transferencia a una mujer de un óvulo no fecundado ajeno, o la realización de la fecundación con fines distintos del embarazo, la transferencia en un mismo ciclo de más de tres embriones, asimismo, también prohíbe la clonación en su artículo sexto, al establecer una sanción penal de cinco años de pena corporal a: *"quien hubiera provocado artificialmente la formación de un embrión humano portador de la misma información genética que otro embrión, ser humano, feto o **persona muerta.**"*

Además, respecto a la Inseminación Artificial *Post Mortem*, en su artículo cuarto establece:

"Art. 4. Fecundación y transferencia autoritaria de embriones y **fecundación post-mortem.**

1. Será sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa quien:...

...3) **Fecundará artificialmente un óvulo con esperma de un hombre ya fallecido con conocimiento de causa.**

2. No será sancionada en el supuesto del parágrafo 1, inciso 3, la mujer en la cual se efectuara la fecundación artificial...".

Es de notar, que el ordenamiento antes referido prohíbe la práctica de la fecundación *post-mortem* al constituir un delito que se atribuye en este caso al médico especialista que la lleve a cabo.

### **1.2.2 Austria**

Podemos señalar el Decreto de junio de 1988 de la Cancillería Federal *sobre las pruebas a que debe someterse el semen para la inseminación artificial*, y la Ley Federal del 12 de julio de 1994, por la que se regulan las actividades con organismos modificados genéticamente por medio de técnicas genéticas, que tiene como finalidad proteger la salud del ser humano.

### **1.2.3 Bulgaria**

Encontramos la Ley de 1987 *sobre fertilización artificial de la mujer*, donde se aprueba la inseminación artificial homologa y heteróloga; se regula la fecundación *In Vitro* y en su Código Familiar reconoce la paternidad en el caso de Inseminación artificial con semen de donante (IAD) siempre y cuando haya consentimiento de la pareja.

### **1.2.4 Dinamarca**

El Parlamento aprobó en junio de 1987 la denominada *Ley sobre el establecimiento de un consejo Ético y la regulación de algunos experimentos biomédicos*, con dos puntos fundamentales: las técnicas de reproducción asistida y la experimentación de embriones.

Asimismo, prohíbe la clonación y los experimentos de combinación del genoma humano con genomas animales, así como la producción de quimeras e híbridos.

### 1.2.5 España

Señalaremos al respecto tres leyes de gran importancia:

a) *La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, reguladora de las Técnicas de Reproducción Asistida.*

Como antecedente de la misma es preciso citar el denominado “Informe Palacios” resultado de numerosas reuniones de expertos en los campos de la Medicina, la Biología, el Derecho y la Ética, llevadas a cabo en la Comisión Especial Parlamentaria de estudio de la fecundación *in vitro* creada en el año de 1985 por representantes de los diferentes grupos parlamentarios, cuyo fin preponderante era que tras de un análisis complejo de las técnicas de fecundación artificial se llevara a cabo a la postre un proyecto de Ley.

El “*Informe de la Comisión especial de estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial humanas*”, claramente inspirado en el Informe Warnock de Inglaterra, del que hablaremos más adelante, fue aprobado en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados el día 10 de abril de 1986, siendo instaurado en la Proposición de la Ley 122/000062 sobre fecundación asistida, que dio origen a la Ley 35/1988 cuyos objetivos y finalidad, así como los principios sobre los que se apoya, que constituyen su *ratio legis* se fijan de manera clara en su exposición de motivos.

Constaba inicialmente de 21 artículos subdivididos en siete capítulos relativos al ámbito de aplicación de las técnicas, centros sanitarios y equipos biomédicos, donantes, estimulación ovárica, crioconservación de gametos y pre-embriones, diagnóstico prenatal, terapia genética, investigación básica o experimental, ingeniería genética, infracciones y sanciones, de entre las que

destacan las dirigidas a la clonación: “crear seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”.

Regula expresamente la Inseminación Artificial *Post Mortem*, en los apartados 3 y 4 de su artículo 9, del cual es importante destacar la siguiente disposición:

**“9.2. Se admite la fecundación post mortem, y se reconoce que el hijo nacido por estos medios sea considerado hijo de matrimonio contando con los derechos derivados de la filiación, cuando se reúnan los siguientes requisitos:**

- 1) *que el difunto marido hubiese consentido vía testamento o escritura pública, que su material reproductor fuese utilizado para fecundar a su mujer y;*
- 2) *que su material reproductor se utilizase dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento”.*

Con posterioridad fueron surgiendo los siguientes reglamentos:

- Real Decreto 411/1996, del 1 de marzo, por el que se *regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos.*

- Real Decreto 412/1996, del 1 de marzo, por el que se establecen *los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida regulándose la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana.*

- Real Decreto 413/1996, del 1 de marzo, *por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.*

*b) Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Publicada en el Boletín Oficial del Estado núm.314, del 31 de diciembre de 1988.*

Se refiere específicamente a la donación y utilización de los gametos en general y de los óvulos fecundados *In Vitro* y en desarrollo, denominados por la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, “preimplantarios”, con fines reproductores u otros que se regulan a partir de los términos establecidos en la Ley sobre “Técnicas de Reproducción Asistida, por lo que la Ley 42/1988, contempla la donación y utilización de embriones y fetos humanos desde el día 14 que siga a la fecundación. Esta Ley determina la exigencia del marco jurídico que centre los justos términos de las actuaciones biomédicas desde el respeto a la vida, a la dignidad y a los derechos humanos, sin cerrar el camino a la ciencia.

*c) Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida.*

Regula las técnicas de reproducción asistida en lo relativo a las figuras del donante y a los contratos de donación, las disposiciones aplicables relativas a la filiación de los hijos nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida, la gestación por sustitución y la premorencia del marido, consignado en su artículo 9, cuyos cambios importantes de la anterior Ley son entre otros, el término para utilizar el material reproductor que será de 12 meses siguientes al fallecimiento del varón cuando era de 6 meses.

Asimismo, establece los lineamientos sobre los que se deben llevarse a acabo las investigaciones con gametos y preembriones humanos; el procedimiento de crioconservación; la calificación, condición y funcionamiento de los centros de reproducción asistida, así como el objeto, composición y funciones de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida y de los Registros Nacionales de Reproducción Asistida.

### 1.2.6 Francia

El Proyecto de Ley presentado a la Asamblea Nacional el día 18 de mayo de 1984, cuyo principio fundamental es la configuración y reconocimiento de la personalidad jurídica del hijo desde el momento de su concepción. Establece que el interés del hijo concebido nunca deberá ser desconocido, teniendo derecho a la protección de su patrimonio genético. (Art.1)

Igualmente, se proclama la nulidad de pleno derecho de cualquier convención acerca de la concepción del hijo, fecundación y embarazo de la mujer. No se autoriza la inseminación artificial heteróloga y cuando tiene por objeto poner remedio a la esterilidad de la pareja, se prohíbe rigurosamente cualquier manipulación o medida atentatoria a la integridad del embrión o feto. Se crean comités de ética en cada dirección departamental de la salud, y se establecen sanciones, incluso penales, contra las contraversiones a esta Ley<sup>11</sup>.

El día 19 de julio de 1994 se publicaron en Francia dos leyes:

a) *La Ley número 94-653, que legisla sobre el respeto del cuerpo humano: "nadie puede vulnerar la integridad de la especie humana. Se prohíbe toda práctica eugenésica dirigida a la organización de la selección de las personas"*, en este sentido el artículo noveno de la citada Ley señala que quien este en esta hipótesis normativa será sancionado con pena de veinte años de reclusión, reformando al efecto algunos artículos del Código Civil Francés respecto a derechos civiles del cuerpo humano y al estudio genético de las personas, filiación en caso de reproducción asistida, y análisis genético de la huella dactilar, en el Código Penal Francés se contempla como delito la clonación.

---

<sup>11</sup> VIDAL MARTINEZ, Jaime, *Las Nuevas Formas de Reproducción Humana ante el Derecho Civil: Introducción y Panorama General*. España. Ed. Civitas 1988. Págs.3685-3739.

b) *La ley número 94-654, relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, y a la asistencia médica en la reproducción y en el diagnóstico prenatal.* Señala que se aplicarán las técnicas de reproducción asistida al hombre y mujer que formen la pareja, quienes deberán estar **vivos**, en edad de procrear, casados en situación de poder acreditar una vida en común de al menos dos años y consentir en la transferencia de embriones o inseminación artificial.

Al respecto, no hay que olvidar el famoso caso antes mencionado suscitado el 1 de agosto de 1984, el Tribunal de Gran Instancia de Créteil autorizó la práctica de la inseminación artificial a Corinee Parpalaix con el semen de su marido muerto, a pesar de que contravenía la Ley citada con anterioridad.

Anterior a estas leyes se publicó el 1 de julio de 1994, *la Ley número 94-548, relativa al tratamiento de datos nominativos que tengan como finalidad la intervención en el ámbito de la salud*, que modificó la Ley número 78-17, del 6 de enero de 1978, relativa a la informática, los ficheros y libertades.

Posteriormente, en el año de 1980 se publicaron una serie de propuestas de Ley relativas a la procreación asistida entre las que destacan:

1.- El proyecto de Ley de 1983 denominado: *“Proposición relativa al estatuto jurídico del concebido así como a los experimentos e investigaciones sobre la creación de la vida humana”* y;

2.- EL proyecto de Ley de 1985 relativo a *“las consecuencias jurídicas de la **inseminación artificial post mortem**”*, en donde se admite esta practica, es importante destacar que este proyecto es posterior a lo ocurrido en el caso de

Corinee Parpalaix, que seguramente sirvió como antecedente para su elaboración.

### **1.2.7 Holanda**

Principalmente encontramos dos decretos:

1.- El Decreto del 25 de enero de 1990, sobre Reglamentación de la Administración Pública.

2.- El Decreto del 31 de enero de 1990, sobre Reglamentación de la Administración Pública.

La Ley 596 del 8 de noviembre de 1993, de complemento del Código de Enjuiciamiento Penal, con disposiciones relativas al análisis del ADN en cuestiones penales.

Decreto 522 del 4 de julio de 1994, que comprende regulaciones especiales sobre el procedimiento de ADN en el Código de Enjuiciamiento Penal.

### **1.2.8 Hungría**

Destaca la Ordenanza de 1981 sobre inseminación artificial, donde se admite la inseminación artificial en la mujer casada como tratamiento de esterilidad y en la Inseminación artificial con semen de donante (IAD) se reconoce al donante el anonimato, el hijo concebido bajo estas técnicas se considera hijo legítimo cuando hay consentimiento de la pareja.

### 1.2.9 Inglaterra

En el año de 1945 el arzobispo de Canterbury constituyó una comisión para el estudio e información relativa a la IAD (inseminación artificial con semen de donante), cuyas conclusiones, dadas a conocer en el año 1948, condenaron dicha práctica, sugiriendo que debería ser prohibida y calificada como un crimen.

En el año de 1960 el Parlamento nombró una nueva comisión (*Ferversham Committee*), que llegó a análogas conclusiones. Posteriormente, en los años setenta cambia la visión frente a la IAD, y en 1973 el denominado *Peel Committee* dio a conocer un informe en el que se aprobaba la IAD, dando una serie de recomendaciones para su práctica.

En el mes de junio de 1982 el Gobierno creó una comisión especial que se enfocaría en el estudio de la fertilización humana y la embriología; esta comisión estaba presidida por la señora WARNOCK, formada por quince miembros, entre los que se incluían médicos, juristas y personas con experiencia en política familiar y protección a la infancia, con una gran diversidad de ideologías y criterios. Esta comisión dio a conocer en el mes de julio de 1984 lo que se denominó como el <Informe Warnock>. <sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Citado por GAFO, Javier, y José María Guerra Flecha, *Dilemas Éticos de la Medicina, Actual II: Procreación Humana Asistida: Aspectos Técnicos Éticos y Legales*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1998. 232 Págs. Señala que el <Informe Warnock> es punto obligatorio de referencia en el estudio de estas técnicas porque es el primer informe europeo que aborda la procreación asistida de forma completa y ha influido de forma determinante en prácticamente todas las comisiones encargadas de elaborar estudios sobre la procreación asistida en los países europeos. Contiene sesenta recomendaciones, entre las que destacan:

- Se recomienda utilizar estas técnicas sólo en parejas heterosexuales (casadas o no).
- Se admite tanto la donación de óvulos como los embriones, aunque sólo se podrán llevar a cabo con licencia de la autoridad competente y con respeto absoluto del anonimato del donante.
- Se limitaron el número de donaciones de gametos a diez por donante.

El proceso legislativo inglés fue tratando temas de maternidad subrogada por lo que surgió la Ley relativa a *acuerdos sobre subrogación* de maternidad del 16 de julio de 1985, que prohibía la celebración de este contrato con fin lucrativo.

En 1987 se publicó la *Reforma de la Ley de Familia* que trata, de forma específica, la inseminación artificial: reconoce la legitimidad del hijo que nazca mediante la IAD.

Aprobada en 1990, la “*Human Fertilisation and Embriology Act*” al igual que muchas otras legislaciones prohíbe la clonación.

La Ley del 1 de noviembre de 1990, al respecto de la Inseminación artificial post mortem, establece en su párrafo 28.6, que ***aunque el esperma, o el embrión generado con el esperma de un hombre fuere utilizado después de su fallecimiento, no podrá ser considerada esta persona como padre del niño***; dicho precepto constituye una limitación para la práctica de la fecundación *post mortem*.

En 1991 se aprobó la *Ley Sobre Fertilización Humana y Embriología*, cuyos puntos importantes se referían al lapso de conservación de los gametos, el cual no podía exceder de un periodo de diez años, y tratándose de embriones no podían durar mas de cinco años en crioconservación, regula el consentimiento del donante para el almacenamiento y uso que se le den a sus

---

-En cuanto a la filiación, se establece que los hijos de los donantes serán legítimos de la mujer y del hombre que figuren como padres, sin que tengan los donantes ningún derecho ni deber respecto a ellos.

-Rechaza la *inseminación post mortem*. En caso de que esta se realizara, el niño así nacido no tendrá ningún derecho hereditario respecto al padre.

-Se rechazan totalmente la maternidad de alquiler, y se considerará madre a la mujer que alumbre a la criatura.

-Por lo que se refiere al *status* jurídico del embrión, se admite la experimentación con embriones antes de los 14 días desde la fecundación, considerándose delito si se realiza después.

gametos y embriones, se imputa la maternidad a quien porte y de a luz al hijo nacido bajo dichas técnicas, asimismo, se prohíbe la creación de híbridos y la manipulación genética.

### **1.2.10 Italia**

El ministro de sanidad italiano dictó el 5 de marzo de 1997, dos Ordenanzas en donde se prohibía cualquier tipo de clonación tanto en animales como en seres humanos, que solo tuvieron una vigencia de noventa días.

El Comité Nacional de Bioética, ha dictado una serie de informes no vinculantes relativos a la procreación asistida.

En 1999, la cámara de diputados aprobó una *Ley sobre Técnicas de Fecundación Asistida*, cuyo propósito central es la protección al embrión humano justificando el uso de las Técnicas de Fecundación Asistida (TRA), como solución a la infertilidad y esterilidad humanas, se prohíbe la clonación y la división embrionaria precoz.

La Ley del 11 de diciembre de 2003, limita el uso de las Técnicas de Fecundación Asistida a parejas casadas o convivientes estables por lo que implícitamente prohíbe la fecundación artificial *post mortem*.

El 14 de marzo de 2001, el senado italiano aprobó el *Convenio de Oviedo* sobre bioética, y el *Protocolo Adicional* firmado el 12 de enero de 1998, que prohíbe la clonación, debemos especificar que ya el Código Penal Italiano de 1992 establecía sanciones por los delitos en contra de la identidad genética.

### **1.2.11 Noruega**

El día 12 de junio de 1987, se publicó la Ley Noruega sobre fecundidad artificial: en ella se regulan la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. Esta Ley fue derogada por la Ley número 56, del 5 de agosto de 1994, *sobre las aplicaciones biotecnológicas en medicina*, que entró en vigor el día 1 de septiembre de 1994. No hay disposición especial relativa a la inseminación artificial *post mortem*.

### **1.2.12 Portugal**

Destacan:

- 1.2 El Proyecto de la Ley Sobre la Utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida, en donde se admite la inseminación artificial heteróloga con el anonimato del donante.
- 1.3 El Decreto de Ley, de septiembre de 1986, sobre reglamentación de centros de procreación asistida.
- 1.4 La Ley Sobre Educación Sexual y Planificación Familiar de marzo de 1984 en la que se contempla la labor del estado en el estudio y la operación de la inseminación artificial.

En 1986 se crea la Comisión para la legislación de las nuevas tecnologías que presentó al ministerio de justicia tres posiciones: 1) *Reglamentación de los Centros que realicen las prácticas de reproducción asistida*; 2) *Utilización de las Técnicas*; y 3) *La creación del Consejo Nacional de Bioética*.

### 1.2.13 República Checa

En la *Instrucción del Ministerio de Sanidad de 1982*, se acepta la inseminación homóloga y heteróloga dentro del matrimonio, siendo considerado el padre el varón que consintió previamente la inseminación de su cónyuge. De tal manera que, se entiende implícitamente la no aceptación de la fecundación *post mortem* en la anterior disposición administrativa.

### 1.2.14 Suecia

Es el primer país de Europa que ha legislado en materia de fecundación asistida, publicó la "*Ley Sobre Inseminación Artificial*" el día 22 de diciembre de 1984, de la es preciso destacar las siguientes ideas<sup>13</sup>:

- 1.5 El ámbito de aplicación de la Inseminación artificial es la pareja heterosexual estable.
- 1.6 Se admite la Inseminación artificial heteróloga con donación de esperma, requiriéndose el consentimiento por escrito del marido.
- 1.7 El hijo nacido por inseminación artificial con donante tiene derecho a conocer la identidad del donante.
- 1.8 No se admite la Inseminación artificial con semen de varios donantes.
- 1.9 No es posible practicar la Inseminación artificial *post mortem*, ya que para que se utilice el procedimiento de inseminación artificial propiamente dicho, se requiere que la mujer este casada o cohabite con el varón, situación que no ocurre en la IAPM, al fallecer el cónyuge varón.

Surge también la "*Ley sobre la Fecundación in vitro*", de junio de 1988, en la cual se prohíbe la maternidad subrogada. Posteriormente, aparecen la Ley

---

<sup>13</sup> HIDALGO ORDÁS, María Cristina. *Análisis Jurídico-Científico del Concebido Artificialmente en el Marco de la Genética*. Ob Cit. Pág.204.

número 114, del 14 de marzo de 1991, *relativa a la utilización de determinadas técnicas genéticas en el marco de los exámenes generales de salud*, y la Ley número 115, del 14 de marzo de 1991, *relativa a las medicinas con fines de investigación o de tratamiento*, en relación con los embriones.

### **1.2.15 Suiza**

El 18 de abril 1999, se aprueba en este país una importante modificación a su ley suprema, en virtud de que la clonación únicamente se encontraba prohibida en algunos de sus cantones, el artículo 119 señala al respecto:

*“1. El ser humano esta protegido frente a los abusos de la medicina reproductiva y la ingeniería genética; 2. La Confederación aprobará prescripciones sobre el empleo del patrimonio germinal y genético humano. En este ámbito proveerá a la tutela de la dignidad humana, la personalidad y la familia, y se sujetara en particular a los siguientes principios: a) todo tipo de clonación y las intervenciones en el patrimonio genético de células germinales y embriones humanos son admisibles; b) el patrimonio germinal y genético no humano no puede ser transferido al patrimonio genético humano ni fusionado con el; c) las técnicas de procreación asistida pueden ser aplicadas únicamente cuando no exista otro modo de curar la infecundidad o para evitar el peligro de transmisión de enfermedades graves, pero no para conseguir determinados caracteres en el nasciturus ni para fines de investigación; la fecundación de los óvulos humanos fuera del cuerpo de la mujer esta permitida sólo bajo las condiciones establecidas en la ley; fuera del cuerpo de la mujer únicamente se pueden fecundar tantos óvulos humanos como se vayan a trasplantar inmediatamente; d) la clonación de embriones y cualquier forma de maternidad subrogada son inadmisibles; e) no se puede comerciar ni con el patrimonio germinal humano ni con los productos del embrión; f) el patrimonio genético de una persona solo puede ser analizado, registrado o revelado con su consentimiento o en base en una prescripción legal”.*

Al analizar el precepto antes indicado, podemos concluir en que se encuentra implícita la no posibilidad de realizar la fecundación *post mortem*, debido a que el uso de las técnicas de fecundación asistida, se limita a los

casos previstos por la Ley, que son de carácter terapéutico, asimismo, prohíbe la criopreservación de embriones al establecer que sólo proceden los métodos de fecundación artificial cuando se vayan a implantar inmediatamente.

### **1.2.16 El Consejo de Europa.**

Desde la firma de sus Estatutos, en Londres en el año de 1949, el Consejo de Europa se ha preocupado intensamente por la defensa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Así, en la denominada Convención Europea, los estados miembros se comprometieron a hacer cumplir los derechos recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 1º de diciembre de 1948.

La actividad del Consejo de Europa sobre la inseminación artificial humana, la fecundación *in Vitro*, los derechos del niño no nacido, la ingeniería genética, la experimentación e investigación con embriones y fetos humanos, etc., ha sido muy versátil por lo que en este sentido destacan:

- La Resolución número 4376, del 6 de octubre de 1979, intitulada *Declaración de los derechos del niño no nacido*.

- La Recomendación 1046 (1986), *relativa a la utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales*, texto aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa del día 24 de septiembre de 1986, en donde se invitó a los gobiernos de los Estados miembros a prohibir todo tipo de manipulaciones o desviaciones no deseables en las técnicas de fecundación humana.

- La Recomendación 1100 (1989), al respecto de *la utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica*, cuyo texto fue aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el día 2 de febrero de 1994, prohibiéndose la clonación.

- La Recomendación 1240 (1994), *relativa a la protección y patentabilidad de los productos de origen humano*, texto aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el día 14 de abril de 1994.

- Finalmente, el *Convenio de Oviedo del 19 de noviembre de 1996, el cual sustenta la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina*, denominado: *Convenio de los Derechos Humanos y la Biomedicina*, firmado por Oviedo el día 4 de abril de 1997; como consecuencia de la clonación de la oveja *Dolly*, el 6 de diciembre de 1997 se dictó un *Protocolo Adicional*, signado por los países que forman parte de los miembros, el 12 de enero de 1998 por el que se prohíbe “ toda intervención que tenga por finalidad crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano, ya sea vivo o muerto”.

### **1.3.- Conceptos Fundamentales.**

#### **1.3.1- La bioética y el Derecho.**

El término bioética proviene del griego *bíos*, que significa vida, y *ethiké*, que significa moral, es decir, es el estudio sistemático de la conducta humana, el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud, que conlleva un estudio axiológico a la luz de los principios y valores morales.

El diccionario de la Real Academia Española define a la bioética como “la disciplina científica que estudia los aspectos éticos de la medicina y la biología en general, así como las relaciones del hombre con los restantes seres vivos”<sup>14</sup>.

Es por lo anterior que la bioética constituye una ciencia que amalgama las diversas disciplinas del conocimiento científico porque las implica a todas: la medicina, la biología, la sociología, la antropología, la psicología, la teología, la ética, la historia y el derecho, sustentada siempre en la humanización de las mismas.

En términos generales podemos entenderla como una simbiosis entre la realidad científica, como estudio de la naturaleza sustancial y la moral como cultura humanística, su propósito reside en mezclar la naturaleza y el espíritu y convertirse en una ciencia perfecta porque atiende a la polaridad del hombre mismo.

Sin la dirección del derecho, la bioética sería frágil, por lo que debe sustentarse en el porque es solo ahí donde adquiere mayor rigor y aplicación general.

No regular las conductas implicaría que estas fueran consideradas lícitas por no estar enteramente prohibidas, a partir de la concepción que tenemos del deber ser, para poder llegar a concluir el poder hacer, asimismo, también podemos partir de la regulación de normas expresas sobre lo que se puede hacer o no o se puede regular estableciendo únicamente prohibiciones.

### **1.3.2 Esterilidad e infertilidad como problemas sociales y circunstancias en las que se recomienda el uso de técnicas de reproducción asistida.**

---

<sup>14</sup> Diccionario de la Real Academia Española. <http://www.rae.es>. 8 de febrero de 2008.

Existen diversos factores que influyen en la formación de la familia y en la generación biológica de la descendencia de índole profesional, académica, económica y social como lo es la inserción de la mujer en la vida pública que repercute en una vida conyugal más tardía disminuyendo la capacidad procreativa, en virtud de existir como expectativa primordial el desarrollo profesional, lo cual tiene serias repercusiones en el tiempo respecto al campo biológico hasta tornarse incluso en la imposibilidad natural de procrear que implica el descenso en la fertilidad que a nivel social se reflejaría en una baja tasa de natalidad.

En los países denominados de primer mundo la problemática de esterilidad se hace mas frecuente, consecuencia de otros factores como lo son:

- a) el *stress* al que se someten los individuos como victimas de un país industrializado;
- b) el aumento de enfermedades de transmisión sexual;
- c) los efectos secundarios de los anticonceptivos más recurribles;
- d) las complicaciones tras la práctica de abortos provocados y;
- e) la tendencia actual de las parejas a retrasar su primer embarazo, etc.

La Norma Oficial Mexicana relativa a los servicios de planificación familiar identificada con el número NOM 005-SSA2-1993 define a la esterilidad como: “la incapacidad que presenta un individuo, hombre o mujer o ambos integrantes de la pareja, en edad fértil, para lograr un embarazo por medios naturales, después de un período mínimo de doce meses de exposición regular al coito, sin uso de métodos anticonceptivos”.

Utilizamos los términos de *infertilidad* y *esterilidad* para referirnos a la incapacidad para reproducirse, sin embargo debemos precisar esta ambigüedad y distinguir entre ambos conceptos, por lo que voy a partir de esterilidad *latu sensu* que vendría a ser el género y que a su vez se dividirá en

esterilidad *strictu sensu*, que indica la imposibilidad de efectuarse la fecundación a partir de la incapacidad para producir gametos, que implica una alteración de carácter irreversible, en tanto que la *infertilidad* va enfocada en la imposibilidad de tener hijos viables, siendo potencial la fecundación, es decir, si hay producción de gametos viables, sin embargo, existe la incapacidad para concebir, para retener el embrión en el útero, al *contrario sensu* la fertilidad puede ser definida como la capacidad fisiológica del ser humano para reproducirse, concepto que va íntimamente ligado al de la fecundación, entendida como un proceso que se lleva a cabo en todas la formas de reproducción sexuada como la fusión de dos células haploides o gametos, espermatozoide y ovocito, para constituir una célula diploide o cigoto.

Observemos que los términos de infertilidad y esterilidad humana parten de la misma naturaleza su diferencia es solo de grado.

Dichas incapacidades repercuten social y psicológicamente en los seres humanos, en virtud de su estigmatización que puede reflejar serios cuadros patológicos en el varón al no poder demostrar la vigencia biológica de su virilidad, la agresión de su cónyuge e incluso la imputación inexacta sobre la disfunción procreacional a su cónyuge, tal y como señala Robert Clarke<sup>15</sup>: *“Un hombre sin hijos no posee estatus social. Es rechazado no solo del mundo de los vivos, sino también, y eso es generalmente lo más grave, del reino de los muertos, de esa sociedad de antepasados desaparecidos, en la que no podrá entrar sino posee hijos que puedan rendirle culto...el que muere sin hijos, esta privado de la supervivencia...”*

De manera enunciativa y sintetizada me referiré a las causas relativas de los factores que propician la infertilidad humana, por lo que es necesario

---

<sup>15</sup> SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, Filiación y Delito*. Buenos Aires Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1990. Págs. 10-11

distinguir por lo menos tres fuentes originadoras, a saber: a) masculinas, b) femeninas, c) comunes y mixtas o que deriven de fuente desconocida,<sup>16</sup> las cuales se esquematizan a continuación:

### **1.3.2.1 Causas Femeninas**

#### **1. Causas ováricas**

1.1 Ausencia de gónadas: sea esta congénita (agenesia ovárica) o adquirida (por extirpación quirúrgica, tumores, inflamaciones).

1.2 Anomalías de la ovulación: síndrome de los ovarios poliquísticos, a) *insuficiencia ovárica primitiva*: disgenesia gonadal pura, síndrome de Turner, síndrome de insensibilidad ovárica a las gonadotropinas, síndrome de menopausia; b) *insuficiencia ovárica secundaria*: alteraciones del eje hipotálamo-hipofisario.

1.3 Alteraciones en la fase lútea: síndrome del folículo luteinizado no roto (LUF), deficiencia de la fase lútea: debida a la producción de niveles bajos de progesterona, creando consecuentemente un estado inapropiado en la mucosa uterina.

1.4 Endometriosis.

1.5 Tendencia letal del óvulo: patología en la que el óvulo es expulsado, pero al arribar a las trompas de Falopio parece haber sido fecundado o no.

**2. Causas Tubáricas.-** la más frecuente es la obstrucción, hay otras de carácter secundario debidas a un trastorno funcional tubárico, sea de tipo

---

<sup>16</sup> LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda, *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético*. Ed. Depalma, Buenos Aires. 1995. 528 Págs. Págs. 86-91.

secretario o por alteración de su motilidad. Todas estas causas son originadas por existir a nivel de las trompas de Falopio un proceso inflamatorio, ya sea de etiología infecciosa (tuberculosis, gonococia, *chlamydia trachomatis*), o no (endometriosis- generalmente localizada en ovarios y otras estructuras pélvicas- , produciendo adherencias).

También encontramos las anomalías congénitas, iatrogénicas y cirugías de esterilización.

### **3. Causas Uterinas**

3.1 Por lesiones del endometrio: ya sean de tipo orgánico o funcional, vinculadas estas últimas a trastornos ováricos.

3.2 Por falta de permeabilidad: congénita vinculada generalmente con otras anomalías del tracto reproductor; o adquirida: sinequias uterinas, legrados endometriales, o postabordos, inyección intrauterina de cáusticos, etc.

3.3 Por factor mecánico: pólipos, miomas, por alteraciones de mucosa endometrial y vascularización, neoplasias.

### **4. Causas Cervicales**

4.1 Alteraciones congénitas: vinculadas con anomalías del cuerpo uterino o vagina: atresia, cuello doble, etc.

4.2 Posiciones anormales: útero en reposición, o prolapso uterino, circunstancia que entorpece la inseminación adecuada.

4.3 Alteraciones morfológicas o en las dimensiones del cuello; en este aspecto es sumamente importante la disfuncionalidad hormonal.

4.4 Miomas y pólipos cervicales.

4.5 Cervicitis.

4.6 Lesiones traumáticas: sinequias, cauterizaciones profundas, amputaciones, etc.

4.7 Alteraciones funcionales: principalmente en el moco cervical por trastornos hormonales o infecciones.

**5. Causas Vaginales.-** debidas a malformaciones congénitas, vaginitis intensa, etc.

**6. Causas Psíquicas.-** Estos factores pueden actuar en el tracto genital Vgr. Inhibiendo la ovulación en forma directa en el ovario, o produciendo alteraciones en la motilidad de las trompas por espasmos tubáricos, también presentes en el cuello del útero, o produciendo espasmos de vulva o vagina, lo que podría impedir el coito.

**7. Otras Causas.-** Enfermedades graves, obesidad o adelgazamiento extremo, alteraciones de las glándulas suprarrenales o tiroideas, entre otras que aun son discutidas como causas de infertilidad: drogas, medicamentos, carencias vitamínicas importantes.

### **1.3.2.2 Causas Masculinas**

#### **1. A nivel testicular**

1.1 Alteración congénita por inexistencia de espermatogonias por anomalías cromosómicas.

1.2 Ausencia de espermatogonias por destrucción (debida a factores exógenos); o por inmadurez (debida a endocrinopatías, alteraciones en la nutrición, irradiaciones, drogas, alteraciones en la vascularización : varicocele, cambios de temperatura significativos y persistentes, en especial en algunas profesiones, vgr. panaderos, etc.).

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

**3. Alteraciones de las glándulas accesorias.-** Infecciones localizadas en la próstata, o en las vesículas seminales, o por problemas hormonales que cause alteraciones en el líquido seminal, obstaculizándose la motilidad en los esperamotозoides.

**4. Anomalías diversas en la eyaculación o en la inseminación.-** Eyaculación: precoz, desviada y retrógrada. Las alteraciones en la inseminación pueden deberse a causas orgánicas: malformaciones externas de los genitales; trastornos neurológicos; o a enfermedades generales (nefropatías o hepatopatías graves, etc), o bien de origen psicógeno. Sin duda la ingesta de alcohol abusiva y el trabajo excesivo pueden producir alteraciones de este orden.

**5. Defectos estructurales o morfológicos de los espermatozoides.-** Tanto en la baja o nula cantidad en el eyaculado- azoospermia: ausencia total de espermatozoides-; como por su baja movilidad- astenospermia-, o necrospermia. La existencia de espermatozoides de formas anormales en altos porcentajes (teratospermia).

### 1.3.2.3 Factores Comunes y/o Mixtos

**1. Factor inmunológico.-** Se puede presentar en cualquiera de los miembros de la pareja. Puede deberse a incompatibilidad en el sistema sanguíneo de los cónyuges, o en otros casos a reacciones, en distintos niveles celulares del cuerpo femenino debidos a la presencia del semen que es reconocido por anticuerpos de la mujer como un elemento extraño. Este factor aun forma parte del objeto de estudio de la ciencia moderna.

**2.- Esterilidad Idiopática o sin causa aparente.-** o las esterilidades inexplicables, en el ámbito médico se designan así a los casos en lo que los exámenes practicados a la pareja son, desde el punto de vista reproductor, normales. Obviamente, al descubrirse nuevas causas de infertilidad van disminuyendo porcentualmente las parejas afectadas por estas causas.

Como resultado de las causas anteriormente señaladas la pareja que sufre de esterilidad puede asumir cuatro papeles en su vida, el de formularse como un matrimonio sin descendencia, adoptar hijos, someterse al tratamiento de las técnicas de fecundación humana o incluso divorciarse.

Es gracias a la **crioconservación** o congelamiento de esperma que se ha logrado el uso de las técnicas de fundación humana y se ha permitido el desarrollo de la inseminación artificial, comprobando que los espermatozoides son resistentes a las bajas temperaturas y mediante una diversificación de cuidados se logra que soporten el choque termino de su congelamiento y posterior descongelación, por lo que se disuelven en una solución crioprotectora, cuyos componentes esenciales son el glicerol, fructosa, antibióticos y yema de huevo, su obtención se logra a través de la masturbación o bien de profilácticos especiales, biopsia testicular, etc. En dicho líquido seminal se utilizan técnicas de centrifugación por lo que es licuado de quince a

treinta minutos, a temperatura ambiente, posteriormente se le analiza microscópicamente con relación a su movilidad, motilidad y morfología para mezclarlo a la solución crioprotectora para distribuirse en tubos de 14 centímetros de largo por 2 milímetros de diámetro llamados pajuelas.

Después se les expone a vapores de nitrógeno durante diez minutos, y luego se sumergen en nitrógeno líquido a 196 grados, finalmente se almacenan en bombonas llenas de nitrógeno líquido pudiendo conservarse hasta por más de veinte años.

### **1.3.3 Técnicas de Fecundación Asistida.**

Analizaremos a continuación las múltiples variantes de las técnicas de fecundación humana, por lo que primero antes de hablar de una clasificación al respecto comenzaremos por definir lo que vamos a entender por inseminación artificial (IA) propiamente dicha y fecundación *In Vitro* (FIV).

Debemos clasificar a la fecundación asistida como de baja (corresponde a la inseminación artificial), mediana (inseminación artificial en la trompa, por medios mas complicados) y alta complejidad (fecundación *In Vitro*).

Flavio Galván Rivera define a la Fecundación Asistida como “el conjunto de técnicas o métodos y procedimientos utilizados para obtener la concepción mediante la manipulación de los gametos masculinos y femeninos por personal profesional autorizado” <sup>17</sup>definición a la que cabría añadir que se realizan con el propósito de resolver los problemas de esterilidad humana.

---

<sup>17</sup> Citado por LÓPEZ FAUGIER, Irene. La Prueba Científica de la Filiación. México, Ed Porrúa 2005. 131 Págs. Pág 173

La inseminación artificial atendiendo al concepto del Doctor Ernesto Gutiérrez y González propuesto en el “Anteproyecto del Código Civil para el Estado de nuevo León” es: “el encuentro del espermatozoide y el óvulo, en el genital adecuado de la mujer, sin contacto carnal, y con el empleo de los medios mecánicos. Su finalidad es obtener la concepción para la reproducción de la especie humana, por medio diferente al establecido por la naturaleza”<sup>18</sup> es decir, es un método utilizado para introducir el espermatozoide en el interior de los órganos genitales de la mujer artificialmente, se distingue por la ausencia del acto copulatorio sin eyaculación intravaginal, no por ello le priva el carácter de sexuado, así podemos distinguir entre fecundación *intra corpore* y *extra corpore*.

La *extra corpore* derivada de la fecundación In Vitro (FIV), siguiendo al Doctor Ernesto Gutiérrez y González la podemos definir como “La penetración de un óvulo por un espermatozoide, fuera del genital adecuado de la mujer, por el empleo de un proceso de acercamiento mecánico en laboratorio. Tiene por finalidad, obtener por ese procedimiento un óvulo fecundado, e implantarlo después en la mujer, para obtener el nacimiento del descendiente”<sup>19</sup>.

Consiste en reproducir, a través de técnicas de laboratorio, el proceso de fecundación del óvulo extracorporeamente.

La tecnología de FIV se desarrolla fundamentalmente en tres pasos: a) la obtención del óvulo u óvulos extrayéndolos de la cavidad abdominal (propriadamente hablando se trata de ovocitos próximos a su maduración); b) la fecundación *In Vitro* propriadamente dicha, es decir, la puesta en contacto del óvulo con los espermatozoides y el logro de la fecundación, incluyendo las primeras divisiones celulares, y c) la transferencia del embrión (TE) de pocas

---

<sup>18</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho Sucesorio Inter vivos y Mortis Causa*. Ob Cit Pág. 295.

<sup>19</sup> *ibidem*. Pág. 303.

horas, al interior del útero, para que allí se realice el proceso de anidación o implantación y continúe el desarrollo embrionario.

Para proceder a la fundación *In Vitro* primero se recoge el óvulo, cuando la secreción de la hormona luteinizante es la correcta y cuando el óvulo alcanza cierta madurez, es necesario que el espermatozoide sufra una serie de cambios a nivel del acrosoma, una vez producida la fecundación comienzan una serie de divisiones mitóticas hasta el estadio de dieciséis células, que corresponden con su entrada a la cavidad uterina, esta técnica se realiza en el laboratorio a través de una manipulación de los líquidos foliculares, ovocitos y embriones en una incubadora, en donde se simulan las condiciones lo mas similares al aparato reproductor femenino.

Incluso fuera de esto hoy en día se están llevando a cabo practicas más avanzadas donde es posible trasplantar embriones humanos de una mujer a otra a lo que se ha denominado *adopción prenatal*: “se trata pues de una inseminación artificial heteróloga seguida, después de constatada la fecundación, de un lavado uterino con transferencia del cigoto al útero de la mujer que pretende continuar el embarazo y reconocer como propio al niño.”<sup>20</sup>

La inseminación artificial y la fecundación extrauterina tienen en común, que no requieren la relación sexual de un hombre y una mujer para fines procreativos, mientras su diferencia radica, en cuanto a que la inseminación artificial se lleva a cabo dentro de la mujer, en cambio la fecundación extrauterina se realiza fuera del cuerpo de la mujer.”<sup>21</sup> Señala Zannoni: “La fecundación se obtiene sin copula o coito. El semen es inoculado mediante

---

<sup>20</sup> SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética.Filiación y Delito. Ob. Cit .*Pág. 42.

<sup>21</sup> GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. *Derecho Sucesorio Inter vivos y Mortis Causa.Ob Cit.*  Pág.270-284.

jeringas o catéteres y depositado en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo femenino”<sup>22</sup>.

#### **1.4 Clasificación de las técnicas de fecundación asistida.**

Al referirnos al término “clasificación” debemos entender que “es uno de los elementos esenciales de la moderna organización científica, porque ella responde a la necesidad de encontrar rápidamente todos los factores de que depende una fabricación a fin de poder organizar con el debido método; luego el papel que la clasificación ha de llenar principalmente, ha de ser el encontrar con rapidez esos elementos en cualquiera de los casos que se puedan presentar”<sup>23</sup>.

Por lo que para un análisis y con el objeto de facilitar la comprensión de las técnicas de reproducción asistida es preciso dividirla en dos grandes grupos:

a) *Matrimoniales y/o en concubinato* atendiendo al vínculo de matrimonio existente entre la pareja que pretenda sujetarse a las referidas técnicas o b) *extramatrimoniales o no matrimoniales*, cuando por alguna causa ya sea por muerte, divorcio y las demás análogas se presenta la disolución del matrimonio o bien nunca existió tal vínculo.

Al respecto de la clasificación de la inseminación artificial debemos distinguir entre inseminación artificial homologa y heteróloga, de las que hablaremos más adelante, primero a partir de su conceptualización heterólogo se refiere a lo que acontece entre diferentes especies mientras que homólogo se refiere a todo lo que acontece en una sola especie, en este sentido todas las técnicas de fecundación humana serían homologas por lo que se trata de una denominación

---

<sup>22</sup> ZANNONI, Eduardo. *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. Proyecciones Jurídicas*. Buenos Aires. Ed. Astrea 1998. Pág. 44.

<sup>23</sup> *Enciclopedia Universal Espasa-Calpe* Tomo III. Madrid. 1931. Pág. 2331.

inapropiada, sin embargo, por ser considerado así en el campo de la bioética me referiré a ellas tal y como se les ha conceptualizado.

También debemos precisar el término de *Teleinseminación*, en virtud de ser tratada por algunos autores es definida como la técnica que se practica con semen congelado, y que se remite desde otro lugar fuera del territorio del estado en donde resida la pareja, el esposo, el concubino o donante, para ser aplicado a la esposa, la concubina o a una mujer soltera.

A continuación señalo a grandes rasgos la clasificación de las técnicas de fecundación humana haciendo alusión a todos los casos posibles que pudieran llegar a presentarse.

#### **1.4.1 Inseminación Matrimonial y/o en Concubinato**

Básicamente consiste en depositar esperma en la vagina o en el cuello del útero, que se da entre cónyuges o concubinos, a través de su consentimiento y estando vigente el vínculo matrimonial, si se logra el embarazo el hijo engendrado se considera como hijo del matrimonio por lo que en este sentido puede clasificarse en:

##### **1.4.1.1 Inseminación Homóloga. (*cum semini mariti*)**

También conocida como *autoinseminación*, se realiza con semen del marido o compañero de la mujer inseminada (también aplica en el caso de concubinato), puede revestir dos modalidades, según que ésta sea conyugal o que se haga necesario la intervención de tercería maternal genética o de gestación.

### 1.4.1.2 Inseminación conyugal (IAC)

En este caso, el material genético, (óvulo y espermatozoides), es proporcionado por ambos cónyuges, y la gestadora será la esposa de la pareja.

Se puede realizar atendiendo a los siguientes supuestos:

a) *Inseminación intravaginal*.- Estamos en presencia de un caso de inseminación propiamente dicha. Existe una manipulación de primer grado del proceso reproductivo y consiste en inyectar el espermatozoides fresco en el fondo de la vagina mediante una jeringa.

b) *Inseminación intracervical*.- Se deposita el espermatozoides, en contacto con la secreción cervical, para ello se inyecta una cantidad pequeña en el interior del cuello del útero y el resto del espermatozoides se aplica en una especie de tapón cervical que se retira posteriormente.

c) *Inseminación intrauterina*.- Se recurre a ella cuando existen alteraciones en el cuello del útero y de la secreción cervical, se depositan los espermatozoides en la cavidad uterina, a partir de técnicas especializadas de preparación del semen.

d) *Inseminación mediante fecundación in Vitro (FIV)*. Primeramente se extraen por separado el óvulo de la esposa y el semen del marido, y se fecunda *in Vitro* el óvulo maduro. Posteriormente se realiza la transferencia embrionaria al útero de la esposa.

#### **1.4.1.2.1 Inseminación con tercería maternal (Conyugal)**

De la inseminación con tercería maternal se pueden delimitar tres supuestos, dependiendo de si la tercera interviene en el procedimiento como donante de óvulo, como gestadora o ambos a la vez que dependerá de la incapacidad que sufra la esposa de producir gametos o retener al embrión en el útero.

Si la cónyuge es incapaz de producir óvulos, la tercera se limita a intervenir como donante de óvulos. Si por el contrario la esposa sufre de incapacidad para gestar, pero puede producir óvulos, la tercera será la encargada de gestar el embrión de la pareja; y si la esposa, sufre de infertilidad y esterilidad, la tercera desempeña el doble papel de donante y gestadora.

##### **1.4.1.2.1.1 Donación de óvulos o tercería maternal genética**

Se presenta el supuesto de que la tercera interviene en el proceso únicamente como donante de óvulos, siendo, por lo tanto, la esposa la encargada de llevar a término el embarazo. Esta disposición de gametos implicara, para la donante, el sufrimiento de todas las molestias y complicaciones de una *fecundación in vitro (FIV)*. El procedimiento puede llevarse a cabo de la siguiente manera:

- a) El óvulo donado por la tercera es fecundado con el espermatozoides del esposo *In Vitro*. Posteriormente el embrión resultante es transferido al útero de la esposa para su gestación.
  
- b) El óvulo donado por la tercera es fecundado con el espermatozoides del esposo, suspendiéndose la transferencia al útero de la esposa, y procediéndose a la

crioconservación del embrión resultante, aguardando hasta el momento propicio para la fecundación.

#### **1.4.1.2.1.2 Inseminación con intervención de maternidad subrogada o tercería maternal de gestación.**

Atendiendo a quien aporta los gametos femeninos puede clasificarse en:

##### **1.4.1.2.1.2.1 Óvulo donado de gestadora.**

- El primer supuesto es el de inseminación propiamente dicha. Equivale por lo tanto a depositar el semen del marido en la vagina de la tercera, por medios artificiales.
- El segundo supuesto se presenta cuando el óvulo de la gestadora es previamente removido y fecundado *in vitro* con el espermatozoides del esposo. El embrión resultante es posteriormente depositado en el útero de la gestadora.
- El tercer supuesto se presenta cuando el óvulo de la gestadora es fecundado *in vitro* con espermatozoides del marido. El embrión resultante es posteriormente sometido al procedimiento de crioconservación para su transferencia futura al útero de la gestadora.

##### **1.4.1.2.1.2.2 Óvulo de la esposa.**

- El primer supuesto se presenta cuando el óvulo de la esposa es removido y fecundado *in vitro* con semen de su esposo. El embrión de la pareja es posteriormente depositado en el útero de la gestadora para que ésta lleve a término el embarazo.

- El segundo supuesto se presenta cuando el embrión de la pareja resultante de la fecundación *in vitro* descrita en el párrafo anterior, es sometido a procedimiento de crioconservación para su posterior transferencia al útero de la gestadora.

#### **1.4.2.1.2.3 Donación ovular de tercera ajena a la gestadora y a la esposa.**

Estamos frente al caso de una tercería maternal de gestación, en que la esposa se vea imposibilitada para producir óvulos y para gestar, es decir sea infértil y estéril.

Así pues, podría presentarse el caso en que, en vez de ser la gestadora la que aporte el óvulo y realice la gestación, sea una tercera mujer la que intervenga como simple donadora de óvulos, siendo admisible la fecundación *In Vitro* y la crioconservación de los embriones.

#### **1.4.2 Heteroinseminación (*cum semini extranei*).**

Se da en el caso de mujeres que tienen celebrado un contrato de matrimonio o viven en concubinato, y son inseminadas con esperma de un tercero ajeno a su esposo o concubino para la concepción. Encontramos aquí una paternidad genética y otra puramente social. El donante de semen es por regla general anónimo y puede realizarse en vida del donador o *post mortem*. El donante no asume ningún derecho o responsabilidad para con el hijo concebido con su semen, sino que únicamente se limita a proporcionar sus gametos.

Atendiendo a quien aporta los gametos masculinos puede clasificarse en:

#### **1.4.2.1 inseminación con gametos de donante vivo (IAD)**

- En el primer supuesto el proceso consistirá en inseminar a la esposa con el semen de un tercero que puede ser conocido o no.
- En el segundo supuesto el óvulo de la esposa se fecunda *in vitro* con el semen del donante, y el embrión resultante se transfiere al útero de la esposa para su gestación.
- En el tercer supuesto el embrión resultante del óvulo fecundado con el semen del donante no se transfiere al útero de la esposa, sino que se congela para su posterior transferencia.

#### **1.4.2.2 Inseminación con gametos del donante fallecido o *post mortem*.**

Aquí la cuestión más importante es que el cónyuge emita su consentimiento a favor de la inseminación de su esposa con semen de un donante conocido o no, pero ya fallecido, que podría presentarse quizá con los gametos de una persona que en vida haya sido ejemplar.

- El primer supuesto se presenta en el caso de inseminación de la esposa con el semen congelado del donante fallecido.
- El segundo supuesto puede presentarse bajo dos hipótesis. La primera, en el caso de fecundación *in vitro* del óvulo de la esposa con el semen congelado del donante fallecido, acompañada de la transferencia embrionaria. La segunda hipótesis se presenta al procederse a la congelación del embrión resultante de la fecundación *in vitro* del óvulo de la esposa con el esperma congelado del donante ya fallecido.

### **1.4.2.3 Inseminación con tercería maternal y semen de donante.**

Al igual que lo establecido para los casos de inseminación con semen del marido, los tipos de inseminación con tercería maternal que se presentan a continuación contemplan los dos supuestos descritos anteriormente. En este sentido, nos encontramos con el papel de la tercera que va a variar dependiendo de la incapacidad de que adolezca la esposa de la pareja. Sin embargo, lo que debemos distinguir en este caso, es que el gameto masculino no proviene del esposo sino de un tercero.

Debido a la naturaleza misma de la práctica, es físicamente imposible que se proceda por inseminación artificial propiamente dicha y puede presentarse bajo las siguientes modalidades:

#### **1.4.2.3.1 Tercería maternal genética.**

- En el primer supuesto del que ya habíamos hablado en el apartado correspondiente, la tercera interviene en el proceso únicamente como donante del óvulo que es fecundado *in vitro* con el esperma del donante. El embrión resultante es posteriormente transferido al útero de la esposa de la pareja para su gestación.
- En el segundo supuesto el óvulo de la tercera se fecunda con el esperma del donante y el embrión resultante es sometido al procedimiento de crioconservación para su posterior transferencia al útero de la esposa.

### **1.4.2.3.2 Maternidad subrogada o tercería maternal de gestación.**

#### **1.4.2.3.2.1 Con óvulo de gestadora.**

- En el primer supuesto nos encontramos un proceso de inseminación propiamente dicha. Equivale por lo tanto a depositar el semen del donante en la vagina de la tercera, por requerimiento de la pareja infértil.
- En el segundo supuesto el óvulo de la gestadora es previamente removido y fecundado *in vitro* con el esperma del donante. El embrión resultante es posteriormente transferido al útero de la gestadora.
- En el tercer supuesto el óvulo de la gestadora fecundado *in vitro* con esperma del donante. El embrión resultante es posteriormente sometido al procedimiento de crioconservación para su transferencia al útero de la gestadora en el futuro.

#### **1.4.2.3.2.2 Con óvulo de la esposa.**

- En el primer supuesto, el óvulo de la esposa es removido y fecundado *in vitro* con semen de tercero. El embrión resultante es posteriormente depositado en el útero de la gestadora para que esta lleve a término el embarazo.
- En el segundo supuesto el embrión resultante de la fecundación *in vitro* del óvulo de la esposa con semen de tercero arriba descrito, es sometido al procedimiento de crioconservación para su posterior transferencia al útero de la gestadora.

#### **1.4.2.3.2.3 Con donación de embrión.**

Se presenta un caso especial donde el óvulo es aportado por otra mujer distinta a la esposa y a la gestadora y el esperma es aportado por un tercero se

presenta una auténtica donación de embrión. Algunos autores la consideran como una adopción en la concepción.

- En el primer supuesto se presenta el caso en que se fecunde *in vitro* un óvulo donado por mujer distinta a la gestadora y a la esposa con semen de donante, y el embrión resultante se deposite en el útero de la gestadora.
- En el segundo supuesto el embrión fecundado *In Vitro*, es tratado mediante crioconservación para su posterior transferencia al útero de la gestadora.

### **1.4.3 Inseminación Extramatrimonial o no Matrimonial.**

Al referirnos a la clasificación que al respecto hacemos de estas técnicas de fecundación humana asistida o artificial señalábamos los dos grandes grupos en que se dividían, ahora analizaremos los supuestos que pueden llegar a presentarse, ante la inexistencia del vínculo matrimonial o bien cuando este llegara a su disolución, tal es el caso de la inseminación de la cónyuge supérstite con semen del *de cuius*.

#### **1.4.3.1 Inseminación artificial *post mortem* (IAPM).**

Este supuesto lo analizaremos a detalle en el capítulo cuarto del presente trabajo que constituye en si el tema al que nos avocaremos principalmente, pero atendiendo a la clasificación debemos analizar los supuestos que se presentan a continuación:

##### **1.4.3.1.1 Gestación conyugal en el caso de la viuda o cónyuge supérstite.**

En este supuesto la cónyuge supérstite será quien va a gestar el embrión

resultante de la fecundación de sus óvulos con el espermatozoides de su esposo fallecido. Dado que el semen de su esposo debe estar congelado previa la inseminación, esto viene a añadirle un grado superior de artificialidad distinto a las prácticas apuntadas con anterioridad.

- En el primer supuesto nos encontramos en presencia de una inseminación artificial propiamente dicha, en la cual la viuda es inseminada con el semen previamente descongelado del esposo fallecido.
- En el segundo supuesto el óvulo de la viuda es removido y fecundado *in vitro* con el semen del difunto cónyuge y posteriormente transferido a su útero para su gestación. Asimismo puede llegar a presentarse en el caso de que el embrión concebido mediante la fecundación *in vitro* antes descrita, sea congelado para la posterior implantación y gestación de éste por parte de la viuda, suspendiéndose así la transferencia embrionaria, y realizándose ésta después del fallecimiento del esposo.

#### **1.4.3.1.2 Maternidad subrogada o tercería maternal de gestación.**

La tercería maternal de gestación con concepción genética conyugal engloba dos distintos supuestos:

- El primero, relativo a la gestación del embrión producto de la fecundación del óvulo de la esposa fallecida con el semen del esposo vivo.
- El segundo surge por la gestación por parte de tercera, del embrión resultante de la fecundación del óvulo de la viuda con el semen congelado de su cónyuge fallecido.

Se presentaran en dado caso las prácticas de fecundación *in vitro* seguida de

transferencia embrionaria o el procedimiento de *congelación/descongelación* de embriones.

Pero, ¿que pasaría si ambos cónyuges murieran y se encontraran sus gametos congelados en algún Banco o en el caso de tratarse de embriones que han sido previamente obtenidos mediante la utilización del material genético de ambos, que se encuentran en criopreservación en alguna institución? para dar solución a esta interrogante tendríamos que considerar si es posible el proceso de gestación por tercera de dichos embriones y decidir que destino debe dárseles a los mismos, cuestión que por ser motivo de otras situaciones de hecho que repercuten en consecuencias jurídicas especiales no abordaremos en el presente trabajo.

#### **1.4.3.1.3 Inseminación con donación ovular o donación seminal.**

##### **1.4.3.1.3.1 Tercería maternal genética**

En este supuesto se podría llegar a presentar que la esposa viuda se vea incapacitada para producir óvulos y por ello decida recurrir a la donación de óvulos para ser fecundados con el esperma de su cónyuge fallecido.

Asimismo también podría ocurrir que en el caso en que el óvulo donado sea fecundado *in vitro* con el semen descongelado del marido fallecido este sea transferido al útero de la esposa para su gestación. O bien, puede darse el caso de que la viuda decida congelar para una futura gestación, el embrión resultante de esta fecundación.

#### **1.4.3.1.3.2 Tercería maternal de gestación para el caso del varón.**

Atendiendo a quien aporta los gametos:

##### **1.4.3.1.3.2.1 Con óvulo de esposa fallecida.**

Este supuesto puede llevarse a cabo ya sea con semen de donante o con semen del esposo. En ambos supuestos las prácticas a realizarse involucrarán un complejo y alto grado de artificialidad, debido a la congelación previa a que ha estado sometido el óvulo de la esposa fallecida:

- El primer supuesto se presenta **con semen de donante**. En la fecundación *in vitro* del óvulo descongelado de la esposa fallecida con semen de donante. Puede ser seguida de la transferencia al útero de la gestadora o de procedimiento de congelación del embrión resultante.
- El segundo supuesto se puede presentar **con semen del esposo**. Donde mediante la fecundación *in vitro* del óvulo descongelado de la esposa fallecida con semen del esposo. Puede ser seguida de la transferencia al útero de la gestadora o del procedimiento de crioconservación del embrión resultante.

##### **1.4.3.1.3.2.2 Con óvulo de esposa (con vida).**

Este supuesto se lleva a cabo mediante la fecundación *in vitro* del óvulo de la esposa con semen de donante. Puede ser seguida de transferencia embrionaria al útero de la gestadora o de procedimiento de crioconservación del embrión resultante.

#### 1.4.3.1.3.2.3 Con óvulo de gestadora.

Este supuesto puede llevarse a cabo ya sea con semen de donante o con semen del esposo con vida.

- La primera hipótesis se presenta **con semen de donante** donde ocurre la inseminación artificial propiamente dicha de la gestadora con el semen de tercero. Asimismo, son posibles las prácticas de fecundación *in vitro* del óvulo de la gestadora con semen de donante, seguida de la transferencia al útero de la misma o del procedimiento de congelación del embrión resultante. Las prácticas que se realicen con semen de donante pueden ver aumentado el grado de artificialidad si dicho semen ha estado previamente congelado.
- La segunda hipótesis se presenta **con el semen del esposo (con vida)** donde ocurre la inseminación artificial propiamente dicha de la gestadora con el semen del esposo. Asimismo, son posibles las prácticas de fecundación *in vitro* del óvulo de la gestadora con semen del esposo, seguida de la transferencia al útero de la misma o del procedimiento de congelación del embrión resultante.

#### 1.4.3.2 Inseminación artificial de mujer soltera. (IAS)

Se presenta en esta técnica la posibilidad *ab initio* de un niño destinado a la monoparentalidad, en razón del anonimato del donante, el nuevo ser no tendrá ni un padre físico ni referencial que constituye sin la menor duda el elemento previo de su propia identidad personal ya que esta práctica plantea la inseminación de mujer soltera con la ayuda de semen de donante conocido o no, fallecido o aún con vida.

Los grados de artificialidad que pueden presentarse son los siguientes:

- *De baja complejidad.*- inseminación propiamente dicha de la madre soltera con el semen fresco del donante.
- *De mediana complejidad.*- Fecundación *in vitro* del óvulo de la mujer soltera con espermatozoides de tercero, y consiguiente transferencia embrionaria al útero de esta para la gestación del embrión.
- *De alta complejidad.*- Sometimiento a procedimiento de congelación del embrión producto de la fecundación *in vitro* del óvulo de la mujer soltera con el espermatozoides del tercero, para su posterior transferencia.

#### **1.4.3.3 Inseminación por disposición de varón soltero**

Las alternativas de reproducción antes presentadas podrían dar origen al fenómeno del padre soltero quien podría recurrir a una mujer que gestara un hijo del cual él tendría la paternidad. El varón en este caso podría aportar su semen o recurrir a semen de donante en caso de ser infértil, recurriendo al mismo tiempo a una donación ovular por parte de la gestadora o de otra mujer.

#### **1.4.3.4 Inseminación posterior a la disolución del vínculo matrimonial por causa de divorcio.**

Al presentarse la disolución de un vínculo matrimonial, en el cual se encuentren congelados embriones producto de concepción genética conyugal de una pareja por lo que estaría en la posibilidad de que tanto la esposa como el esposo, debido a una infertilidad superveniente o por cualquier otra causa, estén interesados en la gestación de dichos embriones para poder disfrutar de una maternidad o paternidad. En tal supuesto, al igual que en los casos de

inseminación *post mortem* con concepción genética conyugal, podría darse el caso de gestación de dicho embrión por parte de la esposa o que se recurra a una gestación subrogada, por parte del esposo cuando su cónyuge muere tal como vimos en su oportunidad.

#### **1.4.4 La inseminación artificial para el caso de las parejas Homosexuales.**

Homosexual es la persona- varón o mujer- que esta incapacitada para sentir atracción sexual hacia una persona del otro sexo y que sólo siente y puede satisfacer esa tendencia con individuos de su mismo sexo.

La homosexualidad dejó de considerarse como una enfermedad o una perversión y se admitió como alternativa válida a la heterosexualidad. Quien no lo viera así, caía automáticamente bajo la sospecha de no haberse liberado aún de viejos prejuicios, y así se señala en la exposición de motivos de la ahora Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal, publicada en la gaceta oficial del Distrito Federal, el día 16 de noviembre del 2006, justificada bajo la idea del pluralismo democrático representado por el reconocimiento del derecho a la diferencia y que las personas legítimamente pueden decidir sobre sus relaciones personales, además inspirada en el artículo primero constitucional: *“Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”*.

Dicha ley establece en su artículo segundo: *“ La Sociedad de Convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad plena,*

*establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua”* otorgándoles a este tipo de parejas una serie de facultades recíprocas como lo son el derecho de recibir alimentos, derechos sucesorios, etc; aplicando supletoriamente las reglas establecidas en el Código Civil, sin embargo, no se establece nada en absoluto sobre los hijos que este tipo de parejas pudiesen llegar a tener por adopción mucho menos se prevé el tratamiento de los individuos que se pudiesen llegar a concebir en virtud de las técnicas de reproducción asistida, ¿Qué tratamiento legal se les daría a los hijos nacidos en una Sociedad de Convivencia mediante las técnicas de fecundación asistida?

Bueno será algo que tendrá que regular el legislador en el futuro como consecuencia de las repercusiones que esto pudiera llegar a generar a nivel social para así pulir y llevar a legislar de manera adecuada sobre este tipo de temas que ya de por si son polémicos por cuanto que creemos valioso promover la familia basada en la herosexualidad.

### **1.5 La clonación como experimentación asociada a las técnicas de fecundación asistida.**

La clonación es una técnica de manipulación genética que tiene como objetivo obtener individuos exactamente iguales entre si e idénticos a otro ser donante de esta información genética, a través de una reproducción de tipo asexual, es decir, significa la multiplicación o producción de organismos de idéntica constitución génica que proceden de un individuo único.

El Doctor Gutiérrez y González en su “Anteproyecto del Código Civil del Estado de Nuevo León”, señala que “clonificar es una forma de reproducción humana asexual, en donde mediante la utilización de una célula sexual fecundada a la que se le extrae el núcleo, y se coloca en su lugar otro núcleo tomado de una célula no sexual, se obtiene mediante su implantación en el

órgano adecuado de una mujer el desarrollo de un descendiente idéntico de la persona de la cual se tomó la célula fecundada”.<sup>24</sup>

Las células no sexuales son las llamadas células somáticas, a diferencia de las germinales, estas se encuentran en cualquier otra parte del cuerpo, el Doctor Gutiérrez y González solo maneja en su definición un tipo de procedimiento para llevar a cabo estas prácticas clónicas por lo que no toma en cuenta los nuevos procedimientos que han surgido con motivo de los nuevos avances en materia de clonación.

Respecto a la clonación considero que con el uso de esta práctica se atenta al Equilibrio biológico que podría recaer incluso en detrimento de la raza humana, solo basta con recordar las visiones novelísticas de Aldous Huxley en su obra '*Un mundo Feliz*' de 1923, en donde masas de clones actúan en beneficio del Estado, mediante una producción en serie de los mismos y la de Michel Troung '*Reproducción prohibida*' que plantea las consecuencias o efectos de la clonación como una tragedia para la especie humana.

Considero que la clonación además vulnera el "*derecho a la imagen genética*" al crearse a un doble, una proyección de la imagen típica y singular que solo pertenece a un sujeto determinado, por lo que me parece correcto el tratamiento que se le ha dado en las legislaciones vigentes a nivel internacional de prohibirla rotundamente.

---

<sup>24</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa*. Ob Cit. Pág. 307.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **LA MATERNIDAD SUBROGADA**

Como consecuencia de las prácticas de inseminación artificial descritas en el capítulo primero del presente trabajo, surgen una serie de relaciones contractuales, entre ellas la llamada maternidad subrogada, la cual me parece importante abordar en virtud de que constituye en si misma el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), en donde se ven afectados múltiples bienes jurídicos y derechos, tales como los del niño, los de la gestante y los de el matrimonio contratante que implican en si una serie de problemáticas, en virtud de la posibilidades tecnológicas que se reflejan en factores de tipo social, ético, psicológico, religioso y jurídico.

La maternidad subrogada es vista socialmente como una solución alternativa legítima para aquellas parejas que desean ser padres y que, por alguna causa de esterilidad humana, no logran cumplir con ese objetivo, por lo que su práctica se justifica en los fines terapéuticos.

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos señala que por <<terapéutica>> se debe entender “ *la rama de la medicina que*

*establece los principios aplicables y los medicamentos o medios para el tratamiento de las enfermedades en forma racional...*” aplicándose en cada caso como tratamiento, lo cual no significa que no pueda, en un futuro muy cercano, darse en nuestra sociedad de manera habitual, el uso de este tipo de practicas, por lo que no debemos soslayar la posibilidad de que se presenten estos fenómenos y tratar de proporcionarles un tratamiento jurídico adecuado.

En la actualidad es en los países con mayor desarrollo económico, los llamados de “*primer mundo*” en donde esta práctica ha tenido un auge considerable en las últimas décadas.

La mayor parte de las parejas que se ven imposibilitadas por cualquier causa a tener descendencia pueden recurrir a la institución jurídica de la adopción establecida con el fin de formar una familia, sin embargo, dicha figura legal, corre el riesgo de irse desvirtuando, en virtud de las parejas que en ejercicio de su derecho a la libertad procreacional regulado en nuestro artículo cuarto constitucional en concordancia con el artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal, les proporciona nuevas oportunidades mediante el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida para lograr la descendencia esperada.

En nuestros días, de acuerdo a la concepción moderna de la adopción, el papel se ha invertido, siendo el interés prevaleciente el del menor; y así la institución moderna de la adopción propugna por dar una familia a un menor que carezca de ella.

Por regla general, el factor definitivo para que una pareja recurra a cualquier práctica de reproducción asistida, sea cual fuere ésta, como ya señalábamos se debe a algún tipo de esterilidad *latu sensu* que sufran uno o ambos miembros de la pareja, ya sea por esterilidad propiamente dicha o por infertilidad.

Una de las más importantes razones que se tienen para recurrir a esta práctica es el hecho de que, debido al alto grado de artificialidad que implican, permite a los padres que el hijo nazca a través de esta técnica heredando el código genético de uno de los cónyuges o de ambos. Aunque el hijo no haya sido gestado por la esposa, puede ser "hijo de ambos" desde un punto de vista genético.

*Uno de los casos más sonados en esta materia fue el denominado "Baby M" en 1985, cuando los señores Stern contrataron a Mary Whithead, para que ésta fuera gestadora del embrión producto de una inseminación con espermatozoides del señor Stern, el contrato que celebraron estipulaba el compromiso por parte de la gestadora de renunciar a la relación materno filial del niño que naciera y de la obligación de practicar un aborto en caso de que el feto llegase a presentar anomalías. El 27 de marzo de 1986 nació "Baby M", pero la madre gestadora y genética se negó a entregar a la niña al matrimonio Stern y procedió a reconocerla como su hija, asimismo como producto de estudios psiquiátricos se determinó que al momento de suscribir el contrato la portadora no tuvo plenamente conciencia de los alcances del mismo, debido a una serie de connotaciones que le impedían desprenderse del bebé. Sin embargo el juez de primera instancia de New Jersey, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el Tribunal Supremo del Estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la resolución a favor de los señores Stern exponiendo como razón primordial la de que los señores Stern podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socioeconómicas para "Baby M". Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita<sup>25</sup>.*

---

<sup>25</sup> HERRASTI, Alicia y R.P. Pedro Herrasti S.M. *Inseminación Artificial Y Clonación* CURIA DEL ARZOBISPADO DE MÉXICO .Secretaría de Cámara y Gobierno. México, D.F.,17 de octubre de 1997 <http://www.laverdadcatolica.org/index.htm>. 30 de agosto de 2007.

En nuestro país existe solo una regulación en relación con la maternidad subrogada, el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco del 9 de abril de 1997, que señala en su artículo 92 que:

*“En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada deberá estarse para lo ordenado en la adopción plena... se entiende por madre sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción, se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada según sea el caso...”*

Además establece una serie de reglas en relación a la filiación.

## **2.1 Determinación de su denominación y naturaleza jurídica.**

Respecto a las distintas denominaciones que se le han dado a los contratos de gestación, me parece apropiado hacer críticas sobre las mismas en virtud de que no son las más adecuadas, suele designársele indistintamente como gestación subrogada, madre portadora, maternidad de alquiler, maternidad sustituta, o simplemente alquiler de útero, por lo que primero determinaremos el significado de las mismas para llegar a establecer una definición más ajustada a la realidad.

En su acepción coloquial el vocablo “subrogar” significa sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra, es decir, el reemplazo de una persona o un objeto que cumplen una misma función; atendiendo a Borja Soriano la

subrogación: “evoca la idea de una sustitución, sea de una cosa por otra. En el primer caso es real, en el segundo personal”.<sup>26</sup>

Por su parte Joaquín Martínez Alfaro define a la subrogación personal como “un modo traslativo de las obligaciones a título particular y entre vivos, que puede ser por disposición de la ley o por voluntad de las partes y que se efectúa mediante el cambio del acreedor, que se llama subrogante, quien transmite, a un tercero llamado subrogado, los derechos que tiene contra su deudor, en virtud del pago o del préstamo que hace el tercero al subrogado; comprendiendo la subrogación los derechos accesorios y los intereses vencidos”.<sup>27</sup>

Por otra parte el concepto “madre” implica, atendiendo a Guillermo Cabanellas la “mujer que ha dado a luz a uno o varios hijos. La condición de madre varia civilmente según lo sea en estado de soltería, matrimonio, divorcio o viudez conforme a las reglas que luego se exponen. Aun cuando tal situación es excepcionalísima, cabe ser madre después de muerta, en los instantes que siguen al fallecimiento y procediendo a extraer a la criatura por medios artificiales...”;<sup>28</sup> por lo que maternidad se refiere en términos generales al estado o calidad de madre.

La ciencia médica define a la maternidad como la “relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre y se distingue de la maternidad gestacional la cual consiste en la relación que se establece por

---

<sup>26</sup> BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, México, Ed Porrúa, 15ª Ed.1997, 732 Págs. Ob. Cit. Pág.590

<sup>27</sup> MARTÍNEZ ALFARO Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*. 10ª edición, México, Ed Porrúa, 2005, 4983 Págs. Pág. 368

<sup>28</sup> CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Tomo III. Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1976. Pág. 956.

quien ha llevado a cabo la gestación”.<sup>29</sup> Jurídicamente proviene del “vocablo derivado de materno, estado de calidad o madre, tiene en derecho varios efectos: en relación a la filiación; al ejercicio de la patria potestad, a los alimentos, a las sucesiones; en las relaciones laborales; en el establecimiento de la punibilidad, etc.”<sup>30</sup>

La maternidad subrogada ha sido definida por el informe *Warnock* (Reino Unido) como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”.

No podemos entonces decir con propiedad que en la maternidad subrogada estemos en presencia de una sustitución en la maternidad en términos generales, ya que la tercera que gesta al hijo es, en la mayoría de los casos, la madre biológica también como veremos más adelante. Así, si analizamos los supuestos de tercería en la gestación, ya sea que se realicen con semen del esposo o con semen de tercero o donante con el material genético de la gestadora observamos que la madre biológica es la gestadora, es decir no hay una subrogación en la maternidad, esta es total, pues en ella recae la maternidad genética y de gestación del hijo, por lo que considero primordial distinguirlo con la denominación de maternidad *portadora o gestadora* ya que en este caso solo se involucra el componente gestacional, es decir, el útero.

De igual manera si planteamos otra hipótesis cuando el óvulo haya sido proporcionado por la esposa, esta fungiría como simple donadora y seguiría siendo considerada como la madre, la gestadora, para efectos de nuestra

---

<sup>29</sup> *Diccionario de Medicina*, España, Facultad de Medicina de la Universidad de Navarra, Madrid, Ed, Espasa Calpe, 1999. Pág. 786.

<sup>30</sup> INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS *Diccionario Jurídico Mexicano*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, Ed. Porrúa. 1993. Pág. 2084.

legislación civil actual, por el hecho indubitable del parto, que posteriormente se podrá desvirtuar con las correspondientes pruebas genéticas.

Al respecto también es inadecuada la denominación de alquiler o arrendamiento de útero, ya que ésta definición se queda corta para hacer referencia al fenómeno al que nos enfocamos por que no hay contraprestación alguna, y además de haberla ésta atentaría contra la dignidad del ser humano, al reducirlo a un simple objeto susceptible de relaciones jurídicas.

Atendiendo a la definición de arrendamiento que nos proporciona nuestro Código Civil en su artículo 2398: *“Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto”*.

En la maternidad subrogada, la gestadora se compromete a algo más que solo prestar su útero para la gestación del hijo de la pareja a cambio de una remuneración sino que renuncia a ciertos derechos *Intuitu personae* en virtud de que se establecen entre la gestadora y el nacido, ciertos vínculos de carácter afectivo y psicológico; como también vínculos de carácter jurídico propios de la maternidad que a ésta se le atribuye, cuestión por la cual no podemos equiparar este fenómeno al uso y goce temporal respecto del útero, ya que como órgano humano no puede ser objeto de un contrato de arrendamiento ni de comodato porque la gestadora no reduce su obligación en llevar únicamente la conclusión del embarazo sino que a su vez se obliga a entregar *a posteriori* al nacido y es precisamente el hecho de que los niños sean transmitidos como si fuesen cosas que hace que este contrato tenga, atendiendo a esta circunstancia, un objeto ilícito que es nulo desde la perspectiva de la doctrina, y es porque sencillamente las <<cosas>> partiendo de la definición del doctor Gutiérrez y González se definen como “toda realidad corpórea e incorpórea interior o exterior al ser humano susceptible de entrar en una relación de derecho a modo de objeto o

materia de la misma, que le sea útil, tenga individualidad propia y sea sometible a un titular;”<sup>31</sup> características que por supuesto no reúnen ni el útero de la mujer, ni el producto del embarazo: el niño, por lo que desde esta perspectiva sería contrario a las normas jurídicas.

Zannoni señala que se presenta la maternidad subrogada “cuando se da el caso de que el embrión de una pareja se ha implantado en el útero de otra mujer, quien realizará el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de la pareja. Podría ser que mujeres consientan en ser inseminadas para concebir un hijo que, una vez nacido, entregará al matrimonio - o pareja – constituido por el dador de semen y su esposa, donación y podrá ser gratuita u onerosa.”<sup>32</sup>

La definición anterior no contempla los diversos supuestos que se pueden presentar en la maternidad subrogada por lo que es necesario establecer una definición que los conceptualice de manera clara.

Por todo lo anterior, es de precisar que la denominada maternidad subrogada, se enfocaría más en la figura de un contrato especial que podríamos definir como el acuerdo de voluntades en virtud del cual la pareja contratante unida en vínculo matrimonial o concubinato, en forma gratuita, encomiendan a una mujer fértil la gestación del embrión producto de una fecundación *in vitro* con material reproductor de ambos cónyuges; o bien, la inseminación artificial o fecundación *in vitro* llevada a cabo con el material reproductor del cónyuge varón de la pareja contratante con el material reproductor de la gestante o de una tercera; ó la inseminación artificial o fecundación *in vitro* llevada a cabo con el material reproductor de la cónyuge con un tercero; por lo cual la portadora se obliga a recibir en su útero, por todo

---

<sup>31</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El Patrimonio. El Pecuniario y el Moral o Derechos de la Personalidad*, 7ª ed. México. Ed. Porrúa, 2002. Pág. 51.

<sup>32</sup> Citado por BARREDA GARCÍA A. *Las Novísimas Leyes de Reproducción Asistida y Donación de Embriones y Fetos Humanos*. Madrid 1989. Pág. 316.

el tiempo que dure la gestación y hasta que nazca el producto de la concepción a entregarlo a la pareja contratante, obligándose estos a su vez a cubrir todos los gastos necesarios del embarazo.

Señala el diccionario de la Real Academia Española que gestar significa: “llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto.”<sup>33</sup> En los contratos de gestación se presentan las técnicas de fecundación humana en sus modalidades extracorpórea o extrauterina.

La maternidad subrogada es un contrato si partimos de lo establecido en el artículo 1793 de nuestro Código Civil que señala que Contratos son: “*los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos...*” además al ser considerado como fuente de obligaciones los contratos de gestación han sido cuestionados por la mayoría de las legislaciones, nuestro país ni siquiera los regula.

Se tratará pues, de un contrato especial, que dada su naturaleza no podrá sujetarse a las reglas generales del derecho de familia, pero que deberá regularse por el mismo, en este sentido, los artículos 1858 y 1859 del Código Civil señalan que:

*“Art. 1858.- Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento.”*

*“Art. 1859.- Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que*

---

<sup>33</sup> Diccionario de la Real Academia Española <http://www.rae.es/> 8 de febrero de 2008.

*no se opongan a la naturaleza de estos, o a disposiciones especiales de la Ley sobre los mismos.”*

La primera disposición hace alusión a los contratos innominados que surgen como resultado de la realidad cambiante, que al no encontrarse debidamente reglamentados para su formalización se regirán por las reglas generales de los contratos, atendiendo además a las disposiciones de aquellos con los cuales guarde una mayor analogía, por lo que pensamos que aun atendiendo a estas circunstancias se tratará de un contrato especial del derecho de familia al no guardar analogía con algún otro por ser un acto jurídico muy particular.

Ejemplificando el artículo siguiente si por analogía a los contratos de gestación se recurre a las disposiciones aplicables a un contrato de prestación de servicios profesionales en los que aparentemente se tendría disposición del cuerpo humano como un derecho atribuible a los de la personalidad, debemos precisar que este no es el objeto, sino las actividades que la persona realiza, por lo que desde mi perspectiva no deben ser analizados desde las teorías que fundamentan los derechos de la personalidad, además el artículo 2606 de nuestro ordenamiento civil señala que: *“El que presta y el que recibe los servicios profesionales pueden fijar, de común acuerdo, retribución debida por ellos.”* Situación que por supuesto no puede presentarse en los contratos de gestación debido a que debe imperar el altruismo, asimismo, la gestante realiza un acto puramente natural no se trata de una especialista o profesional en la materia.

A continuación analizaré cada uno de los elementos de los contratos, establecidos en nuestra teoría general de las obligaciones con la finalidad de hacer un estudio más preciso y determinar si este contrato es o no válido.

## 2.2 Clasificación de los contratos de gestación.

Entendiendo la maternidad subrogada como un contrato se debe señalar al respecto atendiendo a la clasificación general adoptada por la doctrina contractual que son *bilaterales o sinalgmáticos*, en virtud de que producen derechos y obligaciones recíprocos para cada una de las partes que intervienen; así, una mujer fértil conviene en dejarse inseminar de manera artificial con el semen del esposo o del tercero, o de permitir que se deposite en su útero el embrión que ha sido previamente fecundado *In Vitro*, dicho embrión puede contener el material genético de ambos cónyuges o puede haberse producido, mediante los diferentes tipos de combinación de material genético, gracias a una donación seminal u ovular, o ambas a la vez comprometiéndose a gestarlo y a entregarlo a ésta después del nacimiento renunciando a la custodia del hijo y a todos los derechos, deberes y responsabilidades que deriven de la relación materno filial, a fin de que la pareja o únicamente la esposa de la pareja, según el caso, pueda proceder a la adopción del hijo.

Adicionalmente, se compromete a cuidarse durante el embarazo y a tomar todas las precauciones necesarias que aseguren la salud del hijo.

En algunos casos, la gestadora se obliga también a no mantener relaciones sexuales con su cónyuge o terceros, según el caso, durante el período en que se lleva a cabo la inseminación artificial o fecundación extrauterina.

Por su parte, la pareja contratante se obliga a cubrir los gastos médicos y de alimentación que se generen durante el embarazo, sin que por ello estemos en presencia de un contrato de compraventa ya que únicamente se retribuyen los gastos necesarios en virtud de que la vida de un ser humano es invaluable y

por lo tanto no es susceptible de enajenación. Además de que la finalidad de este contrato deberá ser de carácter altruista, sin ánimo de lucro.

Es *Principal*, por que se trata de un contrato independiente al no requerir de una obligación preexistente o de un contrato celebrado con antelación, es decir, cuenta con autonomía jurídica propia.

Es *Gratuito*, porque implica una liberalidad, se trata de un contrato desinteresado en brindar ayuda a la pareja contratante estéril, así se presenta la dualidad, los provechos y beneficios son dirigidos a una de las partes en tanto que la otra soporta los gravámenes.

Es *Consensual en oposición a real*, porque se perfecciona con el mero consentimiento de los contratantes sin que se requiera en principio la entrega de las erogaciones o gastos producto de la gestación y nacimiento o la entrega del recién nacido por sujetarse a diversas condiciones.

Es *Formal en oposición a consensual*, porque a pesar de su falta de regulación en nuestros ordenamientos jurídicos su forma deberá ser siempre escrita dada la naturaleza y trascendencia que implica y en concordancia con los artículos 21 y 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, de los cuales hablaremos más adelante al analizar lo conducente al elemento de validez de forma.

Es *definitivo*, porque no sirve de preliminar, antecedente o de preparación para la realización de otro contrato, se agota al celebrarse, en el se han cumplido las finalidades que persiguen los contratantes.

Se trata de un contrato *intitu personae*, en virtud de que las partes contratan con una persona en especial y no con cualquier otra, de modo que las

características de la persona con quien contratan son determinantes y deberán atender a las cualidades de la madre gestadora que debe ser una mujer fértil e incluso que se encuentre preparada psicológicamente para el uso de estas practicas también cabría la posibilidad de que se atendiera a ciertas cualidades físicas en caso de que la gestadora además aportara sus material reproductor en un proceso de gestación subrogada propiamente dicha.

Es un contrato *atípico*, por carecer de reglamentación en nuestro ordenamiento jurídico.

De *ejecución sucesiva*, porque las prestaciones van ejecutándose durante la gestación que culmina con el nacimiento y la entrega del niño.

### **2.3 Modalidades que se pueden presentar en los contratos de gestación.**

En estos contratos como señalábamos en el capítulo anterior pueden presentarse las siguientes variantes dependiendo de la patología que presente la mujer que no es capaz de lograr la viabilidad fetal:

a) *Maternidad por acuerdo sin que haya subrogación.*- Es el acuerdo de voluntades, por virtud del cual una mujer fértil permite ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre sujeto a un vinculo matrimonial o concubinato, que no es su cónyuge, con el propósito de procrear un hijo que una vez nacido, obliga a la madre a renunciar a su relación materno- filial a favor del progenitor biológico, otorgándole al efecto la patria potestad del menor de edad, así como su custodia, de tal manera que la cónyuge de este último pueda adoptarlo.

b) *Maternidad por acuerdo con subrogación.*- Es el acuerdo de voluntades, por virtud del cual una mujer fértil acepta gestar un embrión

implantado en su útero que le es ajeno genéticamente, obtenido mediante la unión de gametos de la pareja contratante que son cónyuges entre si o concubinos, con el objeto de llevar a cabo su desarrollo y nacimiento, y la existencia del compromiso de entregarlo posteriormente a sus padres biológicos.

c) *Tercería maternal genética de mujer distinta a la portadora y a la cónyuge.*- Se presenta cuando el embrión es totalmente ajeno a la gestadora, debido a que el material genético (óvulos) es aportado por mujer distinta de aquella que lleva el embarazo, con semen del marido.

d) *Tercería maternal genética y de gestación con semen de donante.*- Ninguno de los miembros de la pareja contratante aportan su material reproductor, en virtud de la esterilidad de ambos y por lo tanto, no serán padres del niño que naciera bajo este supuesto, pues les sería totalmente ajeno, en estos casos debe quedar prohibida la celebración de los contratos de gestación y recurrir a la institución jurídica de la adopción.

## **2.4 Partes que intervienen en los contratos de gestación**

### **2.4.1 El matrimonio contratante.**

Se refiere a la pareja que desea tener un hijo, las personas unidas en vínculo matrimonial o concubinato que tienen la convicción de ejercer su derecho de libertad procreacional por lo que recurren a los contratos de gestación al no existir otra alternativa por causa de sus problemas de esterilidad.

Podemos distinguir partiendo de las modalidades que se pueden llegar a presentar con motivo de los contratos de gestación los siguientes supuestos:

*a) La aportación del material genético es en su totalidad por la pareja contratante, ya que no sufren de esterilidad sino de infertilidad.-* recurren a una mujer fértil para que lleve a cabo el proceso de gestación, con la entrega del hijo y la renuncia a los derechos de filiación por parte de la madre gestadora, a pesar de que el óvulo haya sido aportado por la pareja contratante, en un principio y antes de determinar el animo de descendencia de la primera se le atribuirá legalmente la maternidad a la portadora.

*b) La aportación del material reproductor es por parte del cónyuge varón, al no ser viables los gametos de su cónyuge y sufrir además infertilidad.* Lo importante en los contratos de gestación es la entrega del hijo por parte de la madre gestadora acompañada de la renuncia de sus derechos de filiación. Esto facilita la adopción del hijo de la gestadora por parte de la esposa de la pareja.

En este supuesto, la finalidad inicial es siempre facilitar a la pareja el tener hijos mediante la institución de la adopción; pero, en este caso no se trata de una adopción tal como la conocemos, ya que debido a las posibilidades que ofrecen las nuevas técnicas de reproducción humana se le permite al padre colaborar genéticamente con el que, de lo contrario, hubiera sido hijo adoptivo de ambos.

Así, el nacido va a ser hijo adoptivo únicamente de la esposa de la pareja, procedimiento que se ve facilitado y asegurado, ya que se va a tratar de un caso de adopción de un hijo del cónyuge, pues éste sería su padre.

*c) La aportación de material genético es por parte de la cónyuge que sufre de infertilidad, al sufrir esterilidad su cónyuge varón en este caso se recurrirá además, a un donador de esperma.*

d) La esterilidad *latu sensu* por parte de la pareja contratante por lo que no podrán aportar ninguno material genético y por lo tanto, tampoco tendrán la paternidad sobre el niño que naciera bajo este supuesto, les será totalmente ajeno, lo que complicaría la artificialidad al requerir a donadores de gametos, Consideramos que en estos casos lo mejor sería optar por la adopción, sin complicar más las circunstancias, bajo este supuesto quedaría prohibida la celebración de los contratos de gestación.

#### **2.4.2 La madre gestadora.**

Se trata de aquella mujer fértil que se compromete con el matrimonio contratante a llevar a cabo el acto físico del embarazo y del parto y que además gozará de las facultades y deberá cumplir con las obligaciones establecidas por la Ley, y que son las que se precisan en el presente trabajo.

#### **2.4.3 Terceros que intervienen:**

##### **2.4.3.1 Centros médicos en donde se practique el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida.**

Entre las partes que intervienen en este procedimiento, los centros en donde se practiquen las técnicas de reproducción asistida y en especial donde se lleve a cabo el procedimiento ya estipulado en el contrato de gestación juega un papel primordial mediante el equipo médico encargado de efectuar la implantación del embrión en la portadora, el medico debe ser aquella persona legalmente autorizada para profesar y ejercer la medicina y contar con los conocimientos necesarios en el uso de dichas técnicas de fecundación artificial.

Se podrían realizar funciones adicionales como recibir solicitudes de parejas estériles que desean tener hijos por medio de este procedimiento y solicitudes de futuras madres gestadoras, mediante la elaboración del

correspondiente estudio clínico para determinar que las portadoras reúnen las características físicas y psicológicas apropiadas, además de proporcionar asistencia durante la gestación y el nacimiento.

Con referencia al acuerdo establecido con el equipo médico, y en tanto los contratos de gestación se encontraren amparados legalmente, la obligación sería de medios y no de resultados y, por tanto, no correspondería responsabilizar al facultativo cuando la implantación del embrión en el útero de la portadora no llegase a realizarse si el profesional puede demostrar que ha actuado con toda la diligencia y tecnología a su alcance.

#### **2.4.3.2 El cónyuge de la gestadora**

Si se diera el caso de que la gestadora estuviera casada, pudiera también intervenir en el proceso el cónyuge de ésta a fin de renunciar a todo derecho que se establezca entre éste y el hijo que su esposa gesta para la pareja contratante. Generalmente en estos casos, el esposo también intervendrá comprometiéndose a realizar todos los actos necesarios para impugnar la presunción de paternidad que se establecería entre el hijo que gesta su esposa y él mismo, en términos del artículo 324 del Código Civil pues nos encontramos ante una presunción *iuris tantum* ya que el contrato no podría excluirlo de la paternidad al haber nacido el hijo dentro del matrimonio.

Asimismo, el cónyuge de la gestadora deberá procurar en los casos en que así se pacte el no tener relaciones sexuales con su cónyuge mientras dure el embarazo, además, de no llevar a cabo ningún acto que pudiera ser en detrimento del concebido.

## 2.5 Elementos de existencia en los contratos de gestación.

Al determinar que estamos en presencia de un contrato me parece importante profundizar al respecto en los elementos de validez y de existencia de los mismos aplicados a los contratos de gestación.

Al respecto el artículo 1794 del CCDF señala que: *“Para la existencia del contrato se requiere:*

- I. Consentimiento;*
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato.”*

### 2.5.1 Consentimiento

Todo acto jurídico, supone una voluntad, tendiente a la consecución de un fin lícito tutelado por el derecho, por lo que entendemos al consentimiento como el acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, al respecto diremos que la manifestación de voluntad de cada una de ellas puede ser expresa o tácita.

El consentimiento cuenta con dos elementos implícitos; a) la *policitación u oferta* que consiste en la declaración unilateral de la voluntad mediante la proposición que una parte hace a la otra sobre las condiciones de un contrato, con la intención de obligarse en caso de existir aceptación y; b) la *aceptación que* es la manifestación de voluntad por parte del destinatario de la oferta dirigida al oferente que consiste en la conformidad con la misma.

El consentimiento, en estos casos, deberá además reunir el requisito de ser **informado**, por lo cual el artículo 20 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud señala que debemos entender al respecto:

*“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 de libre elección y sin coacción alguna.”* que implicaría que se tratara de un consentimiento libre de todo vicio.

Asimismo los artículos que a continuación se transcriben del mismo reglamento señalan los siguientes requisitos:

*“Art. 21. Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación, o en su caso, su representante legal deberá recibir una explicación clara y completa, de tal forma que pueda comprenderla, por lo menos sobre los siguientes aspectos:*

- I. La justificación y los objetivos de la investigación;*
- II. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales;*
- III. Las molestias o los riesgos esperados;*
- IV. Los beneficios que puedan obtenerse;*
- V. Los procedimientos alternativos que pudiesen ser ventajosos para el sujeto;*
- VI. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración de 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 perjuicios para continuar con su cuidado y tratamiento;*
- VIII. La seguridad de que no se identificara al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad.*
- IX. El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio, aunque esta 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, estos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación.*

*Art. 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 con 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 direcciones de dos testigos y la relación que estos tengan con el sujeto de la investigación;*
- IV. *Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de la investigación su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación no supiere firmar, imprimirá su huella digital y a su ruego firmará otra persona que el designe;*
- V. *Y*
- VI. *Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal.”*

A su vez en el caso de que la portadora fuese casada se requeriría el consentimiento de su cónyuge, por lo que hablaríamos de la intervención de cuatro voluntades.

Otorgado el consentimiento para llevar a cabo la inseminación, éste puede ser revocable hasta antes de iniciado el procedimiento de la gestación por lo que el embarazo no podrá ser suspendido ni por la mujer, ni por su marido o pareja o por los profesionales que intervinieron en el, a no ser que surgiera una necesidad médica que lo justificara. 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.

Me parece importante establecer respecto al consentimiento de la mujer receptora que si la fecundación se realizó sin su consentimiento es bastante

claro que deba haber una indemnización de carácter pecuniaria en términos del artículo 1910 del Código Civil, así como el pago del daño moral establecido en el artículo 1916, incluso responsabilidad penal en términos del Código Penal, para quien llevo a cabo dicha inseminación sin consentimiento ya que constituye un delito, sin que por ello la gestadora pudiese atentar contra la vida del embrión que lleva en su útero.

### 2.5.2 Objeto

Todo acto jurídico necesita de un objeto sobre el cual recaigan las obligaciones contraídas por las partes. El objeto directo de los actos jurídicos bilaterales es el crear y transmitir derechos y las correspondientes obligaciones, y que a su vez el objeto indirecto de los contratos conllevan a una prestación que puede recaer en un dar, hacer o no hacer.

El objeto del contrato debe ser jurídicamente posible, esto es que los derechos y obligaciones para los cuales se crea y transmite no se opongan a norma jurídica alguna, por lo que en el contrato de gestación las consecuencias de derecho será precisamente, el crear y transmitir derechos y obligaciones.

Por su parte tratándose del objeto indirecto, la madre gestadora se obliga a entregar al menor nacido a la pareja, renunciando al mismo tiempo a sus derechos y obligaciones sobre él; podemos observar que si determináramos que se trata de la obligación **de dar** al niño, que de antemano no escuadraría en el supuesto jurídico, en virtud, de que el artículo 2011 de CCDF obedece al esquema de *numerus clausus* y aun si partiéramos del análisis de los requisitos que señala el artículo 1825 del CCDF,:" La cosa objeto del contrato debe: 1º. Existir en la naturaleza. 2º. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3º Estar en el comercio.

Conforme a lo anterior, nos encontraríamos ante un contrato inexistente al tratar de satisfacer el tercer y último requisito, tendríamos que preguntarnos primero si el niño o en su caso el útero como objeto del contrato están dentro del comercio, en concordancia con los artículos 748 y 749 del CCDF, sabemos que las cosas pueden estar en el comercio a) *por su naturaleza*: cuando no pueden ser poseídas por un individuo exclusivamente, o b) *por disposición legal*: cuando se declaren irreductibles a propiedad particular; y es aquí donde surge la primera problemática, en virtud de que el niño atendiendo a sus derechos subjetivos como ser humano que es no puede ser considerado como una cosa por lo que no puede reducirse a propiedad particular, no está dentro del comercio, lo que provoca que el contrato desde éste enfoque no tenga vida jurídica.

La gestación de un ser humano no es algo que pueda estar "en el comercio de los hombres", según la expresión jurídica acuñada desde la antigüedad. Un contrato de ésta especie sería inexistente según nuestras leyes civiles; cualquiera de las partes podría arrepentirse de lo pactado y no habría forma de exigir el cumplimiento.

Si embargo, respecto a la naturaleza jurídica de estos contratos, comparto siguiendo a la mayoría de las legislaciones que contienen una regulación sobre éste tema, la idea de que el contrato de gestación encierra en sí un hacer, hablaríamos de un contrato innominado de derecho de familia que atienda a reglas especiales y no de un contrato traslativo de dominio en que opere la *traditio*, o bien, una obligación de dar por las consideraciones que ya comentábamos.

Ahora bien, al hablar del objeto de la obligación enfocado en *un hacer*, a diferencia de las obligaciones de dar el Código Civil a las cuales da un trato limitativo no hace una enumeración de lo que debemos considerar por

obligaciones de hacer, ya se traten de hechos positivos, o de no hacer, cuando deriven de hechos negativos u omisiones, por lo que desde esta perspectiva estaremos ante un contrato existente siempre y cuando dicha prestación reúna los requisitos de licitud, es decir no contravenga leyes de orden público ni las buenas costumbres de las que hablaremos más adelante, o bien porque sea incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que deba regirlo necesariamente atendiendo a aquel precepto romano de que “nadie esta obligado a lo imposible”. La prestación de la gestadora implica a la vez tanto un hacer material como un hacer jurídico.

El útero, en su calidad de componente no regenerable del cuerpo humano, se encuentra fuera del comercio. No obstante la disposición del mismo es un derecho personalísimo y, por ello, relativamente disponible y, en este sentido, el consentimiento tornaría lícito el acto siempre que no se vulneren la moral y el orden público.

A pesar de que se trate de una obligación de hacer, se establece por las cuestiones que esto implica que en los contratos de gestación, no debe existir lucro, requiere ser completamente altruista, no recibiendo ninguna contraprestación económica, con el animo de ayuda, por lo que no debe haber renumeración alguna en este sentido, sólo por concepto de los gastos accesorios derivados del contrato principal se pagarán las retribuciones correspondientes, de ésta manera se disminuye el uso de dicha practica con el fin solo de obtener ganancias económicas, que dada la naturaleza de la misma constituiría un fin de carácter ilícito.

## 2.6 Requisitos de Validez en los contratos de gestación

El artículo 1795 del CCDF señala lo siguiente: *“El contrato puede ser invalidado:*

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

### 2.6.1 Capacidad

En términos generales la capacidad es “la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir los segundos en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio”.<sup>34</sup>

De la definición anterior se desprende lo que denominamos capacidad de goce como la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones y la capacidad legal o de ejercicio como requisito necesario para que una persona pueda celebrar un acto jurídico sin ministerio ni autorización de otra, es decir para participar de manera directa en la vida jurídica de manera independiente.

Así pues, lo único que podemos expresar en relación a este requisito, será que, para cada caso concreto, a fin de que las partes puedan obligarse válidamente en este tipo de compromisos, es menester que éstas gocen de capacidad de ejercicio. Y en general de la capacidad para contratar establecida en el artículo 1798 de nuestro Código Civil, que al efecto establece: *“...son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.”* Que son precisamente las señaladas en el artículo 450 del CCDF de las que se hace una distinción

---

<sup>34</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ Jorge Alfredo, *Derecho Civil; Parte General, Personas Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, México, Ed. Porrúa. 2003. 702 Págs. Pág. 166.

entre incapacidad natural y legal, que por estar citadas en un precepto jurídico como hipótesis normativa ambas son legales a pesar de dicha distinción, por lo que al efecto establece:

*“Art. 450. Tienen incapacidad natural y legal:*

*I.- Los menores de edad;*

*II.- Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por si mismos o por algún medio que la supla.”*

### **2.6.2 Ausencia de Vicios en el Consentimiento.**

En relación al consentimiento, siguiendo lo manifestado anteriormente para la capacidad, diremos que para que las partes en cada caso puedan obligarse válidamente, será necesario que el consentimiento tanto de la pareja contratante, como el de la madre gestadora, sea manifestado de manera espontánea, además de ser informado siguiendo los requisitos ya señalados regulados en los artículos 21 y 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, es decir, que no se haya conseguido dicho consentimiento mediante el uso del error (dolo y mala fe), violencia o lesión.

Es necesario entonces, analizar la situación específica para determinar si el consentimiento se manifestó de manera espontánea o no.

### **2.6.3 Licitud en el objeto, motivo o fin del acto.**

Para nuestro ordenamiento jurídico, hay contrato cuando existe un acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran regulando determinadas situaciones jurídicamente para producir un fin específico, el acuerdo acerca de una maternidad subrogada será reputado contrato, más allá de las

consideraciones respecto de su licitud o ilicitud, ya que no deja de existir un objeto posible del contrato, independientemente de las consecuencias que del mismo deriven.

Asimismo, el artículo 1795 del Código Civil dispone que *“...El contrato puede ser invalidado:...III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;...”* ésta disposición hace alusión en su conjunto a la causa ya estudiada por variados autores, en concordancia con el artículo 1831 que señala: *“...El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres”* de ir en contra de las leyes de orden público y de las buenas costumbres; sería ilícito y en consecuencia nulo de acuerdo con las siguientes disposiciones:

*“Artículo 6º. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.”*

*“Artículo 8º. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.”*

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

Y ¿que debemos entender por leyes de orden público?, Planiol señala que son todas las leyes de derecho público, “es decir, las que reglamentan la organización y atribuciones de los diferentes poderes y de sus agentes, así como las obligaciones y derechos de los particulares en materia política, electoral, fiscal, servicio militar, etc...”<sup>35</sup> son leyes que además contienen en si mismas un motivo primordial en el interés del particular, que en caso de

---

<sup>35</sup> Citado por DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*. Pág.571.

inobservancia no solo sería en detrimento de este sino del interés general y de ahí la finalidad del Estado en proteger y preservar dichos intereses.

Por buenas costumbres, debemos entender: el conjunto de hábitos realizados por una agrupación humana en un lugar y momento determinado. Dice Zannoni<sup>36</sup> que el alquiler de vientres implica un pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres. En igual sentido se pronuncia el jurista español Jaime Vidal Martínez<sup>37</sup> para quien un contrato de tal naturaleza estaría signado por su contrariedad a la moral y al orden público, así como también, a la legislación que en el Código Civil de España (art. 1.271), consagra que las personas presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato, determinando, por ello, la nulidad del mismo.

Estamos pues, en este orden de ideas frente a un contrato ilícito y por lo tanto afectado de nulidad absoluta por lo que si se pidiera la ejecución forzada del mismo, no generaría ninguna responsabilidad civil para la gestadora por lo que el juez podrá con justa razón rechazar dicha solicitud argumentando una ineficacia absoluta, por regla general la nulidad absoluta, no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez respectivo la nulidad, de ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la prescripción o confirmación, luego entonces, las partes no podrían demandarse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones contraídas, ni exigirse la restitución de los gastos o erogaciones. (Art. 1949 CCDF).

De regularse de manera específica los contratos de gestación deberá habilitarse también la ejecución forzada o alguna coacción legal del mismo con

---

<sup>36</sup> ZANNONI, Eduardo. *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. Proyecciones Jurídicas*. Ob. Cit. Pág. 111.

<sup>37</sup> VIDAL MARTINEZ, Jaime, *Las Nuevas Formas de Reproducción Humana ante el Derecho Civil: Introducción y Panorama General*. Ob. Cit. Pág. 191.

el fin de proporcionar certeza y seguridad jurídicas a las partes que intervienen en el contrato.

Incluso una vez perfeccionado el contrato de gestación, la mujer gestadora podrá no aceptar ser inseminada o rechazar la transferencia del embrión mediante la fecundación *in vitro* y la posterior transferencia del embrión a su útero, o bien, a no querer entregar al nacido bajo este compromiso, sin embargo, en caso de ser injustificadas las causas por las cuales se negara al cumplimiento, podrá optar el matrimonio contratante por el pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios, de tal suerte, se suscitarían un gran número de posibilidades por ambas partes para hacer uso de la indemnización, en el caso de que la madre gestadora decidiera no entregar al niño o abortarlo, o que el matrimonio contratante se rehusara a aceptar al niño porque no le gusta y se negasen a adoptarlo, aun admitiéndose estos contratos como lícitos.

Sin embargo, si la oposición de la mujer receptora se hace después de la fecundación *In Vitro* pero antes de la implantación, esta sería cómplice de homicidio, pues el embrión tendría que desecharse por no poder ser implantado, por otro lado si se hace después de implantado el embrión, de ninguna manera podrá practicar el aborto ya que aquí se involucra el derecho personal a la vida que es el primordial y esta por encima de los demás.

¿Sería posible reclamar la indemnización por el hecho de haber atribuido una maternidad a quién no la pidió?, o bien, hacer responsable al cónyuge varón del hijo que tiene la madre gestadora porque el fue quien aportó el material genético y es padre de su hijo, siguiendo nuestra legislación primero será preciso determinar si se actuó de buena o mala fe de quienes intervienen en la practica, según medien o no vicios en el consentimiento, en este sentido el artículo 2239 dispone: “ *la anulación del acto obliga a las partes a restituirse*

*mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado”.*

Igualmente, se podría pactar una pena convencional que prevenga el incumplimiento de los contratantes.

Para algunos autores, la nulidad de este tipo de pactos acarrearía la necesidad de resolver los conflictos que del mismo derivan acudiendo a los principios generales aplicables a las obligaciones naturales. De manera tal que, si ha habido restitución no podrá exigirse lo pagado. Otro sector de la doctrina hispana considera que estos contratos contravienen la más elemental regla de orden público: el respeto a la dignidad y al valor de la persona humana, de la cual deriva, en principio, su indisponibilidad.

El contrato de gestación no es contrario a las normas de orden público desde la perspectiva de que al no estar regulado en las mismas, no las vulnera, siguiendo los axiomas de lógica jurídica: *“la conducta jurídicamente regulada solo puede hallarse prohibida o permitida”* por lo que *“lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido”* atendiendo al *principium contradictionis*, en concordancia con el “principio de autonomía de la voluntad”.

*“Demostración:* Si no se tuviese el derecho de hacer lo que no está jurídicamente prohibido, la misma conducta se hallaría, a un tiempo, prohibida y permitida, lo que implica contradicción. Luego lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido.”<sup>38</sup>.

Además, el que los contratos de gestación sean contrarios a las buenas costumbres obedece a la falta de información que se ha hecho del uso de las técnicas de reproducción asistida y en especial de los contratos de gestación

---

<sup>38</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción a la Lógica Jurídica*. 8ª ed. Colofón. S.A.: México 2001, 257 Págs. Págs. 234-235.

por lo que corresponderá al criterio judicial resolver sobre este tipo de problemáticas ya que las cosas cambian según las circunstancias, las épocas, las regiones de un lugar determinado.

#### **2.6.4 Formalidad**

Los contratos formales son aquellos que se perfeccionan atendiendo a la forma que la ley exige al respecto. Así podemos distinguir entre un escrito privado o público. “Es la manera de exteriorizarse el consentimiento en el contrato y comprende todos los signos sensibles que las partes convienen o la ley establece para lograr esa exteriorización”<sup>39</sup>, el contrato de gestación dado lo delicado de su objeto debe hacerse constar por escrito, pudiéndose hacer constar en escrito privado con la respectiva ratificación por juez o notario público.

Nuestro Código Civil opta por el consensualismo entre las partes y el principio de *pacta sunt servanda*, tal y como lo refiere en los siguientes artículos:

*“Art. 1796.- Los contratos se perfeccionan por el mero efecto del consentimiento; excepto aquellos que deban revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, el uso o a la ley.”*

*“Art. 1832.- En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que parezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.”*

*“Art. 1833.- Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que este no revista esa forma no será válido, salvo*

---

<sup>39</sup> SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *De los Contratos Civiles*. 17ª ed. México, Ed. Porrúa 1999. Pág. 49.

*disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes consta fehacientemente, cualquiera de ellas puede exigir que se de al contrato la forma legal.”*

## **2.7 Determinación de la filiación de los hijos nacidos bajo la celebración de los contratos de gestación.**

Galindo Garfias se refiere a la filiación natural cuando señala que “La norma jurídica se apoya en el hecho biológico de la procreación (filiación consanguínea) para crear esa particular relación de derecho entre los progenitores por una parte y un hijo por la otra. Del hecho biogénico se desprende un complejo de deberes, derechos y facultades entre las dos partes de dicha relación; el padre y la madre en un extremo y el hijo en el otro.”<sup>40</sup>

Para determinar la maternidad antiguamente se partía de un principio del derecho romano que expresa: “*mater semper certa est*”, (la maternidad siempre es cierta), atribuida a Paulo , por lo que la maternidad no estaba sujeta a discusión, la mujer fungía como unidad en cuanto a la concepción, gestación y nacimiento, susceptible de prueba directa, por lo que surge el principio de “*Partus Sequitur Ventrem*”, que implica, que la maternidad se determina presuntamente mediante el parto, como vinculo que resulta entre la madre y el hijo, a diferencia de la paternidad que surge con relativa certeza dentro del matrimonio, de ahí el principio romano: “*Pater est quod demonstran*”, así, el hijo de mujer casada es hijo del marido de su madre. El marido es, por lo tanto, padre legal de los hijos que su cónyuge de a luz durante el matrimonio.

Esta presunción deriva del hecho de que, a partir del matrimonio y durante toda la duración de éste, los cónyuges están obligados a tener exclusividad

---

<sup>40</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte General. Personas. Familia*. 12ª edición. México: Porrúa.1993. 758 Págs. 581-582.

sexual recíproca. Por otra parte, la paternidad fuera de matrimonio es incierta y sólo puede establecerse por medio de reconocimiento voluntario del presunto padre, o forzoso (imputación de paternidad) derivada de una sentencia judicial.

Es por eso que el maestro Rojina Villegas precisa que: “la maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y por consiguiente, perfectamente conocido. En cambio la paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sino solo presumirse<sup>41</sup>”.

Además, para poder determinar quien es el padre, es necesario conocer quien es la madre” es decir, debemos entender a la maternidad biológica como aquella que comprende tanto la aportación del material genético como la gestación y el parto, en virtud de que la disociación de estas funciones no era físicamente posible anteriormente.

Sin embargo, en la actualidad la maternidad se ha convertido en una presunción *iuris tantum* con el avance de los conocimientos científicos y de las nuevas técnicas de reproducción asistida, puede ocurrir que una misma mujer sea quien aporte el material genético y funja como gestadora (tercería maternal genética y gestadora), o bien, que la fecundación pueda producirse de manera extracorporea y el cigoto formado a partir del material genético de una pareja pueda ser trasferido al útero de una mujer quien lo gestará hasta su nacimiento.

El artículo 338 Bis. Señala que: “*la ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen*”; por lo que debemos entender, en virtud de que no distingue las que deriven de la adopción

---

<sup>41</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil I Introducción, Personas y Familia*. 35ª Edición. México: Porrúa, 2005. 540 Págs. Pág. 499.

o las técnicas de reproducción asistida, ya que establece “cualquiera que sea su origen”.

Siendo que, legalmente, el hecho de la gestación y el parto son determinantes para atribuir a una mujer la maternidad respecto de su hijo, podemos afirmar en primera instancia que, legalmente, la gestadora es en verdad madre biológica del nacido.

Sin embargo, se pueden establecer los siguientes supuestos de maternidad, atendiendo a tres tipos de figuras maternas, a saber:

- a) *Madre genética.*- Aquella mujer que aporta el material reproductor: óvulos, con el propósito de llevar a cabo la fecundación, por lo que para aspectos filiatorios se le considerara como una simple donadora de gametos, sin embargo podrá hacer el uso de las pruebas genéticas como medio idóneo para desvirtuar la presunción materna a la portadora para así determinar el verdadero vinculo filial (Art. 382 CCDF).
- b) *Madre gestadora.*- Aquella mujer que lleva a término el embarazo una vez implantado el embrión en su matriz y que se obliga a entregarlo con posterioridad a la mujer que se hará cargo de él.
- c) *Madre social o legal.*- Aquella mujer que es reconocida por la sociedad y por la ley, es quien asume todas las responsabilidades, facultades y deberes inherentes a la maternidad, quien procede a adoptar al recién nacido, lo cual no va en contra del orden público ni de las buenas costumbres, sin embargo como ya comentaba esta situación no puede recaer en la pareja solicitante cuando ambos sean estériles, ya que no guardan ningún vinculo con el producto de la concepción, salvo la voluntad procreacional, que sería de difícil determinación por lo que

deberán llevar a cabo el trámite de adopción correspondiente sin hacer uso de los contratos de gestación .

En tal situación, de que intervengan los supuestos de maternidad antes señalados, la relación podría presentarse con una mujer que aporta sus gametos (madre genética), la mujer que recibirá en su útero al óvulo ya fecundado que va a llevar a cabo la conclusión del embarazo (madre gestadora), quien a su vez entregará al recién nacido a la mujer que se hará cargo de él (madre social o legal).

Chavez Ascencio señala que “en la actualidad debido a la posibilidad del empleo de un óvulo de mujer extraña, implantado en la consorte, una vez fecundado con semen de su marido, se presentan serias dudas sobre la necesidad de adicionar normas legales para tener también como madre a la que se le implanta el óvulo extraño, pues en nuestro derecho la filiación se da por concepción y no por nacimiento”.<sup>42</sup>

Es entendible pues que la presunción de base en un hecho conocido en virtud de que el legislador no podía prever el avance de las técnicas de fecundación humana y por lo tanto la inseminación artificial *In Vitro* que repercuten en la posibilidad de que se presente este fenómeno, sin embargo, esto sí podría tener repercusiones en materia penal con la “suposición de parto” denominada así en la doctrina, en virtud de que no existe forma jurídica alguna para que el hijo procreado por encargo pase a ser hijo del matrimonio de la mujer estéril. El Código Penal Federal tipifica como “*Delitos contra el Estado Civil y Bigamia*” ubicados en el Título Décimo Sexto, Capítulo Único:

---

<sup>42</sup> CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel, *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales*. 7ª edición. México, Ed. Porrúa, 1992. *Ob Cit.* Pág. 12

*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 será 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 su nombre o suponiendo que los padres son otras personas;*

*IV. A los que sustituyan un niño por otro, o cometan ocultamiento de infante; y*

*V. Al que usurpe el estado civil de otro, con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden.*

En el caso la de mujer casada, debido a la presunción de paternidad a que hicimos alusión, ningún hombre diverso del marido puede efectuar reconocimiento de su hijo, excepto cuando éste ha obtenido sentencia definitiva de desconocimiento de su paternidad. Entonces, el hijo de la mujer casada puede ser reconocido por cualquier varón siempre que aquélla otorgue su consentimiento.

Surge al respecto de los contratos de gestación una problemática de mayor trascendencia.

### **2.7.1 ¿A quién le correspondería la maternidad en los contratos de gestación?**

Considero que madre legal es aquella que ha tenido la voluntad procreacional, quien cuenta con la convicción certera de tener al niño, quien quiere asumir el rol materno y que ha puesto todo su amor para que ese bebé naciera porque verdaderamente lo desea. En este sentido, la filiación depende del consentimiento como elemento determinante del mismo. La mujer que prestó su útero para que ese ser naciera no tuvo “*affectio nasciturus*”, y en el supuesto (no improbable) que haya tenido un sentimiento, éste estaría dirigido

hacia los que serían los padres. Otorgar la paternidad-maternidad a las personas que han deseado un hijo para ellos y no a la persona que ha prestado un servicio, llámese éste donante de esperma, óvulo y/o vientre.

Para concluir, el padre sería el marido de la persona a quien se le haya atribuido la maternidad legal, mediando siempre el consentimiento expreso de ambas partes para el sometimiento de éstas técnicas.

## **2.8 Regulación de los Contratos de Gestación**

Una vez analizados los requisitos de existencia y de validez de los contratos de gestación debemos señalar que de ser aceptados dichos contratos deberán tener las siguientes características:

*DEFINICIÓN Contrato de gestación.- Es el acuerdo de voluntades en virtud del cual la pareja contratante unida en vínculo matrimonial o concubinato, en forma gratuita, encomienda a una mujer fértil la gestación de:*

*a) El embrión producto de la fecundación in vitro llevada a cabo, para su posterior implantación en el útero, con el material reproductor de ambos cónyuges por causas de infertilidad, el cual le es ajeno genéticamente a la gestante.*

*b) La inseminación artificial o fecundación in vitro llevada a cabo, para su posterior implantación en el útero, con el material reproductor del cónyuge varón de la pareja contratante; con el material reproductor de la gestante o de una tercera, por lo que a la primera se refiere ésta debe obligarse a renunciar a su vínculo materno filial a favor del progenitor biológico, otorgándole al efecto la patria potestad del menor de edad, de tal manera que la cónyuge del progenitor*

*pueda adoptarlo; por lo que se refiere a la segunda se aplicarán las disposiciones generales de los donantes.*

*c) El embrión producto de la fecundación in vitro llevada a cabo con el material reproductor de la cónyuge siempre que ésta sufra de infertilidad y su cónyuge varón de esterilidad, en términos de la Ley General de Salud, con el material reproductor de un donante para su posterior implantación en el útero de la gestante, en este sentido la cónyuge podrá hacer uso de las pruebas genéticas como medio idóneo para desvirtuar la presunción materna de la gestadora en términos del artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal con el propósito de determinar el verdadero vínculo filial.*

Lo anterior con el propósito de llevar a cabo el desarrollo y nacimiento del niño para entregarlo posteriormente a la pareja contratante obligando a estos a su vez a cubrir los gastos necesarios derivados de la gestación y nacimiento.

No obstante lo anterior cuando ninguno de los miembros pudiera engendrar por causa de esterilidad no podrá celebrarse este tipo de contratos.

Los contratos de gestación podrán celebrarse siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:

- Que se condicione a ser única y exclusivamente para fines terapéuticos en parejas heterosexuales que sufran problemas de esterilidad y que sea el único medio con el que cuentan para lograr una familia.
- Que la pareja contratante cuente con la edad para procrear, que significa que tengan el tiempo de vida suficiente para el cuidado de un menor de edad.

- Que sea de carácter gratuito, sin que haya una contraprestación al respecto, costeándose únicamente los gastos derivados de la gestación y nacimiento, persiguiendo un fin altruista.
- Deberá ser mediante consentimiento libre, espontáneo e informado sobre los alcances y consecuencias del uso de estas prácticas, por las partes signatarias.
- Su formalidad será la de constar por escrito, signado por todas las partes, que deberá ser ratificado por las partes ante Juez o Notario Público.
- Se sujetará a los derechos y obligaciones que las partes convengan con el propósito de conducirse de forma idónea a fin de que el nacimiento del niño sea favorable.
- El matrimonio contratante debe contar con recursos económicos suficientes a fin de proporcionar al menor alimentos, vestido, vivienda, educación, es decir, una buena calidad de vida, así como garantizar su cuidado y crianza.
- Si la gestadora estuviera casada, su esposo deberá impugnar la presunción de paternidad en términos de lo establecido en el artículo 324 del Código Civil.
- La gestadora debe comprometerse a cuidarse durante el embarazo y a tomar todas las precauciones necesarias que aseguren la salud del hijo.

- La gestadora debe obligarse a no mantener relaciones sexuales con su cónyuge o terceros, según el caso, durante el período en que se lleva a cabo la inseminación artificial o fecundación extrauterina.
- Se establezca una sanción correspondiente al incumpliendo del contrato así como el pago de daños y perjuicios.
- La mujer gestadora podrá no aceptar ser inseminada o rechazar la transferencia del embrión mediante la fecundación *in vitro* y la posterior transferencia del embrión a su útero, al ser el consentimiento informado de carácter revocable.
- Se deberán establecer además las disposiciones legales relativas a la filiación de los hijos nacidos por contratos de gestación, en el sentido de que la madre para efectos de derecho es aquella que ha tenido la voluntad procreacional, quien cuenta con la convicción certera de tener al niño, quien quiere asumir el rol materno y que ha puesto todo su amor para que ese bebé naciera.

El no establecer una regulación adecuada de estas practicas obligaría a parejas que se ven en la necesidad de ser padres a cambio de cualquier suma de dinero a tener acceso a estos procedimientos mediante los medios electrónicos, en virtud de que existen una serie de empresas extranjeras y mujeres que ofrecen sus servicios para llevar a cabo este tipo de practicas, parejas que por lo general no cuentan con una certeza legal del compromiso que celebran y una serie de incertidumbres derivadas de la tercera con quien contratan dejando en estado de indefensión a quien nace de esta manera.

Igualmente de la serie de repercusiones de carácter psicológico que se podrían llegar a presentar tanto por la madre gestadora como por la madre de la

pareja infértil al no tener ninguna función biológica (de no haber aportado material genético), del hijo por nacer.

## **2.9 Los contratos de gestación y la *inseminación artificial post mortem***

Como hemos visto a lo largo del presente trabajo los contratos de gestación merecen una regulación específica en nuestro ordenamiento civil que no los contempla.

¿Pero, que pasaría en el caso de la Inseminación artificial *post mortem*, refiriéndome a un supuesto en particular, cuando la cónyuge superviviente no pudiera concebir y llevar a cabo la conclusión del embarazo por causa de infertilidad? ¿Podría otra mujer, siempre y cuando la cónyuge superviviente aportara su material reproductor ser la portadora del niño?

Cabe dejar claro que en el caso de la IAPM acompañada por los contratos de gestación únicamente podrá aceptarse en el supuesto de que la cónyuge superviviente sea infértil, con su material reproductor y el de su marido sin la intervención de ninguna tercería maternal genética, admitiéndose únicamente la tercería maternal de gestación, y ésta pueda probarlo de manera indubitable y que el cónyuge varón tuviese conocimiento previo de infertilidad por parte de su esposa.

Asimismo, podría recurrirse a los contratos de gestación en el caso de que la mujer fuese quien falleciera y su cónyuge superviviente sea quien utilizase el óvulo de la misma con el propósito de fecundarlo, es de advertir que se podrá presentar este supuesto siempre y cuando los mencionados contratos cuenten con una regulación favorable en nuestro ordenamiento civil.

## CAPÍTULO TERCERO

### CUESTIONES JURÍDICAS RELATIVAS A LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA EN EL DERECHO MEXICANO.

#### 3.1 Naturaleza jurídica de los gametos.

Las técnicas de fecundación humana artificial han permitido que se desvalore al embrión respecto a su calidad humana y se le considere un *producto*. Desde esta perspectiva ha resultado admisible que se le manipule a fin de satisfacer el anhelo de contar con un "producto de calidad", sin embargo, ¿qué naturaleza jurídica debemos atribuirle al embrión humano en crioconservación resultado de una inseminación artificial *In Vitro*? Y partiendo de ello ¿qué naturaleza jurídica tienen los gametos humanos?.

Cuando hablamos de gametos "sabemos que se trata de células materiales regenerables procedentes del cuerpo humano, que no desempeñan una función orgánica interna, sino que son excretados por ciertas glándulas a fin de producir el maravilloso fenómeno de la reproducción",<sup>43</sup> en definitiva, la

---

<sup>43</sup> SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, Filiación y Delito*. Ob. Cit. Pág. 267.

célula básica germinal ya sea masculina (espermatozoide) o femenina (óvulo) cuya función primordial es la fecundación.

El trato que da la Ley General de Salud a los gametos se ve reflejado en las siguientes disposiciones legales:

*“Art. 314.- Para efectos de este título se entiende por:*

*I. Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión; ...”*

*“Art. 320.- Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente Título.”*

*“Art. 321.- La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes. “*

*“Art. 323.- Se requerirá el consentimiento expreso: ...II. Para la donación de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas.”*

Señala Zannoni en su ponencia presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en España, en octubre de 1987 “tanto el semen como los óvulos, una vez extraídos son jurídicamente cosas (...) y susceptibles, por lo tanto, de constituir el objeto de relaciones jurídicas”<sup>44</sup>, es decir, no podemos hablar de la constitución de un derecho real sobre el cuerpo humano y sus partes adheridas al mismo, sin embargo, sí puede darse el trato de cosas a las partes del cuerpo humano que han sido separadas de él.

---

<sup>44</sup> *Ídem.*

Jurídicamente constituyen cosas, aquellos componentes del ser humano separados del organismo que lo integran sin que se les atribuya un valor pecuniario, no obstante, para el caso de las células germinales a éstas se les atribuye un valor de uso: *que es la vida humana*.

“Las partes renovables del cuerpo humano, en tanto se encuentran en el organismo, son partes indivisas del todo que constituye el *subtractum* físico del hombre, y por lo tanto no pueden ser objeto de relaciones jurídicas.”<sup>45</sup>

Sobre la naturaleza jurídica de los embriones producidos bajo la Inseminación Artificial *In Vitro*, embriones que ya han sido concebidos y aún no han sido implantados,- situación que trae aparejada grandes conflictos e interrogantes desde el punto de vista del derecho sucesorio- considero que no podemos atribuirles el carácter de persona porque sólo adquirirán dicha calidad hasta su implantación en el útero materno. El Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud en su artículo 40 ha definido al embrión como: “*El producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la décimosegunda semana de gestación*”.

Excepcionalmente, en este sentido, la fecundación no será considerada como el nacimiento de la vida humana ya que sería totalmente contraria a la teoría de la concepción que reseñaremos más adelante, en virtud de que es resultado no de la naturaleza sino de la mano del hombre; este embrión que no ha sido implantado aun en virtud de la fecundación extracorpórea debe ser considerado como una “cosa” sin por ello atentar contra de la dignidad humana.

Sobre esta problemática algunos autores han desarrollado la tesis de la existencia de un llamado "pre-embrión" que, al no tener todavía las

---

<sup>45</sup> CÓRDOBA, Jorge Eduardo. *Fecundación Humana Asistida: Aspectos Jurídicos Emergentes.*, Argentina, Ed Alberoni 2000. 72 Págs. Pág. 27.

características y cualidades del embrión, no sería por consiguiente, como comentábamos, una "persona", lo que conllevaría por parte de los que así piensan a la posibilidad de que en esta etapa preembrionaria sea permisible todo tipo de experimentaciones, manipulaciones genéticas, lo cual tampoco considero admisible.

Las cosas, como ya apuntábamos en su oportunidad, pueden ser objeto de apropiación cuando no estén excluidas del comercio y lo pueden estar: *por su naturaleza*.- las que no pueden ser propiedad de un individuo exclusivamente o *por disposición de la Ley*.- aquellas que el ordenamiento jurídico declara irreductibles a la propiedad particular.

“No todas las cosas son susceptibles de apropiación particular; el sol, los planetas, el aire, el mar libre, el espacio aéreo en su zona libre, etcétera, son cosas con imposibilidad de pertenecer exclusivamente a alguien. Algunas de esas cosas son o pueden ser bienes desde el punto de vista económico, porque satisfacen una necesidad, pero no puede considerársele como bienes en el sentido jurídico apuntado.”<sup>46</sup>

No debemos confundir el término comerciabilidad, que implica estar en el comercio, es decir, la posibilidad de apropiación particular, con alienabilidad que se refiere a la posibilidad jurídica de enajenación de la cosa, su transmisión de propiedad, porque las cosas que están fuera del comercio son inalienables, pero no toda cosa que sea inalienable está por ello fuera del comercio.

Siguiendo a Ferrara, citado por Borja Soriano<sup>47</sup> “Incomerciabilidad no es sinónimo de inalienabilidad, porque si las cosas fuera del comercio son

---

<sup>46</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil: Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez Ob. Cit.* Pág. 301.

<sup>47</sup> BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones, Ob Cit.* Pág. 144.

inalienables, la inversa no es verdadera, pudiendo una cosa estar prohibida de enajenación y sin embargo, encontrarse en propiedad privada. La in comerciabilidad es sustracción al régimen jurídico privado de la totalidad de sus relaciones, incapacidad de formar parte del patrimonio. Así, hay cosas que están en el patrimonio individual, pero de las cuales la transmisión está impedida o limitada, sea en interés general, sea en interés de determinadas personas especialmente protegidas o por razones particulares.”

En el caso de los gametos no existe ningún impedimento físico para ser considerados como cosas y por lo tanto, para que sean susceptibles de apropiación y se encuentren dentro del comercio, es menester que se realice la disposición de los gametos respecto a su objeto y condición de uso, su límite de uso será aquel que contraría las buenas costumbres y las leyes de orden público.

### **3.2 Tratamiento Jurídico de la persona y la figura del *nasciturus* en el derecho mexicano.**

El ser humano debe ser considerado como la base y justificación de la existencia del derecho, es por ello que forma parte de los principios fundamentales de la ciencia jurídica porque es su precedente y constituye su razón de ser como elemento de la sociedad organizada políticamente, en este sentido su dignidad, su libertad y sus derechos fundamentales se someten al poder del Estado y al Derecho Positivo que frente a esta situación tiene la facultad de legislar todo lo inherente al mismo a fin de proporcionarle una adecuada protección.

El término “persona” alude generalmente a todo individuo de la especie humana, es el ser humano sujeto de individualidad que goza de inteligencia y razón, de una voluntad libre que lo conforman como una unidad superior en la naturaleza.

La palabra persona proviene del latín *personare* que equivale a "hacerse oír" o "resonar mucho", designando de esta manera a las máscaras o caretas con las que se hacía la representación de las piezas teatrales, se las ponían los actores de teatro para disfrazar el personaje que representaban, sirviéndoles de amplificador de la voz. Aludía así a la cara o rostro del personaje, indica un sonido que posee la fuerza necesaria para sobresalir.

Definir "*persona*", implica necesariamente la aplicación de varias connotaciones, desde la perspectiva filosófica, en el siglo VI Boecio, definía a la persona como la *naturae rationalis individua substantia (sustancia individual de naturaleza racional)*, definición también aceptada por Santo Tomás de Aquino, inspirándose muy probablemente en Aristóteles, que caracterizaba al hombre como un *animal racional*. En el siglo XVII, se caracteriza al hombre como un "*ser en relación consigo mismo*" y con René Descartes, la sustentación del hombre "*como ser pensante*". Ya en el siglo XVIII, para Kant, el hombre es un "*ser con un fin en sí mismo*", atribuyendo a la persona un valor absoluto. Para otros filósofos constituye *la voluntad autónoma del Yo*.

Las doctoras Dolores Loyarte y Adriana E. Rotonda, establecen las siguientes características atribuibles al ser humano<sup>48</sup>:

- a.- Un ser único, irrepetible e insustituible;
- b.- Que tiene conciencia de elección y dispone de libertad;
- c.- Que tiene sentido de responsabilidad de sí y ante los demás;
- d.- Que es un ser abierto hacia los otros, hacia el mundo y hacia la trascendencia;

---

<sup>48</sup> LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda, *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético*. Ob Cit. Pág. 205.

e.- Que tiene interioridad;

f.- Que es un agente biocultural: comprende lo que se le dice y confiere sentido a su entorno;

g.- Que tiene conciencia reflexiva; es un Yo,

h.- Que tiene dignidad que le es propia.

Desde la perspectiva jurídica se refiere a todo sujeto susceptible de derechos y obligaciones o como señala el positivista Hans Kelsen “*es el centro de imputación normativa.*”

Ahora bien, es menester y obligación del Estado de Derecho la protección legal del ser humano, pero ¿desde qué momento de su desarrollo el ser humano goza de la protección legal con el objeto de asegurarle su derecho a la vida como un derecho fundamental? Es preciso señalar que esta pregunta debe ser resuelta con base en la biología, así como la precisión de la ciencia médica para determinarla. Entonces surge la siguiente interrogante ¿cuándo biológicamente podemos determinar que inicia la vida humana?

Ocurre mediante un proceso que surge a partir de la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide, creándose al conjugarse los 23 cromosomas paternos de la célula sexual haploide con los 23 cromosomas maternos y quedar de esa forma impreso un nuevo código genético, con autonomía e identidad genética propia, la problemática que se plantea hoy en día con el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida, es que si la vida del ser humano comienza desde la fecundación, ¿ qué trato jurídico se le debe de dar a quien es fecundado extracorpóreamente bajo la inseminación In Vitro?. En los capítulos anteriores hemos hablado de las técnicas de reproducción asistida, lo que éstas implican y la justificación de su desarrollo apoyándose en la bioética, así como el tratamiento jurídico que se le ha dado en otras legislaciones a nivel

internacional, lo que no debemos soslayar es al protagonista fundamental de estas cuestiones, que es en sí mismo el concebido.

Diversas doctrinas son las que tratan de estudiar el principio de la existencia de la persona:

**A.- Teoría de la concepción:** Señala que el hombre existe desde la concepción y es desde que se presenta este hecho de la naturaleza que debe reconocerse la capacidad, esta teoría presentaba el inconveniente de no poder precisar la exactitud de la concepción.

**B.- Teoría del nacimiento:** señala que el feto no tiene vida independiente a la de la madre bajo el aforismo "*portio mulieri, vel viscerum*" ya que con anterioridad al corte del cordón umbilical es *pars viscerum matris*. Argumenta también que no es posible determinar el tiempo de la concepción, por lo que la capacidad jurídica se adquiere con el desprendimiento del útero materno.

**C.- Teoría ecléctica:** Señala que el nacimiento es el origen de la personalidad reconociendo mediante una ficción los derechos al *nasciturus* retrotrayendo los efectos del nacimiento al tiempo en que ocurrió la concepción el concebido, se trata de una *spes ominis* (esperanza de hombre). Los hipotéticos derechos no suponen reconocimiento de existencia jurídica, ni implican ficción alguna, ya que son un caso de protección de intereses expectantes y futuros, que sólo por el nacimiento pueden convertirse en derechos definitivos.

**D.- Teoría de viabilidad:** Sostiene que para ser reconocido como *subjetum iuris* es necesario el requisito de viabilidad, es decir la aptitud física para sobrevivir, que implica que además de nacer un individuo no sólo debe vivir, la criatura debe contar con la aptitud orgánica para permanecer con vida fuera del claustro materno.

**E.- Teoría Psicológica:** Establece que al ser humano se le considerará como persona hasta el momento en que éste adquiere conciencia de su personalidad jurídica que es inmediatamente posterior a la adquisición de su personalidad psicológica, por lo que se comienza a ser persona desde que se nace vivo y viable.

Actualmente encontramos una serie de teorías que se orientan más a la perspectiva médica que considero importante abordar y que son las que relaciono a continuación:

**1.- “La vida comienza con la constitución de un genotipo diferente al de los progenitores y con capacidad autogobernable y topipotencial”**

El genotipo consiste en la sumatoria de genes masculino y femenino, a través de los cromosomas de sus respectivas células germinales. Ambos grupos de cromosomas han sufrido un proceso de recombinación, a través del cual el cigoto que resulte será distinto por lo que se refiere a su genotipo al de sus progenitores y topipotencial, en virtud de que será capaz de desarrollar todo un individuo, luego entonces constituye el inicio fehaciente de la vida y como tal deben ser regulados por el ordenamiento jurídico su respeto y protección.

Justo Aznar expresa que “el embrión humano de pocos días es un ser vivo de nuestra especie, un individuo humano, y por tanto digno del mayor respeto.” Continúa diciendo que no se trata de un conglomerado celular porque cuenta con identidad genética y un agregado más: *la activación de un programa de desarrollo*, lo que corrobora citando a López Moratalla, “la identificación entre genoma e individuo es un error de concepto biológico: los cromosomas y genes que determinan las características de un individuo dentro de una especie no le hacen ser un individuo; no son más –ni tampoco menos- que lo que determina las características de ese ser y dirige su desarrollo; pero lo que lo constituye en un viviente, en un individuo de esa especie, es el arranque de la emisión de su

programa de desarrollo, programa que no está expresado en el genoma, sino que se va expresando paulatinamente, lo que se ha venido en denominar expresión epigenética. Cuando esto ocurre ha comenzado realmente la vida de un ser humano.”<sup>49</sup>

Por su parte Jorge Eduardo Córdoba<sup>50</sup> señala además las siguientes teorías:

“**La teoría de la anidación** sostiene que la persona comienza cuando el cigoto anida en el útero de la mujer, unos 14 días luego de la concepción, se considera que hasta ese momento no es posible hablar de individualidad (...)

**La teoría del sistema nervioso central o la percepción del latido cardíaco fetal** considera que la verdadera instancia diferenciadora que permite reconocer la existencia de un nuevo ser dotado de personalidad indispensable e inviolable, la persona, se da cuando se inicia el proceso de formación del sistema nervioso central, o bien, con los latidos del corazón, que comienza el día 15 desde la concepción, completándose el desarrollo cerebral a las ocho semanas.”

### **Disposiciones al respecto en el Código Civil para el Distrito Federal**

Nuestro Código Civil señala de manera clara el inicio de la personalidad jurídica en su artículo 22: *“la capacidad de las personas físicas principia con el nacimiento y se pierde con la muerte; pero desde que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en la misma.”*

---

<sup>49</sup> AZNAR, Justo, *Estatuto Biológico Del Embrión Humano. La cuestión relativa al estatuto del embrión humano, ¿persona? ¿cosa? ¿entre intermedio entre persona y cosa?, es tal vez la más conflictiva en el debate bioético contemporáneo.* Roberto Adorno (2004) <http://www.notivida.com.ar> 27 de octubre de 2007.

<sup>50</sup> CÓRDOBA, Jorge Eduardo. *Fecundación Humana Asistida: Aspectos Jurídicos Emergentes.* Ob Cit. Pág. 30-31.

El precepto legal antes mencionado enuncia que la personalidad se inicia con el nacimiento al cual debemos entender como la separación del ser humano del útero materno que incluso puede llegar a ser prematura momento en el cual el niño tiene una vida independiente de la madre, ya que mientras se encuentra en el proceso de gestación éste es considerado como una parte de su cuerpo, al formar parte de sus entrañas se confunde con su ser *“pars visceram matris”*, y su subsistencia depende de ello, así Ulpiano señala: *“partus antequam edatur mulieris portio est vel viscerum”*, es decir, “el hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o de sus vísceras”. En diversas disposiciones del Código Civil se encuentra implícito el tiempo de duración mínima de un embarazo que es de 180 días y máxima de 300.

Por *nasciturus* debemos entender al ser humano en el período de vida que va desde el momento de la concepción hasta el de su nacimiento desarrollado en las etapas sucesivas de embrión y feto.

El reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación Para la Salud ha proporcionado los siguientes conceptos:

*“ART. 40.- Para los efectos de este Reglamento se entiende por:...*

*...III. Embrión. El producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la decimosegunda semana de gestación;*

*IV. Feto. El producto de la concepción desde el principio de la decimotercera semana de gestación hasta su expulsión o extracción...”*

Se ha considerado al *nasciturus* una *spes hominis*, como una vida humana potencial en virtud de ello bajo el aforismo latino *“Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur”* (el concebido se considerara como nacido para todo aquello que le favorezca), es considerado como el titular expectante de un derecho futuro, en caso de que el hecho jurídico pendiente se resuelva a su favor, ésta ficción jurídica hace posible al *nasciturus* la adquisición

de algunos derechos o bienes a título de donación, herencia o legado, incluso para ser fideicomisario al momento de fallecer el fideicomitente en términos del artículo 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Si bien es cierto que en términos generales la personalidad jurídica como aptitud reconocida por el derecho para adquirir el carácter de sujeto titular de derechos y obligaciones se adquiere desde el nacimiento, creemos que el embrión humano adquiere personalidad jurídica desde su concepción porque a partir de este momento biológico se inicia la vida del nuevo ser, que implica a la fecundación en sí misma.

Sin embargo, no basta con que se produzca el nacimiento sino que es indispensable que la criatura nazca viva y además sea viable, que no es más que la aptitud para la sobrevivencia fisiológica, es decir, como apunta el doctor Domínguez Martínez: “ la posibilidad natural de seguir viviendo. Además, cabe tener en cuenta dos clases de viabilidad; por una parte, la viabilidad propia y por la otra la impropia. La primera es la del recién nacido después de haber resultado de un embarazo considerado como normal, resultado de una vida intrauterina lo suficientemente sólida, como para que desde el punto de vista médico, por esa solidez, se le considere viable, es decir, esté en condiciones de subsistir. La viabilidad impropia significa la posibilidad extrauterina del nacido, con independencia a ser resultado o no de un embarazo con evolución normal y un nacimiento en tiempo,”<sup>51</sup> por lo tanto, la adquisición de los derechos anteriormente señalados se basa en una condición resolutoria negativa de que la criatura no nazca viva y viable ya que en caso de no ser así los efectos resultado del reconocimiento de la personalidad se destruirán retroactivamente.

Señala el maestro Rojina Villegas: “no creemos que sea una condición suspensiva la relativa a la viabilidad, pues entonces la personalidad no existiría

---

<sup>51</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ Jorge Alfredo, *Derecho Civil; Parte General, Personas Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, Ob. Cit. Pág. 155.

sino hasta el nacimiento viable, ahora bien, en este caso no podría explicarse, cómo puede ser heredero o donatario el ser que sólo está concebido. En cambio, si afirmamos que el concebido es persona, pero que su personalidad está sujeta a una condición resolutoria negativa: que no nazca viable, quedará perfectamente explicado que fue persona desde el momento de la concepción, extinguiéndose su personalidad con efecto retroactivo (que ocurre en el caso de que se cumpla la condición resolutoria), si nace no viable, es decir, si se realiza justamente ese hecho futuro e incierto (que nazca no viable) y que funge como condición resolutoria. Si no se realiza dicha condición será evidente que la personalidad existió desde la concepción y no desde el nacimiento.”<sup>52</sup>

Debemos pues, atender al concepto de vida que proporciona nuestro Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

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

De aquí debemos distinguir a las denominadas: a) *viabilidad natural*: que se da por haber vivido en el tiempo plausible que es de 24 horas y; b) *la viabilidad legal*: que ocurre bajo el supuesto de la presentación del nacido ante el juez del Registro Civil.

El reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud ha proporcionado las siguientes definiciones:

*“Art. 40.- Para los efectos de este Reglamento se entiende por:...*

*...VI. Nacimiento vivo. Es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción, del seno materno, cuando después de*

---

<sup>52</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil I Introducción, Personas y Familia*. Ob. Cit. Pág. 437.

*dicha separación respire y lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta;*

*VII. Nacimiento muerto. Es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción, del seno materno, cuando después de dicha separación no respire ni lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta...”*

Además de los derechos señalados con antelación *el nasciturus* también cuenta con derechos personalísimos vgr. el derecho a la vida como supuesto ontológico sin el cual los demás derechos no serían posibles, aquí cabe destacar las polémicas reformas al Código Penal para el Distrito Federal que permitirán el aborto inducido durante los primeros 3 meses (12 semanas) de gestación.

Ha quedado señalado que la personalidad de las personas físicas se inicia con la vida, y sabemos que termina con la muerte, en este sentido la Ley General de Salud en su artículo 343 establece que la pérdida de la vida ocurre cuando se presenta la muerte cerebral, o cuando se muestren los signos de muerte que son la ausencia completa y permanente de conciencia, la ausencia permanente de respiración espontánea, la ausencia de los reflejos del tallo cerebral, y el paro cardiaco irreversible.

### **3.3 Marco Jurídico aplicable a las técnicas de fecundación asistida.**

#### **3.3.1 Derecho constitucional y Tratados Internacionales.**

Han sido innumerables los antecedentes para consagrar los derechos establecidos en nuestra Constitución en materia de salud y que se han preocupado por dar un trato a la familia y es precisamente porque constituye para el ser humano su primer contacto con el fenómeno de la convivencia.

Los tratados y pactos de los que hablaré a continuación no señalan de manera precisa el uso de las técnicas de reproducción asistida, sin embargo, al hablar de la familia, cuya definición jurídica en sentido amplio precisaré siguiendo a los licenciados Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez como “aquella institución natural de orden público compuesta por las personas unidas por lazos de parentesco, matrimonio o concubinato y que surte efectos por lo que hace a cada miembro respecto a sus parientes, en línea recta sin limitación de grado y la colateral hasta el cuarto grado,”<sup>53</sup> y por lo que se refiere a una definición jurídica en sentido restringido “la familia se compone del núcleo social básico conformado por el padre, la madre y los hijos.”<sup>54</sup> Siguiendo estas definiciones encontramos implícita en la familia la finalidad procreativa a partir del matrimonio, como la perpetuación de la especie y la ayuda mutua entre los cónyuges, cuyo deber es transmitir la vida y educarla.

Es de considerarse a los derechos de personalidad como la base de la libertad procreacional, su antecedente remoto, se ha presentado con la escuela del derecho natural del siglo XVI, cuya corriente de pensamiento iba encaminada a que el hombre tiene derechos sobre su propio cuerpo, sin afirmar que se trate de un derecho de propiedad, posesión o dominio, como tal, pues no hay una disposición plena, a esta facultad se denominó: “*ius in se ipsum*” el derecho sobre sí mismo, un derecho extrapatrimonial que no se adquiere por ningún título, pues el ser humano es alma y cuerpo desde su concepción, posteriormente dichas ideas se reivindicaron en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano decretados en 1789, y consiguientemente en las enmiendas constitucionales de Estados Unidos de América.

---

<sup>53</sup> DE LA MATA PIZANA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez, *Derecho Familiar y sus Reformas más Recientes a la Legislación del Distrito Federal*. 2ª edición. México, Ed Porrúa. 2004. 459 Págs. Pág.10

<sup>54</sup> RICO ÁLVAREZ, Fausto, *et al. De la Persona y de la Familia en el Código Civil para el Distrito Federal*, México, Ed, Porrúa. 2006, 401 Págs. *Ob Cit*, Pág. 123

Los derechos personales son naturales, innatos, originarios y esenciales al hombre son inalienables e imprescriptibles, corresponde su regulación al derecho privado entre personas iguales, a diferencia de las garantías individuales que son los derechos de los ciudadanos frente al órgano jurídico político que es el Estado por ello parte del derecho público, los ejercita frente al poder público, quien tiene la obligación de respetarlos con el fin de preservar el orden publico y el bien común.

Como señala Alberto Pacheco, “los derechos del hombre y los derechos de la personalidad tienen un contenido análogo pues tratan de proteger bienes similares, pero mientras los derechos del hombre son oponibles a la autoridad pública, los derechos de la personalidad tratan de establecer la situación de justicia, inmanente en todo derecho, frente al propio titular, o sea de la misma persona y sus posibilidades de disposición de los bienes protegidos y frente a terceros, también en su carácter de particulares.”<sup>55</sup>

De ahí el primordial derecho a la vida que debe ser protegido con mayor eficacia por el ordenamiento jurídico y por la persona misma ya que sin ella nada tienen que ver los demás derechos subjetivos.

En este mismo sentido es preciso hablar del derecho sobre el cuerpo humano, en el cual encontramos el fundamento esencial por lo que hace a la fecundación humana asistida, este derecho no lo podemos englobar dentro de los conocidos derechos reales o de crédito, por lo que es necesario atribuirle una naturaleza *sui generis*, es insoslayable la disposición recurrente que se le ha dado a este derecho, en virtud de ciertas situaciones jurídicas, tal es el caso

---

<sup>55</sup> PACHECO ESCOBEDO Alberto, *La persona en el Derecho civil Mexicano. Editorial Panorama*. México (s.e) 1985. Pág. 312.

de los implantes de órganos, la donación de sangre, corte de cabello, extracción de piezas dentales o el contrato de lactancia.

Es por ello la importancia de normatizar los derechos que las personas tienen sobre su cuerpo y darle una regulación adecuada a fin de evitar injusticias.

En este orden de ideas, en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, leemos que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

La dignidad proporciona el sustrato y sustento axiológico de los derechos humanos, porque estos se entienden implícitos en el mismo, por lo que quebrantar la dignidad es ir en detrimento de los derechos natos del hombre, antecesores de nuestra carta magna y lo que constituye su *ratio legis*.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, vinculando a México el 24 de marzo de 1981, establece en su artículo 23 lo siguiente:

*“1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.  
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.  
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.  
Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de solución del mismo. En caso de disolución, se adoptaran disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos.”*

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” al que se adhiere México el 24 de marzo de 1981 establece en su artículo 17 la protección a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y que debe ser protegida por la sociedad y el Estado, reconoce además el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad con el libre y pleno consentimiento de los contrayentes, por lo cual los Estados Parte deben proporcionar medidas para asegurar la igualdad de derechos y las responsabilidades de los cónyuges relativas en su totalidad a la institución del matrimonio. Asimismo, señala que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales del 19 de diciembre de 1966 vinculando por adhesión a México el 23 de marzo de 1981, en su artículo 10 señala como elemento fundamental a la familia a la cual debe proporcionársele la más amplia protección y asistencia posibles, además establece que se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto.

El artículo 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos hace alusión a que *“los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia; disfrutaran de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.”*

Bajo el mismo tenor de ideas, *La Carta de los Derechos de la Familia* del 22 de octubre de 1983, presentada por la Santa Sede a todas las personas, instituciones y autoridades interesadas en la misión de la familia en el mundo contemporáneo, destaca en su Artículo Tercero:

### *“Artículo 3*

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

*a) Las actividades de las autoridades públicas o de organizaciones privadas, que tratan de limitar de algún modo la libertad de los esposos en las decisiones acerca de sus hijos constituyen una ofensa grave a la dignidad humana y a la justicia.*

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

*c) La familia tiene derecho a la asistencia de la sociedad en lo referente a sus deberes en la procreación y educación de los hijos. Las parejas casadas con familia numerosa tienen derecho a una ayuda adecuada y no deben ser discriminadas.”*

### Proclamación de los derechos humanos de Teherán de 1968

*“16. La comunidad internacional debe seguir velando por la familia y el niño. Los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos;“*

La Organización Mundial de la Salud ha señalado que la demanda de acceso a las técnicas de reproducción asistida se basa en tres principios:

1.- El derecho a la autodeterminación de cada ser humano que debe poder ejercer respecto de su proyecto de vida.

2.- El derecho a gozar de salud reproductiva y;

### 3.- El derecho de equidad en el acceso a las prestaciones de salud.

Las Naciones Unidas han aprobado diversas normas relativas a los derechos humanos y la bioética. Algunas de ellas son de carácter vinculante, en tanto que otras constituyen principios generales de derecho internacional. Los usos potenciales de los nuevos conocimientos en materia de biología humana favorecen o amenazan a diversos derechos enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con inclusión del derecho a la vida (Art. 6), el derecho a no ser sometido a experimentos médicos o científicos (Art. 7), el derecho a la seguridad personal (Art. 9) y el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia (Art. 17).

El Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de la ONU (El Cairo, 1994) reconoce el derecho básico que tienen *"...todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos"*.

La Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU (Pekín, 1995) estableció que la salud reproductiva es *"un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia"*. La atención de la salud reproductiva incluye el acceso a *"métodos, técnicas y servicios que*

*contribuyan a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados”.*

Por lo que toca a la regulación en nuestra norma suprema el artículo 4º constitucional establece: “...*Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos...*”, pero, como todo derecho, éste se extiende hasta donde no se vulneren otros derechos reconocidos.

Este precepto, no limita la facultad de tener descendientes a ciertas personas, en función de características especiales como su edad, estado civil u otra situación de hecho o de derecho, por ello, la misma garantía constitucional tienen tanto hombres como mujeres, independientemente de su estado civil y del tipo de método utilizado para la fecundación, ya sea, la relación sexual natural o los provenientes de los avances de la ciencia.<sup>56</sup>

La anterior disposición contenida en lo que los constitucionalistas en general, han denominado derechos de libertad en donde “los sujetos actúan dentro de un ámbito no regulado normativamente, sin interferencias y dentro del límite que marca el derecho que el propio orden reconoce a otro u otros”<sup>57</sup>

Este derecho propicia la planeación familiar e impide la interferencia del Estado en su ejercicio, como derecho inherente al hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia; calificando a la familia como el elemento fundamental de la sociedad disponiendo entonces de la más amplia protección.

---

<sup>56</sup> Cfr GALVÁN RIVERA, Flavio, La Inseminación Artificial en Seres Humanos y su Repercusión en el Derecho Civil. *Revista Jurídica de Postgrado*. México. Publicado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Benito Juárez de Oaxaca, Publicación trimestral año 1. no 2. abril- junio 1995. citado por LÓPEZ FAUGIER, Irene. *La Prueba Científica de la Filiación*. México, Ed Porrúa, 2005. 131 Págs.

<sup>57</sup> GAMAS TORRUCO, José. *Derecho Constitucional Mexicano. Teoría de la Constitución. Origen y desarrollo de las constituciones mexicanas normas e instituciones de la constitución de 1917*. México Ed. Porrúa. 2001. Pág. 1117.

El derecho a la reproducción es una expresión de la dignidad humana que debe definirse como el honor y la excelencia, como aquella preeminencia del hombre que le hace ser un fin en sí mismo con independencia de sus circunstancias personales, sociales, económicas y culturales, supone una superioridad moral, derecho que no puede ser restringido arbitrariamente por los poderes públicos.

El derecho a la procreación no es estrictamente individual, sino compartido con la pareja por lo que en este caso, su ejercicio es relativo y condicionado al consentimiento de las partes.

El ejercicio de este derecho está vinculado al principio de igualdad. “Todos los sujetos, en igualdad de circunstancias, deben tener los mismos derechos”, La discriminación por razón de sexos está prohibida por la Constitución, en tal caso podemos afirmar que tanto el hombre como la mujer tiene derecho a la reproducción por medio de la inseminación artificial.

El artículo cuarto constitucional señala que ***el derecho a la libertad procreacional*** deberá ejercerse bajo las siguientes características

- **Libre:** derivado de la libertad como atributo esencial del ser humano, se refleja en la facultad de decidir sobre su descendencia y a ejercer plenamente su derecho a la procreación sobre el número y esparcimiento de sus hijos, lo que incide en que no deberá mediar ninguna coacción física o moral cuya manifestación deberá ser expresa o tácita sin que medien vicios en el consentimiento. Por lo tanto, la dignidad del hombre requiere que obre según una libre y consciente elección, movido e inducido personalmente, no bajo un impulso ciego o una coacción externa.

- **Responsable:** Es la obligación de reconocerse como autor de los hechos y actos voluntariamente realizados y asumir sus efectos, implica responder de los actos que se ejecutan, se refiere a la capacidad para hacerse cargo de las consecuencias derivadas de su libertad procreacional con respecto a sus descendientes y a la sociedad, para el caso de tratarse de las personas que se someten a las técnicas de reproducción asistida dichas personas deben comprender las consecuencias o alcances del uso de estos métodos que deberán garantizar a través de actos que repercutirán socialmente.
- **Informada:** se pretende que mediante el derecho a la información del cual es obligado el Estado se proporcionen los elementos necesarios que lleven a una persona en decidir de manera consciente sobre cómo ha de ejercitar su derecho a la procreación.

La información de la reproducción humana asistida, debe ser dirigida ante la pareja que solicita el servicio, como también a los donadores de gametos y embriones, las mujeres receptoras de gametos. Debiendo incluir dicha información, las consecuencias de orden biológico, jurídico, ético o económico, que implica el acto. Asimismo también tienen la facultad para pedir información los hijos que nacen bajo el uso de las técnicas de fecundación humana.

Hemos observado que en dicho artículo no se dispone que la reproducción deba ser natural, nuestra ley suprema no distingue, por lo tanto no se limita el hecho de que las personas puedan tener hijos por otros medios como lo son los métodos artificiales.

### 3.3.2 Ley General de Salud y sus reglamentos.

En la exposición de motivos de la Ley General de Población del 12 de septiembre de 1973, ya se hace referencia a la importancia de promover la planeación familiar, como un moderno derecho humano para decidir libre, informada y responsablemente la estructura de la célula básica social.

La Ley General de Salud, reglamentaria del artículo cuarto constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, cuya finalidad primordial consiste en establecer las bases y las modalidades para el acceso a los servicios de salud, mediante un Sistema Nacional de Salud, cuyos objetivos son amplios, en virtud, de que comprenden en términos generales: el desarrollo demográfico del país, el impulso a la familia, las condiciones sanitarias, patrones culturales, entre otros, lo que no debemos soslayar es la gran importancia del derecho a la salud consignado en el mencionado precepto constitucional: *“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...”*

Que a su vez se encuentra regulado en el artículo segundo de la citada Ley:

*“Art. 2.- El derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:*

- I. El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;*
- II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;*
- III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuvan a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyen al desarrollo social;*

- IV. *La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento, y restauración de la salud;*
- V. *El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población; y*
- VI. *El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud; y*
- VII. *El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.*

Asimismo, establece lo que ha de entenderse por materia de salubridad general haciendo alusión a la organización, control y vigilancia de la prestación de servicios y establecimientos de salud, la atención médica dirigida a grupos vulnerables, así como la atención materno-infantil y los servicios de planificación familiar, es decir, de un plan para organizar a la familia tal como lo dispone en el siguiente artículo de la referida Ley:

*“Art. 68. Los servicios de planificación familiar comprenden:...*

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

Por su parte, el *Reglamento Interior de la Secretaría de Salud*, señala que corresponde a dicha Secretaría conducir sus actividades con base en políticas para el desarrollo del Sistema Nacional de Salud, además deberá realizar el despacho de los asuntos referidos en el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Respecto al *Reglamento en Materia de Investigación para la Salud* en su artículo 56 establece lo siguiente:

*“Art. 56. La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aún si éste difiere con el del investigador”*

Lo anterior es plausible a efecto, de que no se acuda dolosamente al empleo de las técnicas de fecundación asistida o *sólo porque sí*, ya que primero se deberá descartar de manera fehaciente la posibilidad natural de tener hijos y se compruebe por lo tanto, la esterilidad humana. En este sentido, el caso de la fecundación *post mortem* no resultaría inadmisibles si sólo se dirige a la solución a los problemas de esterilidad; bajo estos parámetros podrá considerarse como un hecho lícito, sin embargo, dada su naturaleza podría presentarse en otras circunstancias que no serán necesariamente causas de esterilidad humana.

Este reglamento establece una definición de lo que debemos entender por Reproducción Asistida de la siguiente manera:

*“Art.40.- Para los efectos de este Reglamento se entiende por:...*  
*XI. Fertilización asistida. Es aquella en la que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro...”*

Me parece que con lo ya analizado en el Capítulo primero del presente trabajo queda explicada la definición que proporciona el *Reglamento en Materia de Investigación para la Salud*. Para la realización de estas técnicas es necesario que de antemano se proporcione información necesaria a fin de que se otorgue el consentimiento pleno partiendo del conocimiento y los alcances de su uso tal y como lo dispone el artículo 43 del citado reglamento :

*“para realizar las investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivos y muertos; de la utilización de embriones, óbitos o fetos; y para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21 y 22 de este Reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso...”*

Asimismo, por lo que se refiere al *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos, y sus Componentes y Derivados*, establece los lineamientos relativos a los productos

y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos, en diversas disposiciones señala la regulación de los Bancos de órganos y tejidos, así como las normas aplicables a los bancos de sangre y plasma, los requisitos de la prestación de servicios, organización, funcionamiento, derivados de los mismos y los define de la siguiente manera:

*“Para los efectos de este Reglamento, se entiende por:*

***II.- Banco de Órganos y Tejidos:** Todo establecimiento autorizado que tenga como finalidad primordial la obtención de órganos y tejidos para su preservación y suministro terapéutico;*

***III.- Banco de Sangre:** El establecimiento autorizado para obtener, recolectar, analizar, fraccionar, conservar, aplicar y proveer sangre humana; así como para analizar, conservar, aplicar y proveer los componentes de la misma;*

***IV.- Banco de Plasma:** El establecimiento autorizado para fraccionar sangre obtenida de los Bancos de Sangre autorizados mediante el procedimiento de aféresis, y para la conservación del plasma que resulte;*

Del mismo modo proporciona el concepto de Cadáver de la siguiente manera:

*“...Cadáver: El cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida;...”*

En la Sección Cuarta, del mismo reglamento, se hace referencia a la disposición de productos en su artículo 56 el cual dispone lo siguiente:

*“ARTÍCULO 56.- Para efectos de este Reglamento, además de los señalados en la fracción XVIII del artículo 6o. del mismo ordenamiento, serán considerados como productos del cuerpo humano las excretas y las células*

*germinales.*

*Los productos de seres humanos, excepto las células germinales, podrán emplearse como materia prima con fines industriales, de conformidad con las disposiciones sanitarias que regulen el proceso de que se trate.*

*La disposición de células germinales se llevará a cabo de conformidad con lo que señalen las normas técnicas que al efecto emita la Secretaría.”*

Por lo que se refiere al Reglamento en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, establece en su artículo 82, que el documento en que conste la autorización deberá ser redactado adecuándose a las condiciones culturales y sociales, edad, estado físico los riesgos típicos comunes; y ser proporcionada de manera inteligible con un mínimo de términos técnicos al paciente, es decir de lenguaje simple sin uso de tecnicismos científicos. Directo, breve, sin abreviaturas, enmendaduras o tachaduras, además de evitar frases que comprometan o manipulen a los sujetos de investigación para que participen en el estudio y contener:

- a) .Nombre de la institución a que pertenezca el hospital
- b) Nombre razón o denominación social del hospital.
- c) Título del documento.
- d) Lugar y fecha.
- e) Nombre y firma de la persona que otorgue la autorización.
- f) Concepto por el que se da la autorización.
- g) Nombre y firma de dos testigos.
- h) La conformidad del paciente de estar satisfecho con la información recibida, aclaración de las dudas planteadas y sobre la posibilidad de revocar en cualquier momento.
- i) El consentimiento Informado, sin expresión de causa, así como su consentimiento para someterse al procedimiento.

### 3.3.3 Código Civil para el Distrito Federal

El 28 de abril del 2000 fue aprobado por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el "*Decreto por el que se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*", no se trata en realidad de una reforma o adición al texto anterior, pues la Asamblea Legislativa carece de competencia para reformar un Código que también cuenta con validez en el ámbito federal.

Se establecieron en materia de Reproducción asistida algunos artículos que aluden a estas prácticas por las cuales su uso se considera permitido, sobre éste punto en particular, figuran los artículos 162, 267 fracción XIX, 293, 326 y 327 del Código Civil en comento en concordancia con el artículo cuarto constitucional del que ya hicimos referencia:

*“Art. 162.- Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y esparcimiento de sus hijos, **así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.**”*

Es preciso establecer que a diferencia del nuestra ley suprema, en esta disposición ya se hace referencia a el uso de las técnicas de fecundación asistida, es necesario pues, que medie el consentimiento de ambos cónyuges, en este sentido no podrá desconocer el producto del uso de las referidas técnicas, el cónyuge que hubiese dado su consentimiento, aun cuando se hubiese diluido el vínculo matrimonial.

Así, por analogía las aplicaciones de este precepto rigen al respecto de los concubinos conforme al siguiente artículo del multicitado Código:

*“Art. 291TER.- Regirán el concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.”*

### **3.3.3.1 Filiación**

#### **3.3.3.1.1 Concepto**

La filiación, es el "vínculo jurídico determinado por la procreación entre los progenitores y sus hijos". Este vocablo deriva del latín, *filatio-onis*, que a su vez deriva de *filius*, (hijo) y comprende el conjunto de relaciones jurídicas determinadas por la paternidad y la maternidad que vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia.

De allí que la procreación constituye el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno-filial. “El termino filiación- apunta el maestro Rojina Villegas tiene en el derecho dos connotaciones. Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre las personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea descendente, para tomar como punto de relación, los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc. Además de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta: la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo.”<sup>58</sup>

Nuestro Código Civil de 1870 y 1884 respectivamente, así como en la Ley de Relaciones Familiares, originalmente en sus articulados crearon numerosas

---

<sup>58</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil I Introducción, Personas y Familia.* Ob. Cit, Pág.457.

categorías de hijos teniendo en cuenta su origen, a saber: legítimos e ilegítimos y dentro de estos últimos, sacrílegos, incestuosos, adulterinos y naturales, teniendo dicha calificación diferentes efectos jurídicos.

### **3.3.3.1.2 Clasificación.**

#### **3.3.3.1.2.1 Filiación matrimonial**

Es aquella en la cual el hijo nace dentro de los plazos determinados por la ley, de modo que se nace dentro del vínculo legítimo conyugal.

La paternidad se comprueba:

a) Con el acta de nacimiento respecto a lo establecido en el artículo 340 del Código Civil. En donde deberá asentarse el hecho natural de la viabilidad, así como la correspondiente copia certificada del acta de matrimonio que acredite de manera fehaciente la filiación lo que producirá efectos *erga omnes*. Las actas del estado civil son documentos públicos, y por lo tanto tienen un valor pleno, el Reglamento del Registro Civil en su artículo segundo los define de la siguiente manera:

*“Artículo 2.- Para los efectos del presente reglamento se entenderá por:*

*I. Acta: Forma debidamente autorizada por el Juez y firmada por quienes en ella hayan intervenido, en la que se hace constar un acto o hecho del estado civil....”*

En este orden de ideas el Código Civil en su artículo 50 establece que el valor probatorio se limita a los hechos y actos ocurridos en presencia del Juez del estado civil.

b) Sólo cuando llegasen a faltar las actas de nacimiento y matrimonio debe probarse que el hijo nació efectivamente de la mujer.

A falta de las respectivas copias certificadas de las actas del Registro Civil, la prueba idónea será la testimonial, sin embargo el avance de la biogenética ha permitido la utilización de pruebas biológicas o genéticas más precisas. Según el adagio popular, la madre es siempre cierta, (no así el padre) ya que el parto, es un hecho real y concreto que garantiza el vínculo biológico que une al hijo con su madre.

*“Artículo 40.- Cuando no hayan existido registros, se hayan pedido, estuvieren ilegibles, faltaren las formas en que se pueden suponer que se encontraba el acta, se podrá recibir prueba del acto por instrumento o testigos.”*

Respecto a la maternidad la prueba resulta de un hecho indubitable: el parto, sin embargo como precisamos en el Capítulo anterior con el avance de la biogenética y el uso de las técnicas de reproducción asistida es más complejo determinar la maternidad como en el caso de los contratos de gestación.

Una vez determinada la maternidad es fácilmente plausible imputar la paternidad dentro del matrimonio respecto de la presunción *iuris tantum* establecida en el artículo 324 del Código Civil que establece:

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

*I.- Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y*

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

La presunción anteriormente señalada admite las siguientes pruebas en contrario:

*“Artículo 325.- Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiera ofrecer.*

*Artículo 326.- El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque esta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se 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 de tales métodos.”***

Como establecíamos, sólo a falta de las actas de Registro Civil ya sea por su inexistencia o por anulación de las mismas deberán admitirse otros medios de prueba.

Como lo es que exista una verdadera imposibilidad física de que el varón y la mujer hubiesen tenido relaciones sexuales durante los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento del hijo, para el caso de utilización de las técnicas de reproducción asistida, corresponde la carga de la prueba al varón quien solo podrá impugnar las presunciones establecidas en el acta de nacimiento cuando no hubiese otorgado el consentimiento en la utilización de dichos métodos.

Respecto a las pruebas biológicas que se pueden presentar con el descubrimiento del genoma humano han ido en incremento. Las primeras pruebas biológicas surgieron con la identificación de los caracteres antropomórficos del padre y el hijo, así como mediante supuestos de padecimientos patológicos que fuesen hereditarios, las pruebas sanguíneas y la prueba de la histocompatibilidad que se realiza respecto a las proteínas antigénicas que se codifican en el sexto par cromosómico y que se sitúan en la

membrana citoplasmática de todas las células del organismo que según las leyes de Mendel se heredan de padres a hijos. Cada persona presenta un par de antígenos correspondientes a su padre y madre respectivamente, prueba a través de la cual es posible afirmar en un 99 por ciento de posibilidades que determinada persona es padre biológico de un niño. Para que el hombre pueda impugnar la paternidad del hijo dado a luz por su esposa, la ley le permite invocar y probar solamente un extremo: el que no haya tenido acceso carnal con su cónyuge durante los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento. A este lapso en derecho se conoce como "periodo legal de la concepción".

En el caso del uso de las técnicas de fecundación asistida, sí es revocada la voluntad procreacional: el centro médico deberá abstenerse de realizar la práctica, de no darse en el plazo previsto se podrá demandar la paternidad extramatrimonial contra el padre o sus herederos demostrando el aporte de material reproductor de éste, el padre podrá intentar una acción contra el equipo médico o la madre, para determinar su responsabilidad.

Asimismo se establece en nuestro ordenamiento civil la llamada "*posesión de estado de hijo*", se ha establecido doctrinariamente que para que exista este estado es menester reunir tres elementos: el nombre, trato y fama, el nombre que indica el uso del apellido familiar aquel que le corresponde a un individuo en virtud de sus progenitores, así como el trato público que le reconoce con el carácter de hijo y la fama que implica ser reconocido como hijo por parte de la familia y la sociedad, o bien que el padre lo haya tratado como hijo nacido al que le provee de lo indispensable para subsistir, sin embargo, por lo que hace a la cuestión probatoria cabe señalar que en caso de existir un acta de nacimiento que contradiga la posesión de estado de hijo prevalecerá la primera, salvo prueba en contrario.

### **3.3.3.1.2.1.1 Acciones para impugnar la paternidad.**

Las acciones relativas a la demostración de la filiación de un hijo nacido dentro del matrimonio de sus padres son:

*A.- La acción de desconocimiento o contradicción de la paternidad.-* Se destruye la presunción del cónyuge, respecto a los hijos de su esposa que únicamente podrá ser ejercitada por a) el marido, y en casos excepcionales la podrán ejercitar: b) el tutor del marido cuando éste último se encuentre en estado de interdicción, c) los herederos del cónyuge cuando antes de su fallecimiento hubiese intentado dicha acción. No necesita ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad de los hijos nacidos antes de los 180 días de celebrado el matrimonio, porque la ley no ha establecido presunción de paternidad respecto al marido.

El plazo para ejercer la acción será de sesenta días contados a partir del nacimiento, salvo que el padre hubiese caído en estado de interdicción y el tutor no haya ejercitado la acción correspondiente, para lo cual el plazo se computará a partir de que hubiese salido de dicho estado, o en caso de que se tratara de hijos nacidos después de los trescientos días de diluido el matrimonio por nulidad o divorcio podrá realizarse en cualquier momento.

*B.- La acción de reclamación del estado de hijo.-* Dicha acción podrá ser ejercitada por: a) el hijo y sus descendientes, b) los herederos del hijo cuando éste hubiese fallecido, c) los acreedores, legatarios y donatarios.

## 2.2 Filiación Extramatrimonial.

Cuando se produce el nacimiento de un hijo fuera de los plazos previstos por la ley (hijos naturales) y se le reputa como nacido fuera del matrimonio, dicha filiación puede hacerse efectiva mediante el reconocimiento del padre, la madre o ambos o bien, por sentencia ejecutoriada en la cual se declare, puede haber por lo tanto un reconocimiento voluntario del hijo.

### 3.3.3.1.2.2 Reconocimiento de hijos.

El reconocimiento se puede definir como el acto jurídico bilateral, que puede ser emitido de manera unilateral, en caso de que no sea consentido por el hijo legítimo, mediante el cual se asumen los derechos y obligaciones que deriven de la filiación.

Josserand, citado por el maestro Galindo Garfias establece que: “el reconocimiento presenta los siguientes caracteres: 1º declarativo, 2º personalísimo, 3º individual, 4º irrevocable, 5º es un acto solemne.”<sup>59</sup>

El Código Civil para el Distrito Federal señala:

*“Artículo 369.- El reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos siguientes:*

- I. en la partida de nacimiento, ante el Juez de Registro Civil;*
- II. por acta especial ante el mismo Juez;*
- III. por escritura publica;*
- 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 en un juicio de investigación de la paternidad o maternidad.”*

---

<sup>59</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte General. Personas. Familia.* Ob. Cit. Pág. 641.

Los requisitos esenciales para llevar a cabo el reconocimiento son:

- a) Reunir la edad exigida por la ley para contraer matrimonio.
- b) El reconocido no debe ser hijo de una mujer casada.
- c) Debe cumplirse siguiendo las formalidades establecidas en el artículo 369 del Código Civil.

Dentro de las consecuencias que se generan en virtud del reconocimiento en los que se establecen en el artículo siguiente:

*“Artículo 389. El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene derecho:*

*I. A llevar el apellido de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;*

*II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;*

*III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley; y*

*IV. Los demás que deriven de la filiación.”*

### **3.3.3.1.2.3 Vía jurisdiccional para acreditar la filiación extramatrimonial**

Las acciones que se pueden ejercer en la filiación extramatrimonial son:

- a) *Acción contradictoria o de impugnación del reconocimiento.* Esta puede ser intentada por: el progenitor que reclame ese carácter en perjuicio de un tercero, el tercero afectado sólo por vía de excepción; el Ministerio Público cuando se realice un reconocimiento en perjuicio de un menor; el propio hijo reconocido al llegar a la mayoría de edad; y la persona que cuidó de la lactancia del niño .

- b) *Acción de imputación de la maternidad o paternidad.* Ésta compete a las siguientes personas:

1. Al hijo de sus descendientes, de manera libre si se refiere a la paternidad, y si sólo la madre es soltera en la investigación de la maternidad.

2. Al padre o a la madre que reclame ese carácter, siempre que el hijo no hubiere sido reconocido previamente. Cabe señalar que hoy día la investigación de la maternidad o la paternidad de los hijos naturales es libre.

#### **3.3.3.1.2.4 Legitimación**

“La filiación donde el neonato no se encuentra dentro de los plazos que establece la ley para reputarlo hijo del matrimonio; sin embargo, por un acto jurídico posterior, llamado legitimación se le dota de tal carácter.”<sup>60</sup> Es decir, que en relación al matrimonio de los padres, se atribuye a los hijos naturales el carácter de hijos legítimos mediante un acto precedente al matrimonio, en su celebración o durante el mismo que consiste en el reconocimiento.

#### **3.3.3.2 Efectos jurídicos de la filiación.**

Como fuente de parentesco, las consecuencias que se generan en virtud de la filiación son:

- Las prohibiciones para contraer matrimonio entre personas que guarden un vínculo de filiación.
- La tutela legítima.
- La patria potestad.
- El derecho de alimentos.
- La sucesión legítima.

---

<sup>60</sup> DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez, *Derecho Familiar y sus Reformas más Recientes a La Legislación del Distrito Federal*. Ob. Cit. Pág 230

### 3.3.4 Parentesco.

#### 3.3.4.1 Concepto.

Proviene del latín *parentus*: *par*<<igual>>- *entis* <<ser>>, hace referencia a aquellos que comparten el mismo origen.

Es el estado jurídico que se establece entre dos o más personas, en virtud de la sangre, el matrimonio y la adopción según sea el caso, Galindo Garfias lo define como “el nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado”,<sup>61</sup> es decir, la relación jurídica entre dos personas, en razón de su pertenencia a una determinada familia.

#### 3.3.4.2 Tipos de Parentesco.

En términos del artículo 292 del Código Civil:

*“Artículo 292.- La ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y civil”*

##### 3.3.4.2.1 Parentesco por consanguinidad.

Este parentesco se atribuye a las personas que descienden de un tronco común y se identifican entre sí por los lazos de sangre.

Así lo señala el correspondiente artículo del código Civil:

*“Art. 293.- El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.  
**También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el***

---

<sup>61</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte General. Personas. Familia.* Ob. Cit. Pág. 445.

***carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida ...”***

El código no es específico en cuanto a lo que debemos entender por “procurar el nacimiento”, en este sentido podríamos hablar de obligarse económicamente respecto de los gastos que se pudiesen llegar a generar con motivo de las técnicas de reproducción asistida o bien de carácter moral, el deseo de tener a un hijo y estar al pendiente de todos los procedimientos que hayan de realizarse. Observamos que el legislador es omiso en cuanto al parentesco que se llegase a generar con motivo de la familia de los cónyuges y el hijo nacido bajo las técnicas de reproducción asistida por lo que al parecer las limita a sus progenitores, también señala solo a la mujer como progenitora, por lo que nuestro código no la limita a ser madre soltera y formar lo que más adelante delimitaremos como familias uniparentales, por carecer el menor nacido bajo esta circunstancia de uno de sus progenitores.

“Se protege a los cónyuges o concubinos que recurrieron a las técnicas de reproducción asistida, entre otros supuestos, para el caso de que los terceros que hayan aportado el material genético para la fecundación o el vientre subrogado quisieran alegar derecho alguno de paternidad o maternidad respecto al hijo así concebido.”<sup>62</sup>

#### **3.3.4.2.2 Parentesco por afinidad.**

Es aquel vínculo que surge en virtud del matrimonio o del concubinato entre el hombre y la mujer en relación con sus respectivos parientes consanguíneos, señala Galindo Garfias que este tipo de parentesco: “No establece una relación entre los afines de la mujer y los afines del marido de

---

<sup>62</sup> RICO ÁLVAREZ, Fausto, *et all. De la Persona y de la Familia en el Código Civil para el Distrito Federal*. Ob. Cit. Pág. 280.

esta, ni entre los afines del marido y los de la mujer. Así no existe en el derecho civil moderno, relación jurídica entre los maridos de dos hermanas, ni entre las esposas de dos hermanos. Sólo los consanguíneos de cada cónyuge adquieren parentesco con el consorte de éste.”<sup>63</sup> De este modo, cada uno de los cónyuges entra en parentesco de afinidad con los ascendientes, descendientes y colaterales de su cónyuge, en los mismos grados que existan respecto de dichos parientes consanguíneos.

El artículo 294 no es preciso en cuanto a que no deja claramente establecido si existe el parentesco entre los cónyuges, ni cual sería su grado o como debe medirse, por lo que siguiendo a diversos tratadistas considero que no existe parentesco entre los cónyuges, en virtud de que los derechos y obligaciones que tienen recíprocamente no derivan del parentesco por afinidad sino del matrimonio.

#### **3.3.4.2.3 Parentesco Civil.**

Es el vínculo de filiación que se presenta entre adoptante y adoptado.

La adopción puede ser definida como “el acto jurídico plurilateral, mixto y complejo de Derecho Familiar, por virtud del cual, contando con la aprobación judicial correspondiente, se crea un vínculo de filiación entre el adoptante y el adoptado así como por regla general un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre el adoptante y los descendientes del adoptado “. <sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte General. Personas. Familia.* Ob. Cit. Pág. 449.

<sup>64</sup> DE LA MATA PIZANA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez, *Derecho Familiar y sus Reformas más Recientes a la Legislación del Distrito Federal.* Ob. Cit. Pág. 321.

### **3.3.4.3 Líneas y grados de parentesco.**

El parentesco se mide en líneas y grados, los grados se constituyen por cada generación, la serie de grados constituye la serie de parentesco, así tenemos que pueden ser:

a) *Línea recta*: aquellas personas que descienden de un tronco común unas de otras y puede ser: 1.- ascendente (que indica de quién desciende una persona que implica un ligamen con el progenitor, vgr. padre, abuelo, bisabuelo, etc) o 2.- descendente (señala de quién proviene o desciende una persona, liga al progenitor con los que de él proceden vgr. tratándose del abuelo lo serán sus hijos, nietos, biznietos). Las formas de medirlo son contando el número de personas excluyendo al progenitor común y la segunda contando el número de grados o generaciones. El vínculo de parentesco es, por lo tanto, ilimitado.

b) *Línea transversal o colateral*: son las personas que descienden de un mismo tronco común, sin descender unas de otras. Se cuenta por el número de personas descontando al progenitor común o por generaciones ascendiendo por una línea y descendiendo por la otra. Sólo producirá efectos entre personas comprendidas dentro del cuarto grado y puede ser igual o desigual, según que al ascender por una de las líneas y descender por otra, entre ellas haya un número igual o desigual de generación.

### **3.3.4.4 Consecuencias jurídicas del parentesco.**

La finalidad de delimitar el parentesco va relacionado con la precisión de los derechos y obligaciones derivadas del mismo, debemos por lo tanto, distinguir las consecuencias jurídicas diversas derivadas de los tipos de parentesco, a saber:

#### **3.3.4.4.1 Aquellas que derivan del parentesco por consanguinidad.**

a) *El derecho a recibir alimentos.* En términos generales la palabra “alimentos” se refiere a toda aquella sustancia que nutre, Jurídicamente, los alimentos deben ser tratados autónomamente dentro del Derecho de Familia, en virtud de que pueden tener como fuente cualquiera de las relaciones jurídicas familiares, lo definiremos entonces como la relación jurídica que existe entre un sujeto denominado deudor alimentario, donde éste está obligado a proporcionarle a otro sujeto denominado acreedor alimentario, todo lo necesario para la subsistencia en términos de ley, es decir “habitación, vestido y sustento” dicho precepto es de interés general, por lo que lo constituyen normas que no admiten pacto en contrario. Rojina Villegas lo define como “la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista, para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos.”<sup>65</sup>

De esta manera el artículo 308 del código establece que: “*los alimentos comprenden:*

- I. *La comida, el vestido, la habitación; la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;*
- II. *Respecto de los menores, además los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;*
- III. *Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible su habitación o rehabilitación o su desarrollo; y*
- IV. *Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.*

---

<sup>65</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil I Introducción, Personas y Familia. Ob Cit. Pág. 265.

Existen dos formas para cumplir con la obligación alimentaria: 1) pagar una pensión alimenticia o 2) incorporar al deudor alimentario a la casa del deudor, excepto que se trate de un cónyuge del que se hubiese divorciado que deba recibir pensión del otro, con el objeto de proporcionarle todo lo necesario de conformidad con el artículo 308 antes citado.

Es importante señalar las características de la obligación alimentaria dentro de las cuales, siguiendo a diversos tratadistas podemos apuntar las siguientes:

1. *Reciproca*.- Tal y como lo señala el artículo 301 del Código Civil, implica que quien tiene la obligación de proporcionar los alimentos tiene a su vez el derecho de recibirlos.
2. *De carácter personalísimo*.- Es de carácter personal porque se atiende a las circunstancias particulares del acreedor y deudor en cuanto atiende a la capacidad económica de uno y las necesidades del otro.
3. *Intransferible*.- No puede ser cedido a favor de otra persona, se extingue con la muerte del deudor o del acreedor alimentario. Es importante señalar que al momento de la muerte del autor de la sucesión, ésta obligación se transmite con cargo a la masa hereditaria, no por ello puede ser considerada como obligación para cada uno de los herederos ya que debemos recordar que se hereda a beneficio de inventario. Únicamente puede exigir el cumplimiento de esta obligación aquella persona que se encuentre en el supuesto normativo previsto para el origen de la misma.
4. *Inembargable*.- Al tratarse de una pensión de orden público se considera con tal carácter aun cuando el artículo 544 de Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal no la enumere como tal, por lo que Rojina Villegas señala que “el embargo de bienes se funda siempre en un principio

de justicia y de moralidad a efecto de que el deudor no quede privado de aquellos elementos indispensables para la vida”.<sup>66</sup>

5. *Imprescriptible.*- No se extingue la obligación de proporcionar alimentos por el transcurso del tiempo.
6. *Proporcional.*- La pensión alimenticia se otorga atendiendo a las posibilidades del deudor y las necesidades del acreedor de conformidad con el artículo 311 del Código Civil.
7. *Divisibilidad.*- Una obligación es divisible cuando es susceptible de ser cumplida en partes, en materia de alimentos se adquiere el carácter de divisible por cuanto pueda ser satisfecha por varios sujetos obligados a la vez.

*“Artículo 312.- Si fueren varios los que deben dar los alimentos y todos tuvieren posibilidad para hacerlo, el Juez repartirá el importe entre ellos, en proporción a sus haberes.*

*Artículo. 313.- Si solo algunos tuvieren posibilidad, entre ellos se repartirá el importe de los alimentos; y si uno solo la tuviere, él cumplirá únicamente la obligación.”*

El Precepto legal anterior permite que la obligación en si misma sea susceptible de división con respecto a su pago que puede ser satisfecho en días, semanas o meses.

8. *Preferente.*- En caso de concurso de acreedores se pagará con preferencia a otras deudas como son las del acreedor quirografario.
9. *Incompensable.*- Disposición establecida en el artículo 2119 “La compensación no tendrá lugar:...III. Si una de las deudas fuere por alimentos...” el deudor alimentario no puede negarse a la prestación de los alimentos si el deudor tiene el derecho a recibirlos en caso de existencia de otra deuda porque se quedaría sin alimentos para subsistir por lo que no puede haber compensación con otra deuda.

---

<sup>66</sup> *Ibidem*, Pág. 267.

10. *Irrenunciable*.- Es de carácter obligatoria por lo que no puede remitirse de ninguna manera.
11. *Asegurable*.- La ley permite que se pueda garantizar mediante fianza, prenda o depósito con la cantidad suficiente para cubrir el monto establecido o bien, cualquier otro modo que determine el juez.
12. *Alternativa*.- Atiende a la forma de cumplir con la obligación alimentaria que puede ser de dos maneras: incorporando al acreedor al hogar del deudor o bien, pagando una pensión alimenticia, que no es una decisión potestativa del deudor sino es menester que el juez determine cuál de las dos opciones es la más idónea.
13. *No se extingue por su cumplimiento*.- En tanto subsiste la necesidad del acreedor y la posibilidad económica del deudor la obligación alimenticia no se extingue con su cumplimiento.
- b) *El derecho a heredar vía sucesión legítima*.- Cuando no hubiese un testamento válido o bien, cuando el testador no dispone legalmente de todos sus bienes.
- c) *Tutela legítima*.- sabemos que existen cuatro clases de tutela, la cautelar, testamentaria, legítima y dativa. De conformidad al artículo 449 del Código Civil para el Distrito Federal, el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley. En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Así podemos distinguir entre:
- *Tutela Legítima de los menores*.- Es aquella que procede cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario o cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio. La tutela legítima corresponde a los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas. A falta

de los hermanos o incapacidad de éstos, corresponderá la tutela legítima a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, sin embargo, el Juez podrá alterar en resolución motivada el orden anterior, cuando así lo requiera el interés superior del menor sujeto a tutela. Si hubiere varios parientes del mismo grado, el Juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo, pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, él hará la elección.

- *Tutela legítima de los mayores de edad incapacitados.*- La tutela del cónyuge declarado en estado de interdicción corresponde legítima y forzosamente al otro cónyuge. Los hijos mayores de edad son tutores legítimos de su padre o madre soltera. Cuando haya dos o más hijos, será preferido el que viva en compañía del padre o de la madre; y siendo varios los que estén el mismo caso, el Juez elegirá al que le parezca más apto. Los padres son de derecho tutores de sus hijos solteros cuando éstos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, debiéndose poner de acuerdo respecto a quién de los dos padres ejercerá el cargo. En caso de que falten todos los parientes mencionados en este apartado, serán llamados sucesivamente los abuelos, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales hasta el cuarto grado. Ahora bien, en caso de que el incapacitado a quien se le nombró tutor tuviera hijos menores de edad bajo su patria potestad, será también tutor de ellos si no existe otro ascendiente a quien la ley llame al ejercicio del derecho de tutela.
- *La tutela de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona, o depositados en establecimientos de asistencia.*- La ley coloca a los expósitos o abandonados bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas para los demás tutores. El expósito es el menor que es

colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce se considerará abandonado.

El acogimiento tiene por objeto la protección inmediata del menor. Si éste tuviera bienes, un Juez decidirá sobre la administración de los mismos. Sin embargo, en todos los casos, en que alguien haya acogido a algún menor, deberá dar aviso al Ministerio Público dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. Finalmente, los responsables de las casas de asistencia, ya sean públicas o privadas, donde se reciban expósitos o abandonados desempeñarán su tutela con arreglo a la ley y a lo previsto por los estatutos de la institución. En este caso no es necesario el discernimiento del cargo.

d) *Patria potestad*.- “La patria potestad es una institución de Derecho Familiar derivada de la filiación, que tiene por objeto la asistencia, formación, guarda y protección de la persona y la administración prudente de los bienes de los descendientes menores de edad sujetos a ella”.<sup>67</sup>

En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición. La patria potestad se define como el conjunto de derechos y obligaciones legalmente reconocidos, que en principio corresponde a los padres y a falta de éstos a los ascendientes en segundo grado en el orden que determine la autoridad judicial según las circunstancias del caso, respecto a los hijos menores considerados tanto en sus personas como en sus patrimonios. La patria potestad está vinculada a la noción de la minoría de edad. Su

---

<sup>67</sup> DE LA MATA PIZANA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez, *Derecho Familiar y sus Reformas más Recientes a la Legislación del Distrito Federal*. .Ob. Cit. Pág. 257.

principio jurídico está plasmado en los artículos 411 a 424 del Código Civil para el Distrito Federal.

La patria potestad es ejercida por ambos padres sobre los hijos menores de edad no emancipados. Éstos no pueden ser privados del ejercicio de la patria potestad por ningún medio si no contravienen a la ley. La patria potestad puede perderse, limitarse suspenderse, o concluirse por excusa. Las disposiciones al respecto están contempladas en los artículos 444 a 448.

- e) *Crea incapacidades en el matrimonio.* Constituye un impedimento para el matrimonio entre parientes.
- f) Impedimento para intervenir en determinados negocios jurídicos.

#### **3.3.4.4.2 Aquellas que derivan del parentesco por afinidad.**

En realidad se trata de consecuencias restringidas a las que deriven del matrimonio como lo es que el matrimonio no puede celebrarse entre parientes por afinidad en línea recta, pero como observamos no da derecho a recibir alimentos ni a heredar como lo dispone el artículo 1603 del Código Civil: *“el parentesco de afinidad no da derecho a heredar, este parentesco se extingue mediante el divorcio, muerte de uno de los cónyuges o por nulidad del mismo”*.

#### **3.3.4.4.3 Aquellas que derivan del parentesco civil.**

- Su principal efecto es crear un vínculo filiatorio entre adoptante y adoptado.
- Se atribuye al adoptante la patria potestad del menor adoptado y se extingue la de quienes anteriormente la tenían.
- El adoptante adquiere la representación, la administración y la mitad del usufructo de los bienes del menor adoptado con excepción de los que éste último adquiriera en virtud de su trabajo.

- Adquiere el adoptado derechos extramatrimoniales como lo son el de usar el nombre del adoptante.
- Existe la obligación recíproca de proporcionarse alimentos entre adoptante y adoptado, según las reglas aplicables a los alimentos.
- Imposibilidad de dispensa en cuanto al impedimento para contraer matrimonio.

Hasta aquí hemos analizado lo concerniente a la filiación, las acciones correspondientes, así como los efectos derivados de las misma, con el propósito de determinar lo establecido por la Ley y la doctrina en torno a las Instituciones Jurídicas abordadas. Asimismo, en el capítulo siguiente las aterrizaremos desde la perspectiva del que nace bajo la inseminación artificial *post mortem* que es el punto toral de la presente tesis.

### **3.4 Los métodos de fecundación asistida como causal de divorcio.**

El divorcio disuelve el vínculo conyugal y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. El Licenciado Fausto Rico Álvarez lo define como “la disolución del vínculo matrimonial válidamente constituido, que ocurre durante la vida de los cónyuges, con la intervención de la autoridad competente, quedando los excónyuges en aptitud de contraer nuevamente matrimonio”.<sup>68</sup>

La figura jurídica del divorcio regulada en nuestro Código Civil es de carácter vincular y se clasifica en voluntario y necesario, en relación a la causa que le da origen.

1.- Es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio.

---

<sup>68</sup> RICO ÁLVAREZ, Fausto, *et all. De la Persona y de la Familia en el Código Civil para el Distrito Federal, Ob Cit.* Pág. 234.

2.- Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundando en una o más de las causales señaladas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, que son de carácter limitativo, es decir *numerus clausus*, “en el divorcio necesario, se busca obtener la disolución del vínculo matrimonial por una o varias causas imputables a uno de los cónyuges, al que se conoce con el nombre de cónyuge culpable, en beneficio de otro que las alega, al que se conoce como inocente.”<sup>69</sup>

Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez establecen “ 1) La acción de divorcio necesario es un derecho unilateral de uno de los cónyuges. A diferencia del divorcio voluntario, en el necesario uno de los consortes actúa sin el consentimiento del otro, de forma tal que inclusive la otra parte pudiera rechazar el divorcio, y buscar continuar con el vínculo matrimonial. 2) Debe fundarse en una causa grave, misma que generalmente ha motivado la contraparte”<sup>70</sup>

Retomando el tema que nos ocupa el referido artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal, en su fracción XX establece como causal que puede alegar uno de los cónyuges en contra del otro para disolver el vínculo matrimonial la siguiente:

*“Art. 267.- Son causales de divorcio:  
...XX.- El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge...”.*

Causal que sólo podrá ser invocada por el presunto cónyuge inocente, si no existió consentimiento de su parte para el empleo de los métodos señalados,

---

<sup>69</sup> *Íbidem*, Pág. 241.

<sup>70</sup> DE LA MATA PIZANA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez, *Derecho Familiar y sus Reformas más Recientes a la Legislación del Distrito Federal*. Ob. Cit. Pág.177

que podrá alegar dentro de los seis meses siguientes al día en que tenga conocimiento de los hechos en que se funde su demanda.

Los efectos legales del divorcio comienzan desde el momento en que es presentada la correspondiente demanda ante la autoridad que conocerá del procedimiento, presentándose de ser necesario, medidas provisionales que surtirán sus efectos de inmediato y sólo mientras dure el procedimiento y que pueden repercutir de conformidad en el artículo 282 de nuestro ordenamiento civil, en:

- a) Separar a los cónyuges. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia (fracción I) .
- b) Señalar y asegurar los alimentos que se deban tanto a uno de los cónyuges como a los hijos (fracción II).
- c) Las que el Juez estime pertinentes para evitar que los cónyuges se causen perjuicio en sus bienes (fracción III).
- d) Las precautorias en el caso de que la mujer quede encinta (fracción IV).
- e) Tomar una decisión sobre el cuidado de los hijos (fracción V y VI).
- f) En el caso de que se invoque como causal de divorcio la violencia familiar, el Juez dictará las medidas necesarias a fin de salvaguardar la

integridad y seguridad de los interesados, entre las que se destacan: la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar; la prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados; la prohibición de que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente (fracción VII).

- g) Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 del Código Civil para el Distrito Federal, relativas a la condición de un Contrato bilateral o un medio para cumplir con una obligación adquirida (fracción VIII).
- h) Un inventario de sus bienes y derechos así como los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal (fracción IX).
- i) Las demás que se consideren necesarias (fracción X).

#### *Efectos de la sentencia de divorcio necesario*

Las consecuencias de la sentencia de divorcio recaerán en los divorciantes en base a las decisiones definitivas tomadas por el juzgador, quien deberá observar las circunstancias especiales de los cónyuges, sus bienes, y lo relacionado a los hijos, de conformidad al resumen que se exhibe a continuación.

- a) **En cuanto a los cónyuges.** El efecto directo de la sentencia de divorcio será la extinción del vínculo conyugal, de tal suerte que los consortes dejan de serlo y adquieren su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio válido. Asimismo de conformidad con lo

previsto en el artículo 288 del multicitado Código hace surgir el derecho de dar alimentos del cónyuge declarado culpable a favor del cónyuge declarado inocente.

Respecto al apellido de la mujer casada la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado jurisprudencia en relación a que ésta podrá rectificar su acta de nacimiento.

- b) **En cuanto al Patrimonio.** Respecto a los bienes, el cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su cónyuge o por otra persona en consideración al matrimonio, como es el caso de las donaciones antenuptiales; por su parte el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar en su provecho lo pactado, en términos del artículo 286 del Código Civil para el Distrito Federal.

El divorcio disuelve la sociedad conyugal; por ello una vez ejecutoriado el divorcio, se procederá a la aplicación y liquidación de los bienes comunes, es decir, aquellos que pertenezcan a la sociedad conyugal, y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o respecto de los hijos.

El cónyuge inocente tendrá derecho a alimentos por parte del otro, no obstante si ambos son declarados culpables, ninguno podrá exigir alimentos al otro. Asimismo el cónyuge inocente tendrá derecho a una indemnización en virtud, del daño moral causado.

- c) **En cuanto a los hijos.** “Es el aspecto más importante en una sentencia de divorcio, dada la trascendencia de una decisión bien o mal tomada por el juzgador y donde debe tener mayor cuidado para

salvaguardar de la manera más amplia a los hijos del matrimonio, víctimas inocentes de todo este proceso de separación”.

La sentencia de divorcio deberá determinar la situación jurídica de los hijos para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia, al cuidado de los hijos, a los derechos de convivencia y de visita, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello.

El juez observará las normas establecidas por la ley para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, o en su caso designar tutor.

El padre o la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tengan para con sus hijos, a fin de evitar que se desatiendan de ellos y para negarle todo contacto o la convivencia temporal al cónyuge que la perdió aún cuando el juez no lo haya dictado en ese sentido.

### **3.5 Código Penal para el Distrito Federal.**

En el Código Penal para el Distrito Federal se regula a la fecundación asistida en el Libro Segundo que constituye la denominada "parte especial", en su Título Segundo denominado: *Procreación Asistida, Inseminación Artificial y Manipulación Genética*, en cuyo Capítulo Primero, que va de los artículos 149 al 153, regula la *Procreación Asistida e Inseminación Artificial*, en donde se refiere a la disposición de gametos utilizados para fines distintos a los autorizados por los donantes a los que establece una sanción que va de tres años a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa, asimismo es

de vital importancia el consentimiento en el uso de las técnicas de fecundación asistida. Así lo manifiesta el Código Penal en su siguiente artículo:

*“Artículo 150. A quien, sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aun con el consentimiento de una mujer de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán 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”.*

En concordancia con el precepto citado cabe señalar que en materia de aborto, con las actuales reformas al Código Penal Para el Distrito Federal el artículo 148 quedó redactado de la siguiente manera:

*“Artículo 148. Se consideran como excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto:*

*I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 de este Código;...”*

Del mismo modo, el Capítulo Segundo hace referencia a la *Manipulación Genética* en los artículos 154 y 155.

En México, la inseminación heteróloga no se tipifica como delito, aún cuando no mediara el consentimiento del esposo. En la legislación mexicana, el adulterio presupone la relación carnal con persona de distinto sexo que haya sido cometido en el domicilio conyugal o con escándalo. Sin relación sexual, la inseminación no se configura como adulterio, ni como ningún otro delito. Pero no sólo la inseminación no es considerada delito sino que está permitida y regulada por la Ley General de Salud, siempre que ésta se practique después de haber obtenido el consentimiento del esposo. En el mismo sentido, Cuello Calón opina que la inseminación artificial no es un acto de naturaleza sexual, es un hecho exclusivamente biológico cuyo único fin es la fecundación. "Los

adúlteros persiguen la satisfacción del instinto sexual, no desean engendrar hijos y nada más contrario a la sexualidad que la inseminación artificial como una intervención quirúrgica, con jeringas, gasas y otros accesorios."

Característico del adulterio es la unión de los sexos, en consecuencia, la inseminación artificial no cae en ese supuesto, falta el elemento material, personalización del sexo y el psicológico: voluntad de concupiscencia. El fundamento del adulterio es una falta al deber de fidelidad y la lesión del derecho de exclusividad sexual que pertenece al marido.

En estos supuestos, también será de relevancia penal aquellos casos en que la mujer no haya otorgado su consentimiento para la práctica de las técnicas de fecundación asistida en su organismo, el bien jurídicamente tutelado lo será la libertad de elección de la mujer, sin ser considerado por ello un delito sexual al no encuadrar en el tipo penal correspondiente, ya que para que ello se requiere la realización de una conducta típica como lo es "el disponer", que implica una acción en donde no necesariamente deba existir fecundación, sino basta con el hecho de que se lleve a la práctica el uso de los métodos citados.

## CAPÍTULO CUARTO

### ANÁLISIS DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL *POST MORTEM* EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO Y LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL MENOR QUE NACE BAJO ESTA TÉCNICA.

#### 4.1 Necesidad de regular la inseminación artificial *post mortem* en el Distrito Federal.

Ante la falta de regulación adecuada de las Técnicas de Reproducción Asistida y en especial de la *Inseminación Artificial Post Mortem* surgen interrogantes de mayor trascendencia ¿puede uno de los cónyuges procrear asistidamente, basándose en la manifestación verbal, escrita o por signos inequívocos, que hace el otro de los cónyuges en vida para después de su muerte?, esto generaría una serie de conflictos judiciales, ante la ineficiencia de nuestra legislación, al no precisar mediante que forma legal debe extenderse ese consentimiento expreso para esta situación en particular.

Es importante que se regule de manera adecuada la actividad de reproducción asistida en México, por lo que pienso que la manera más idónea es mediante una ley específica sobre la materia, tal y como se ha hecho en la legislación española, en donde se incluyan todos los supuestos jurídicos aún carentes de regulación.

Sabemos que existen hospitales en nuestro país, en donde se lleva a cabo el uso de las técnicas de reproducción asistida, no estamos frente a un tema nuevo, por lo que no podemos dejar de lado que se llegue a presentar el supuesto de la *inseminación artificial post mortem* y más aun con el proceso de crioconservación que permite preservar los gametos por un largo tiempo.

Ante las controversias de los particulares que se llegaren a configurar por este tipo de situaciones en los tribunales, el juez, magistrado, sala o ministro siguiendo nuestros preceptos jurídicos generales no pueden dejar de resolver por falta ú oscuridad de la Ley de conformidad con el principio de hermenéutica jurídica establecido en el artículo 18 del Código Civil que señala:

*“Artículo 18. El silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia”.*

En caso de no existir una Ley aplicable al caso concreto, el juez deberá recurrir a los principios generales del derecho para solucionar el conflicto de conformidad con el artículo 14 de nuestro ordenamiento supremo “si llegare el caso de que una controversia no pueda resolverse ni por los principios generales del derecho, el juez podrá entonces crear el precepto que le falte”<sup>71</sup>.

Es importante analizar las ventajas que podrían resultar en su caso de la regulación del supuesto *Inseminación artificial post mortem*, las cuales radican en dar solución a los problemas que se presentan en torno a la misma por falta de regulación en el aspecto jurídico.

En primer lugar cabe señalar que no existe en la actualidad previsión legal al respecto, por lo que en caso de llevarse a la práctica un caso como éstos, al no existir ninguna norma legal que lo prohíba, cabe preguntarse cuales serán las consecuencias jurídicas que acarrearía. Los actos no prohibidos por la ley,

---

<sup>71</sup> BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Ob. Cit Pág. 53.

están permitidos; son simples actos lícitos que pueden producir efectos jurídicos plenos.<sup>72</sup>

El primer problema que surge al respecto de la *Inseminación Artificial Post Mortem*, es que el hijo producto de la misma, nace después de los trescientos días, de la disolución del vínculo del matrimonio de sus padres, causado por la muerte del esposo, por lo que se considera un hijo nacido con el carácter de extramatrimonial, es decir, nacido fuera del matrimonio de sus progenitores, y se le deja en estado de indefensión al no resolverse su filiación paterna y por lo tanto se ve afectado en los diversos derechos que le corresponden, esto es, el derecho a tener apellido y alimentos, así como, a ser reconocido en su carácter de hijo biológico como pariente consanguíneo respecto de la familia de su progenitor y las consecuencias jurídicas que de este tipo de parentesco derivan, lo cual lo ubica en un plano de desigualdad y de discriminación.

Otro problema que se presenta es el relativo a la materia sucesoria, especialmente si hablamos de la sucesión intestamentaria, surge la necesidad de proteger legalmente al menor producto de la inseminación artificial con posterioridad a la muerte de quien fuera su padre, siempre y cuando se otorgue el consentimiento de ambos progenitores de llevar a cabo dicha inseminación, aun cuando uno de ellos haya fallecido, para tener derecho a heredar en la sucesión legítima e incluso en la testamentaria.

De omitir la regulación y estar frente al supuesto del llamado por varios doctrinarios como hijo “súper póstumo” se vulneraría la Convención Sobre los Derechos del Niño por lo que hace al numeral tres, en donde se proclama por atender el interés superior del menor como medida preponderante que deberán procurar los órganos legislativos, entre otras instituciones. Asimismo, establece que los Estados Parte, de entre los cuales destaca nuestro país, se

---

<sup>72</sup> MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Nuevas Formas de Procreación y el Derecho Penal*. Buenos Aires. Ed. Ad Hoc. 2001. 187 Págs. Pág. 72.

comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley y, con ese fin, tomar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

En este sentido, es importante precisar que los menores que nazcan ya por medios naturales o bien como consecuencia de la IAPM (Inseminación Artificial *Post Mortem*), deberán tener los derechos que se precisan a continuación:

a) *El derecho a conocer sus orígenes genéticos.*- el no respetar este derecho traería aparejados graves perjuicios psicológicos al menor, pero además, para la atención médica del individuo a lo largo de su vida es muy importante contar con el registro de las enfermedades y otros antecedentes médicos de sus familiares "biológicos", por lo que el "súper póstumo" tendrá el derecho a saber sobre la planeación de su nacimiento bajo esta modalidad y sobre la identidad de su padre, y;

b) *A pertenecer a una familia integrada.*- Es en interés del menor que éste nazca y crezca en el seno de una familia estable: *"El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre."*<sup>73</sup> Situación que a los doctrinarios ha llevado a considerar a la IAPM como una práctica que no debería ser regulada, por no cumplir íntegramente con esta circunstancia, al carecer el menor de su padre premeditadamente.

---

<sup>73</sup> *Declaración de los derechos del niño*. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.

Hemos ya analizado el derecho a la libertad procreacional como el fundamento primordial para la realización de las Técnicas de Fecundación Asistida (TRA) y en especial para la Inseminación Artificial *Post Mortem* (IAPM), vinculado con el fin de preservación a la especie consagrado en el Código Civil y es precisamente desde esta perspectiva que enfoco el presente estudio, se presenta pues una colisión de derechos, el derecho de la mujer a concebir sola un hijo por inseminación artificial y el derecho del menor a tener un padre.

“con mayor razón las legislaciones antiguas prescribían el matrimonio de la viuda, cuando no habían tenido hijos, con el pariente más próximo de su marido. Los hijos que nacían se reputaban hijos del difunto.”<sup>74</sup>

Observamos pues, que en la antigüedad no era mal visto que una mujer viuda tuviese hijos después de la muerte de su marido, al cual se le imputaba la paternidad, aun cuando no hubiese aportado su material reproductor (como en el caso del levirato<sup>75</sup> en la cultura azteca), situación que podría ocurrir hoy en día, con la salvedad de que en nuestro supuesto el hijo que naciera efectivamente sería descendiente biológico del progenitor fallecido, por haber aportado éste último su material reproductor, como se ha comentado a lo largo del presente trabajo, la falta de información sobre la práctica de este tipo de técnicas ha repercutido en que no se atiende a resolver las situaciones y conflictos que de su realización se podrían presentar que necesariamente deberán establecerse en un supuesto jurídico o normativo, ya que de no ser así ¿*Quid iure?*

Concuerdo con que la base primordial de la sociedad es la familia, muchos autores se contraponen a este tipo de prácticas debido a la monoparentalidad a

---

<sup>74</sup> FOUSTEL DE COULANGES. *La Ciudad Antigua Estudio Sobre el Culto, el Derecho y las Instituciones de Grecia y Roma*. México. Ed. Porrúa.2003. Págs.31-34.

<sup>75</sup> “Levirato- institución según la cual la mujer viuda sin hijos debía unirse sexualmente al hermano o al pariente más próximo del marido, y se consideraba al así engendrado como hijo del extinto, lo que permitía la continuación del culto doméstico”<sup>75</sup> BELLUSCIO, Augusto Cesar. *Ob. Cit.* Págs. 239 -240, citado por LÓPEZ FAUGIER, Irene. *La Prueba Científica de la Filiación*. Pág.158.

la que se sujetaría el menor que nace bajo la IAPM al carecer de antemano de uno de sus progenitores, algo que de hecho sucede en los casos del hijo póstumo o con el hijo de una madre soltera, con la salvedad de que en éstos supuestos no se eligió de manera premeditada que el hijo naciera en un hogar sin padre, de este tipo de familias incluso existe una clasificación de la que Chávez Ascencio distingue como Uniparentales “con este término califico a las familias que se constituyen o que se componen de un sólo padre, de las cuales señalo las siguientes: las familias constituidas por madre soltera, que son abundantes en nuestra patria y que en la época actual parece no ser motivo de rechazo por una sociedad permisiva. La constituida por padres o madres abandonados.”<sup>76</sup>

Pantaleón Prieto señala que “No se puede instrumentalizar al hijo como simple medio subordinado a los intereses personales y no con una finalidad *per se*, como legítimo *ab initio* determinado, la filiación a *patre* y a *matre*...no puede anteponerse el derecho de toda mujer a ser madre, condicionando al hijo como un simple medio útil para conseguir tal aspiración y no considerar al *nasciturus* como una finalidad en sí misma, con derecho a integrarse, *ab initio*, en una relación familiar paterno/materno-filial existente.”<sup>77</sup>

Resulta en principio injusto que por decisión de los padres se prive al niño a nacer sin uno de ellos, causa que no es única ya que existen gran número de familias, como hemos venido apuntando, que carecen de la figura paterna y no porque hubiere fallecido el progenitor sino por abandono de hogar que se hace de manera irresponsable.

Otro argumento en contra de la *Inseminación Artificial Post Mortem* (IAPM), se refiere a la condena por parte de quien nace bajo esta técnica a

---

<sup>76</sup> CHAVEZ ASCENCIO, *La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*. 5ª ed. Porrúa: México. 1999. Págs. Pág. 367.

<sup>77</sup> Citado por SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, Filiación y Delito*. Pág.283.

“luchar en desventaja con referencia a los demás; *a priori* se está atribuyendo la concepción de un hijo a un padre que ya no existe”.<sup>78</sup> Sin embargo, el tener a ambos padres no es garantía de un bienestar para el menor, en virtud de una serie de circunstancias que se pudiesen llegar a presentar como es el caso de la violencia física y emocional, el abandono de hogar citado con antelación, entre otros múltiples factores que repercuten en las familias disfuncionales que ocasionan inestabilidad entre sus miembros. Es por ello que no en todos los casos podríamos decir que un niño nacido bajo la IAPM viene al mundo en desventaja al lado de los demás al carecer de la figura paterna que le es indispensable, independientemente de ello al tratarse de un embarazo premeditado por los padres sería cuidado por su madre bajo las condiciones de vida favorables, precisamente porque fueron planeadas, a diferencia de tantos hijos “no deseados” situación que por lo regular repercute en familias disfuncionales cuyos hijos sufren problemas psicológicos severos.

Por lo anterior, no podemos atribuirle una desventaja de carácter legal al que nazca bajo el supuesto de IAPM (súper póstumo) por lo que debe haber un tratamiento jurídico respecto a su nacimiento ya que se le privaría de los derechos que le corresponden al menor que no tiene que ver nada con las decisiones de sus padres.

Asimismo, hay autores que se oponen a la Inseminación Artificial *post mortem* respecto a que su finalidad es en si misma de carácter terapéutico:” la Inseminación Artificial de una mujer viuda con semen de su marido, tras la muerte de éste, no es propiamente un uso terapéutico de la inseminación artificial; lo que mueve a recurrir a esta técnica no es la esterilidad o el peligro

---

<sup>78</sup> GAFO, Javier, y José María Guerra Flecha, *Dilemas Éticos de la Medicina, Actual II; Procreación Humana Asistida: Aspectos Técnicos Éticos y Legales*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1998. 232 Págs. Pág.63; y VIDAL MARTINEZ, Jaime, *Las Nuevas Formas de Reproducción Humana ante el Derecho Civil: Introducción y Panorama General*. España. Ed. Civitas 1988. Pág.145.

de transmisión de enfermedades, sino la muerte del marido”<sup>79</sup>. Y es respecto a este argumento que podemos considerar que la IAPM no se encuentra permitida implícitamente en la Ley General de Salud y su respectivo Reglamento en Materia de Investigación para la Salud, al no constituir un uso terapéutico, de conformidad con su artículo 56 que señala que la investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera.

Jaime Vidal Martínez establece que “ la congelación de gametos y embriones y la inseminación con semen del marido, después de que este haya fallecido pueden dar lugar a resultados extravagantes, si se da pábulo a sentimientos y deseos humanos, quizás comprensibles en el plano subjetivo, pero objetivamente muy difícil de justificar”.<sup>80</sup>

Llegado el momento de legislar, el momento de decidir sobre la licitud de esta practica habrá que plantearse si el deseo de sobrevivir del hombre que murió y el deseo de la mujer de que su marido de algún modo sobreviva también, puede prevalecer, frente al derecho del hijo por nacer, que se lo esté condenando a ser huérfano deliberadamente.”<sup>81</sup>

Bajo el supuesto de la IAPM se contraponen el derecho a la libertad procreacional y el de la paternidad responsable, incluso podemos llegar a considerar el uso de este método como un interés egocéntrico de preservar la vida del marido a partir de la concepción de un hijo, o con el propósito doloso de reclamar una herencia, a simple vista conforme a los argumentos anteriores, resultaría injusto un nacimiento provocado bajo dichas circunstancias, pero si decidiéramos tipificarlo como un delito ¿qué pasaría si se llegara a configurar este ilícito? como sucede en muchos de los supuestos establecidos en el

---

<sup>79</sup> *Ibidem*, Pág.192.

<sup>80</sup> Citado por SOTO LAMADRID, Miguel Ángel, *Biogenética, Filiación y Delito*. Ob. Cit. Pág. 97 .

<sup>81</sup> MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Nuevas Formas de Procreación y el Derecho Penal*. Ob. Cit. Pág.72.

Código Penal, cuyas soluciones por una parte radicarán en imputar la responsabilidad penal de la madre y el equipo médico que la trato, como elemento subjetivo que cometió el acto volitivo considerado ilícito, y por la otra ¿qué pasa con ese menor nacido de un acto considerado como delito? ¿por qué la necesidad de regular este tipo de actos? La razón es por que no se puede ignorar la realidad, el nacido bajo la IAPM, existe, no lo podemos desaparecer, motivo por el cual tampoco es justo, como ya apuntábamos, que se le prive de los derechos que en virtud de su filiación paterna le corresponden.

Es por lo antes expuesto que resulta necesario puntualizar los requisitos bajo los cuales se debe llevar a cabo la IAPM, con el fin de evitar este tipo de desventajas y proporcionarle una adecuada regulación que no permita que se sujete a situaciones ilícitas.

A pesar de que la inseminación después de la muerte iría en contra de algunas disposiciones establecidas en el Código Civil que señalaré más adelante, me pondré en el supuesto de que se llegase a presentar esta situación a partir del siguiente análisis.

Es bueno recordar que cualquier prohibición administrativa -jamás penal- a toda restricción civilista al uso de esta técnica, constituye un discurso que, por muy coherente que resulte, pierde toda su validez cuando el nacimiento se produce.

Entonces, lo que resultará cuestionado, no será la decisión arbitraria de la madre que condenó a su hijo a la orfandad por razones sentimentales- por muy respetables que éstas sean- sino la regresión legislativa, la grave inmoralidad

por parte del Estado, de tratar como desiguales a los hijos nacidos de estas técnicas”.<sup>82</sup>

Dolores Loyarte y Adriana E. Rotonda señalan lo siguiente “Reiteramos, aquí que consideramos inadecuado y disvalioso que el derecho autorice la práctica de procreaciones post mortem, pero indudablemente, ante el caso dado, debemos otorgar una filiación cierta de conformidad a la verdad biológica y también dar una solución a los eventuales problemas sucesorios”.<sup>83</sup>

#### **4.2 Concepto de Inseminación Artificial *Post Mortem*.**

Para llevar a cabo una inseminación artificial es necesario un acuerdo de voluntades sobre el objeto que se pretende y las consecuencias que este producirá. Existe una finalidad a corto y largo plazo, a corto plazo consiste lograr una fertilización, la cual presupone, si no se presenta ninguna situación adversa, la meta a largo plazo que es: el nacimiento de un hijo.

Siguiendo a Flavio Galván Rivera, entendemos por Inseminación artificial el “método de fecundación asistida, que consiste en colocar los gametos masculinos en alguna parte de la vía genital femenina, generalmente después de realizar la correspondiente capacitación fecundante de los espermatozoides en el laboratorio”.<sup>84</sup>

Si bien es cierto, en la inseminación artificial la práctica normal es que ocurra *Inter Vivos*, la denominada fecundación post mortem o *Inseminación Artificial Post Mortem* sólo puede encontrarse referida al hecho de que la mujer viva, sea objeto de inseminación artificial con el semen del varón que fue su cónyuge o concubino que en el momento de realizarse la fecundación o el

---

<sup>82</sup> *Ibidem*. Pág. 105.

<sup>83</sup> LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda, *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético*. Ob. Cit. Pág. 335.

<sup>84</sup> Citado por LÓPEZ FAUGIER, Irene. *La Prueba Científica de la Filiación*. Pág. 173.

implante de embrión (en los casos de Fecundación In Vitro con Transferencia de Embrión), se encontrara ya fallecido.

### **4.3 Situaciones en que puede presentarse el uso de la Inseminación Artificial *Post Mortem*.**

Puede darse el caso de que la pareja sea completamente capaz de procrear un hijo pero que tuviese conocimiento previo sobre un riesgo cierto de muerte próxima del varón, una enfermedad grave o terminal, que hiciera recurrir al varón a depositar su material reproductor en un banco de semen, o que incluso durante la vida del cónyuge la pareja se sometiera al tratamiento por estas técnicas y quedara en estado de “pendiente” el método de inseminación artificial, por lo que con posterioridad se pueda llevar a cabo dicha inseminación al quedar listo o preparado el material reproductor del varón; asimismo, puede recurrirse a la IAPM por temor del marido a morir porque vaya a ser sometido a una intervención quirúrgica riesgosa.

También puede llevarse a cabo por el mero ejercicio del derecho a la libertad procreacional “como ocurrió hace algunos años cuando una mujer cuyo esposo había fallecido en la luna de miel solicitó autorización para que se extrajera semen de su marido recientemente difunto pensando en una futura inseminación, la que efectivamente le fue otorgada y la misma fue llevada a cabo por el CEGYR”.<sup>85</sup> Sin embargo, el referido supuesto no se llevó a cabo con el consentimiento previo del difunto.

Todo esto llevaría a pensar que puede concebirse moralmente a un hijo, como señala Enrique Díaz de Guijarro<sup>86</sup>, mediante una "voluntad procreacional" de la que distingue tres elementos de suma importancia, a saber: 1) La voluntad de unión sexual.- que implica la libre determinación para tener relaciones

---

<sup>85</sup> MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Nuevas Formas de Procreación y el Derecho Penal*. Ob. Cit. Pág. 72.

<sup>86</sup> Citado por LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda, *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético*. Págs. 175-180.

sexuales; 2) La voluntad procreacional.- se refiere a la existencia del propósito o ánimo de engendrar, de dejar descendencia determinado como autonomía de la voluntad procreacional; y 3) responsabilidad para la procreación.- debe tenerse la plena conciencia de que el hecho de la unión sexual puede traer aparejada una serie de responsabilidades derivadas de las consecuencias biológicas o jurídicas.

La concepción moral, o sea la intención de traer un hijo al mundo, precede a la concepción. En la inseminación *post mortem*, el hijo es un proyecto común de la pareja truncado por la muerte de uno de sus progenitores. Pero ante esta circunstancia, el derecho no puede sino partir de la realidad, es decir, partir de que antes de la concepción (fecundación del óvulo por el espermatozoide), no hay vida, y por ende no se le debe a los gametos una protección tan rigurosa como la que sí se le requiere al embrión implantado.

Sin embargo, en el caso planteado anteriormente, se sostuvo que el hijo es el producto de dos gérmenes resultante del acuerdo de dos voluntades: la del padre, expresada en vida y la de la madre, que después de muerto su marido manifiesta querer ser inseminada.

Considero necesario que dicha técnica se realice mediante una manifestación expresa por parte del cónyuge varón para que la multicitada IAPM se practique después de su muerte, ya que la misma no se realiza precisamente atendiendo a un factor de esterilidad humana. Nos hallamos, evidentemente, frente a un caso especial; en el que los protagonistas han estado unidos por un vínculo matrimonial o concubinato y al fallecer el esposo, dados los avances técnicos que permiten congelar durante largo tiempo el semen del mismo, cabe la posibilidad de que la esposa pueda ser fecundada con el semen de aquél.

#### **4.4 Requisitos para la práctica de la Inseminación Artificial Post Mortem (IAPM).**

En caso de que la IAPM llegase a tener una regulación de carácter favorable se deberán delimitar una serie de requisitos, de los cuales surge la necesidad de precisar lo siguiente:

##### **4.4.1 Procedimiento para llevar a cabo la Inseminación artificial *post mortem***

*Deberá llevarse a cabo mediante las técnicas de reproducción asistida.*

Como lo son la Inseminación Artificial (IA), o bien, a través de la Fecundación *In Vitro* con Transferencia de Embrión (FIVTE), con las modalidades y grados de artificialidad ya establecidos en el capítulo primero del presente trabajo, por lo que en ningún caso deberá tratarse de una fecundación coital porque de ser así estaríamos en presencia de la figura del hijo póstumo.

Es importante señalar que en este tipo de métodos, la fecundación o concepción se puede llevar a acabo aun antes del fallecimiento del padre tratándose de embriones en crioconservación bajo el método de fecundación *in vitro*, sin embargo, la cónyuge aún no se encuentra en la etapa de gestación, para la posterior implantación de embrión *post mortem*,

Podrá incluso realizarse, en caso de unan regulación favorable, mediante la intervención de una tercería maternal de gestación, a través de los contratos de gestación de los que ya hablamos en el capítulo segundo del presente trabajo, únicamente en el caso de que la cónyuge supérstite sufriera de infertilidad, es decir que carezca de la capacidad para llevar a cabo la gestación o el embarazo, es necesario precisar que los contratos de gestación no se podrán celebrar en el caso de que la cónyuge no aporte su material reproductor, porque de ser así el hijo que naciera de la misma no será hijo biológico de la

cónyuge supérstite, complicándose quizá la adopción por parte de la misma al haber fallecido ya el progenitor biológico .

En este sentido, es importante precisar que de presentarse el fallecimiento de la cónyuge o concubina y su cónyuge supérstite sea quien utilizase el material reproductor de la misma en crioconservación en un banco de gametos con propósito de fecundarlo, se podrá recurrir a los contratos de gestación siempre y cuando cuenten con una regulación favorable en nuestro Ordenamiento Civil. Cuestión que incluiría mayor dificultad de tratamiento, pero que tampoco es de imposible realización, sin embargo, por lo que el presente trabajo se refiere, éste enfoca en dar solución a los problemas de la inseminación artificial post mortem y no a la recurrencia de los contratos de gestación post mortem.

Se debe justificar la protección jurídica de reconocimiento de un derecho subjetivo de la mujer a la procreación y preservar posteriormente los derechos que correspondan al menor que nace bajo esta técnica, la IAPM se debe limitar al semen del esposo, por lo cual no será inadmisibles la utilización del semen de donante, por lo que no será aceptable la fecundación heteróloga.

#### **4.4.2 Consentimiento de los cónyuges**

*Es indispensable para la procedencia de la Inseminación artificial post mortem el consentimiento de los cónyuges.*

Primero habría que distinguir entre que el marido haya prestado o no expresamente su consentimiento y con posterioridad determinar el consentimiento de la cónyuge supérstite el cual deberá reunir una serie de requisitos, y además ir encaminado al deseo de tener un hijo de quien en vida fue su esposo.

En el primer caso habría que dar una respuesta afirmativa a estas prácticas, en base al deseo expreso del marido de que su viuda fuese inseminada artificialmente con el semen que él mismo, dejó depositado y siempre que para efectos sucesorios se estableciera un plazo dentro del cual deba llevarse a cabo la inseminación o transplante de embrión.

Deberá pues, perfeccionarse dicho acto, con el consentimiento de ambos cónyuges o concubinos, quienes ejercerán el ya delimitado derecho a la libertad procreacional.

Debido a la importancia del consentimiento en este sentido, éste necesariamente se hará constar de manera fehaciente e indubitable por lo que considero que el medio idóneo será que se otorgue en escritura pública mediante declaración unilateral de la voluntad o testamento público abierto, en donde el cónyuge que desee la realización de esta técnica de fecundación asistida, hará constar que el material genético que ha dejado en crioconservación en un banco de semen pueda ser utilizado inclusive cuando se configure el hecho jurídico de su fallecimiento para fecundar a su cónyuge o concubina, con el propósito de que ésta se insemine artificialmente para tener un hijo que será de ambos, por lo que debe haber un reconocimiento preventivo y previo de la paternidad, produciéndose con tal hecho los efectos jurídicos que se derivan de una filiación matrimonial.

Dicho reconocimiento debe ser voluntario y válidamente realizado al formalizarse en instrumento público, a través de testamento público abierto, toda vez que en este acto personalísimo se puede disponer de bienes y declarar y cumplir derechos para después de la muerte, la necesidad de que se realice en este tipo de testamento deviene de la naturaleza misma del acto, que por tratarse de una disposición especial es indispensable que se lleve a cabo

ante fedatario público a fin de que se proporcione mayor certeza y seguridad jurídicas.

Al realizar el análisis entorno a la naturaleza jurídica de los gametos llegamos a la conclusión de que éstos son considerados como <<cosas>> al constituir una parte regenerable del cuerpo humano siempre y cuando no formen parte de él, es por ello que puede considerársele un bien para establecerlo en un testamento de los cuales podrá disponer el *tradens*.

En este sentido, la doctrina se divide hay autores que niegan la eficacia del consentimiento para después de la muerte, por lo que al respecto disponen que la decisión de que el propio semen sea utilizado con fines reproductores, por su carácter indudablemente personalísimo, no puede tomarse para el futuro en forma irrevocable, ha de ser necesariamente una decisión actual, en el momento en que la decisión tenga lugar. Por otro lado, hay quienes consideran que en la inseminación *post mortem* la emisión del consentimiento será *ex ante actu*, o sea anticipándose a la propia inseminación artificial y por lo tanto no se hace necesaria la actualización del consentimiento en el momento en que ésta tenga lugar.

De una interpretación exégetica al Código Civil, se entiende por consentimiento expreso, el que se señala en su artículo 1803, como aquél que se “*manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos*”.

El hecho de que la disposición de los gametos se plasme en un testamento o instrumento público no obliga a la cónyuge a cumplir con la voluntad del testador, ya que como se señaló se requiere de su consentimiento informado ya que ella será quien lleve la culminación del embarazo.

En este tenor, el consentimiento de la cónyuge supérstite al igual que el de su marido debe constar de manera fehaciente. En este orden de ideas es preciso analizar el consentimiento informado, el cual merece un análisis detallado, no obstante lo ya señalado en el capítulo segundo del presente trabajo.

El consentimiento informado en México como un acto legal era requerido solo en caso de investigación en seres humanos y trasplantes, sin embargo, ha llegado a constituirse como un requisito normativo en gran parte de actividades relacionadas con la prestación de servicios de salud. Por otro lado, existen consideraciones éticas de usuarios, prestadores de servicios y características del mercado de salud que pudieron influir para que este consentimiento informado se formalizara por escrito, cuando bastaba una adecuada relación médico- paciente para regular la prestación de servicios de atención médica.<sup>87</sup>

Se ha definido al Consentimiento Informado (CI) como “el proceso que surge en la relación médico-paciente, por el cual, el paciente expresa su voluntad y ejerce su libertad al aceptar someterse o rechazar un plan, diagnóstico, terapéutico, de investigación, etc; propuesto por el médico para actuar sobre su persona y todo ello tras haber recibido información suficiente sobre la naturaleza del acto o actos médicos y riesgos, y las alternativas que existan a la propuesta.”<sup>88</sup>

Señala Fernando Cano que “el consentimiento bajo información (CBI) puede definirse como un proceso mediante el cual se garantiza por escrito que después de haber recibido y comprendido toda la información necesaria y pertinente, el paciente ha expresado voluntariamente su intención de participar

---

<sup>87</sup> Aspectos legales y éticos del Consentimiento Informado en la atención medica en México. *Revista Mexicana Patol. Clin* México: 2001. 48(1) Págs. 3-6.

<sup>88</sup> RODRÍGUEZ L.P. *La Autonomía del Paciente*. 1ª ed. Madrid. Editorial Diles. 2004. Pág. 69. citado por ALFARO VICTORIA, Fernando. “*El consentimiento Informado en la práctica anestésica.*” *Revista Mexicana de Anestesiología*, N. 15 Vol. 29. Suplemento 1 abril- junio, año 2006. México. Colegio Mexicano de Anestesiología. Págs. 106-108.

en cualquier investigación o su autorización para que sobre él se efectúen procedimientos diagnósticos, tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas de cualquier tipo, que suponen molestias, riesgos o inconvenientes que previsiblemente pueden afectar sus salud o dignidad, así como las alternativas posibles, derechos, obligaciones y responsabilidades.<sup>89</sup>

El colegio de médicos americanos define al consentimiento informado como *“la explicación a un paciente, atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados.”*<sup>90</sup>

En la Inseminación artificial post mortem el consentimiento informado deberá radicar en proporcionar a la cónyuge supérstite toda la información necesaria con e fin de llevar a cabo la fecundación o implantación in vitro, los riesgos que se pueden presentar, así como la aptitud psicológica de la mujer para someterse a dicha práctica.

El consentimiento bajo información esta íntimamente relacionado con la información pues para que exista consentimiento se debe conocer qué se esta consintiendo, su finalidad va encaminada en hacer copartícipe al paciente de las responsabilidades que le afectan, fundamentado en la información necesaria para ayudarlo a reflexionar y valorar la conveniencia de someterse a las intervenciones asistenciales que se le proponen.

---

<sup>89</sup> Cfr, CANO VALLE, Fernando, *Segundas Jornadas sobre Globalización y Derechos Humanos: Bioética y Biotecnología*, México UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas 2004 Pág. 31 citado por PÉREZ FUENTES, Gisela María y Karla Cantoral Domínguez. *“El Consentimiento Informado” Revista de Derecho Privado*, N. 5. Año V. México nueva época, septiembre-diciembre 2006. México pp.59-87.

<sup>90</sup> ISLAS S.M MUÑOZ CH. El consentimiento informado, aspectos bioéticos. *Revista Médica del Hospital General de México*. SSA. 200:63:267. 273 Págs., Citado por ALFARO VICTORIA, Fernando. *“El consentimiento Informado en la práctica anestésica”*. Págs. 106-108

El Reglamento de la Ley General de Salud en materia de la investigación para la Salud en su artículo 20 lo define de la siguiente manera:

*“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 de libre elección y sin coacción alguna.”*

El consentimiento informado ha sido considerado como “la forma de operativizar en la practica sanitaria la idea de autonomía moral del paciente y que, por lo tanto, su surgimiento vincula a la segunda de las tradiciones morales señaladas –la tradición de la autonomía de los pacientes, canalizada básicamente por el Derecho- y al Derecho”.<sup>91</sup>

Conforme a lo anterior es importante precisar que el consentimiento informado se sustenta en el principio de autonomía del paciente, considerando para su existencia tres requisitos *sine quan non*:

- a) **Libertad de decisión.-** Implica que los sujetos pueden decidir libremente someterse al tratamiento, como sería en nuestro objeto de estudio sin que haya persuasión, coerción o manipulación de cualquier índole, por lo que debe ofrecérsele al paciente el tiempo suficiente para reflexionar, consultar o decidir.
- b) **Explicación suficiente.-** Debe ser entendible e incluir el objetivo del tratamiento o del estudio, el procedimiento a seguir, los beneficios o perjuicios que puede llegar a ocurrir.

---

<sup>91</sup> PABLO SIMÓN, *El consentimiento informado. Historia, teoría y práctica*. Madrid, Ed. Triacastela, 2000, 479 Págs. Pág. 321.

- c) **Competencia para decidir.**- Asumir los riesgos, implica que las personas pueden decidir a través de criterios de racionalidad sobre su manera de comportarse, juzgando las acciones que se les presentan como aceptables o inaceptables para realizar una determinada conducta.

El consentimiento bajo información no debe concebirse solo como un documento que establece la aceptación voluntaria para eliminar la posibilidad de que después de realizado un acto exista responsabilidad por quien manipula los elementos relacionados. Además de ser reducida la visión, se entiende por anticipado que puede haber ventaja deliberada partiendo de la confianza o buena fe de los pacientes, sino con un mecanismo de control en la relación médico- paciente, donde se estipulen los derechos y obligaciones de cada uno de los contratantes

El Consentimiento Informado es obligatorio, siendo el formulario escrito conveniente para deslindar de responsabilidad al médico por consecuencias previsibles, mas no por negligencia, impericia, imprudencia o inobservancia de sus deberes y obligaciones. Por lo que siguiendo a Galán Cortés “el consentimiento informado, es un elemento esencial, cuya omisión puede generar responsabilidad cuando se materializan los riesgos típicos de los que el paciente no ha sido informado”<sup>92</sup>

Los padres de un menor de edad, los terceros responsables o acudientes legales pueden firmar el consentimiento cuando este no lo pueda hacer, siempre y cuando manifiesten y determinen los mejores intereses y beneficios hacia la persona menor o incapaz, que representen o tengan la preparación

---

<sup>92</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad Civil Medica*, España. Ed. Civitas 2005. Pág. 251

emocional o física para la adecuada realización del proceso de recopilación de información.

En el caso de menores de edad el consentimiento lo otorgará siempre su representante legal, quien este en ejercicio de la patria potestad o tutores en su caso, tras haber recibido y comprendido la información mencionada. Cuando las condiciones lo permitan, si el menor tiene doce años o más podrá este prestar además su propio consentimiento y para ello debe dársele toda la información y adaptarla a su nivel de entendimiento. En tal caso deben anexarse ambos documentos firmados.

En la Norma Oficial Mexicana del expediente clínico (NOM-168-SSA-1-1998), se definen a las cartas de consentimiento bajo información, como los documentos escritos, signados por el paciente o su representante legal, mediante los cuales acepta, bajo debida información los riesgos y beneficios esperados, un procedimiento medico o quirúrgico con fines de diagnostico, terapéuticos o de rehabilitación.

Conforme a lo anterior los siguientes artículos del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud disponen lo siguiente:

*“Art. 21. Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación, o en su caso, su representante legal deberá recibir una explicación clara y completa, de tal forma que pueda comprenderla, por lo menos sobre los siguientes aspectos:*

- XII. La justificación y los objetivos de la investigación;*
- XIII. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales;*
- XIV. Las molestias o los riesgos esperados;*
- XV. Los beneficios que puedan obtenerse;*
- XVI. Los procedimientos alternativos que pudiesen ser ventajosos para el sujeto;*

- XVII. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración de cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios, y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto;*
- XVIII. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen perjuicios para continuar con su cuidado y tratamiento;*
- XIX. La seguridad de que no se identificara al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad.*
- XX. El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio, aunque esta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando;*
- XXI. 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*
- XXII. Que si existen gastos adicionales, estos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación.*

El Reglamento en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, establece en su artículo 82, que el documento en que conste la autorización deberá ser redactado adecuándose a las condiciones culturales y sociales, edad, estado físico los riesgos típicos comunes; y ser proporcionada de manera inteligible con un mínimo de términos técnicos al paciente, es decir de lenguaje simple sin uso de tecnicismos científicos. Directo, breve, sin abreviaturas, enmendaduras o tachaduras, además de evitar frases que comprometan o manipulen a los sujetos de investigación para que participen en el estudio además de contener lo siguiente:

- 1.- Nombre de la institución a la que pertenezca el hospital.
- 2.- Nombre razón o denominación social del hospital.
- 3.- Título del documento.
- 4.- Lugar y fecha.
- 5.- Nombre y firma de la persona que otorgue la autorización.
- 6.- Concepto por el que se da la autorización.

## 7.- Nombre y firma de dos testigos.

Asimismo, deberá contener la conformidad del paciente de estar satisfecho con la información recibida, aclaración de las dudas planteadas y sobre la posibilidad de revocarse en cualquier momento.

El consentimiento Informado, sin expresión de causa, así como su consentimiento para someterse al procedimiento. En este sentido, el reglamento en Materia de Investigación para la Salud, dispone lo siguiente:

*Art. 22. El consentimiento informado deberá formularse por escrito y deberá reunir los siguientes requisitos:*

- VII. Será elaborado por el Investigador principal, indicando la información señala en el artículo anterior, y de acuerdo con la norma técnica que emita la Secretaría.*
- VIII. Será revisado y, en su caso, aprobado por la Comisión de Ética de la Institución de atención a la salud;*
- IX. Indicará los nombres direcciones de dos testigos y la relación que estos tengan con el sujeto de la investigación;*
- X. Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de la investigación su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación no supiere firmar, imprimirá su huella digital y a su ruego firmará otra persona que el designe; Y*
- XI. Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal.”*

“El formulario debe asegurar, en primer lugar un cantidad inicial de información que sea adecuada y comprensible para el paciente. Además, debe dejar la puerta abierta a que el paciente precise o desee más información y, por último, tiene que establecer, con claridad, la total libertad del paciente para reconsiderar su decisión en cualquier momento. Si todo esto se consigue de

manera suficiente, la otra función del formulario que es favorecer la protección jurídica del profesional sanitario, esta garantizada.”<sup>93</sup>

En México un formulario escrito de consentimiento informado debe respetar, al menos, los siguientes criterios de información respecto a la intervención o tratamiento<sup>94</sup>:

- 1) Naturaleza: ¿en qué consiste?, ¿qué se va a hacer?
- 2) Objetivos: ¿para que se hace?
- 3) Beneficios: ¿qué espera obtenerse?
- 4) Riesgos, molestias y efectos secundarios posibles, incluidos los derivados de no llevar a cabo la intervención o tratamiento.
- 5) Alternativas posibles a lo propuesto
- 6) Explicación breve del motivo que lleva al medico a elegir uno y no otros tratamientos
- 7) Posibilidad de retirar el consentimiento de forma libre cuando lo desee.

En relación a la información sobre riesgos del tratamiento o intervención en los formularios escritos de consentimiento informado, deben quedar las siguientes cláusulas establecidas:

1. Consecuencias posibles o seguras.
2. **Riesgos típicos:** aquellos cuya producción debe normalmente esperarse, según el estado y conocimiento actual de la ciencia.
3. **Riesgos personalizados:** aquellos que se derivan de las condiciones peculiares de la patología o estado físico del sujeto así como de las circunstancias personales o profesionales relevantes.
4. Contradicciones.
5. Disponibilidad explícita a ampliar toda la información si el sujeto así lo desea.

---

<sup>93</sup> PABLO SIMÓN, *El consentimiento informado. Historia, teoría y práctica* Ob. Cit. Pág. 431

<sup>94</sup> *Recomendaciones Para Mejorar la Práctica de la Medicina. Primera Reunión Nacional de Comisiones Estatales de Arbitraje Medico. Distrito Federal. 2001*

En el caso que nos ocupa, la mujer otorga su consentimiento para que se manipule en su organismo, con la introducción de espermatozoides, pero también el consentimiento otorgado implica la aceptación de la maternidad del hijo procreado, por lo que no podrá alegar alguna cuestión contraria al deseo de tener al menor.

El consentimiento de la mujer es de suma importancia, porque ella será la portadora del embrión, la falta de su consentimiento acarrearía sanciones penales, una vez dado el consentimiento no podría abortar al ser la vida considerada como un bien jurídicamente tutelado, salvo las disposiciones aplicables del Código Penal vigente, aplicables al caso concreto, la Ley General de Salud indica al respecto:

*“Artículo 466. Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuera 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 le impondrá prisión de dos a ocho años.*

*La mujer casada no podrá otorgar consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.”*

Este precepto, en su parte primera tipifica un delito cuyo sujeto activo sería aquél que inseminase artificialmente a una mujer sin su consentimiento, o a una mujer que no pudiese pronunciar consentimiento válido, por minoridad o incapacidad. Esta disposición debe ser catalogada como norma "imperfecta", puesto que su incumplimiento carece de sanción penal bajo el aforismo "*nulla pena sine lege*" al no encontrarse regulados los supuestos de hecho de manera adecuada en el respectivo Código Penal sobre este tipo de ilícitos, se señalan únicamente las sanciones previstas en el artículo 417 de la Ley General de Salud aplicables por analogía del artículo 416 de la misma norma que son de carácter preponderantemente administrativo y aplicable al profesional que

hubiese procedido a inseminar sin el consentimiento de su marido y que indican lo siguiente:

*Artículo 416. Las violaciones a los preceptos e esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones que emanen de ellas, serán sancionadas administrativamente por las autoridades sanitarias, sin perjuicio de las penas que correspondan cuando sean constitutivas de delitos.*

*Artículo 417. Las sanciones administrativas podrán ser:*

*I. Amonestación con apercibimiento;*

*II. Multa;*

*III. Clausura temporal o definitiva, que podrá ser parcial o total; y*

*IV. Arresto hasta por treinta y seis horas.*

Hasta aquí ha quedado clara la necesidad de que impere un consentimiento de la mujer expreso e informado, pero, ¿Qué sucedería si no hay consentimiento del varón?

Sin la existencia del consentimiento del varón, en este caso como requisito *sine quan non* para la práctica de la inseminación artificial *post mortem*, no será posible que surta los efectos que hemos venido planteando, si a pesar de ello, la viuda se somete a dichas técnicas, las consecuencias repercutirán en la negación del carácter de matrimonial al concebido por este medio, y se le dará el mismo tratamiento que al hijo nacido de la Inseminación artificial heteróloga, en donde, el hijo es concebido con el material reproductor de un tercero, es decir, si careciendo del consentimiento del marido, la mujer igualmente utilizase ese material genético y prosiguiera con la fecundación asistida, los gametos del hombre serían considerados como los de un donante; por lo tanto, no produciría los efectos legales que derivan de una filiación matrimonial. Independientemente de estas dos posiciones, que condicionan la admisibilidad de la fecundación *post mortem* al consentimiento del marido.

Finalmente la importancia del consentimiento y de su forma legal son de suma importancia porque de su regulación adecuada se determinarán las consecuencias de derecho.

#### **4.4.3 Capacidad de los cónyuges.**

La capacidad para ser sometido a las técnicas de reproducción asistida bajo el supuesto de la IAPM deberá ser la de ejercicio, en virtud de que se requiere la madurez de la cónyuge superviviente para comprender la trascendencia del uso de éstos métodos que deberán ir acompañadas del certificado médico en donde además de establecer que es viable el procedimiento se determine la aptitud psicológica de la mujer para ser inseminada artificialmente.

#### **4.4.4 Prohibición de celebrar segundas nupcias para la mujer que se sujete a la inseminación artificial post mortem.**

La mujer que otorgue su consentimiento informado y expreso para llevar a cabo la IAPM no deberá contraer segundo matrimonio hasta que nazca el hijo nacido de esta manera y se resuelva su situación jurídica, con el propósito de que no se generen problemas para determinar la filiación del menor, de tal forma que si ha contraído segundas nupcias no deberá ser autorizada para ser fecundada con los gametos que provengan de quien fue su primer marido.

De contraer segundas nupcias durante el proceso de gestación, el juez deberá decretar las medidas de apremio correspondientes y se aplicarán las disposiciones generales en materia de filiación.

#### **4.4.5 Término para practicar la Inseminación Artificial Post Mortem.**

Varios autores han señalado un término para llevar a cabo la inseminación artificial *post mortem*, por lo que han establecido que sea de 30 días contados a

partir del fallecimiento del esposo, para que el producto de la misma pueda ser considerado como nacido dentro del matrimonio por los 300 días que la ley establece para la presunción de paternidad, asimismo, otros han destacado que sea de dos años contados a partir de la muerte del autor de la sucesión con conocimiento del juez y de los demás causahabientes, con el objeto de que se tenga certeza de que la mujer ejercerá de manera adecuada su derecho a la libertad procreacional.

*La Ley española 35/1988 del 22 de noviembre de 1988* señaló un término de seis meses para llevar a cabo la práctica de la IAPM a partir de la muerte del marido y con la actual *Ley 14/2006 de 26 de mayo de 2006* se ha determinado que sea de doce meses.

Al respecto, se propone que el término que se vaya a establecer con motivo de la práctica de la inseminación artificial *post mortem*, siguiendo a la legislación española, sea de doce meses contados a partir de la muerte del *de cuius*, y se fije únicamente por lo que a efectos en materia de sucesiones se refiere, ya que de no ser así se dejaría en estado de indefensión al menor nacido bajo dicha técnica, lo cual no es viable por las cuestiones planteadas a lo largo del presente trabajo, me parece que es un término prudente para que la cónyuge otorgue el consentimiento para ser inseminada artificialmente bajo esta modalidad, de tal manera no se dejará en estado de indefensión al menor, por lo que respecta a los derechos derivados del parentesco de su padre y además de que se ésta a la espera en llevar a cabo un procedimiento sucesorio, y no es reciente para la cónyuge supérstite la muerte de su marido, refiriéndome a la etapas de duelo y a la actitud psicológica que pudiese llegar a presentar la viuda ante la pérdida de su cónyuge, por lo cual puede ejercer su derecho de libertad procreacional y decidir esta cuestión de manera libre e informada como señala la constitución en el segundo párrafo de su artículo cuarto.

Asimismo, el médico que trate a la paciente deberá dar a conocer las probabilidades de la viabilidad de la inseminación, así como expedir el certificado médico respectivo.

#### **4.4.6 La Inseminación Artificial Post Mortem en el concubinato**

En la inseminación artificial *post mortem* es indispensable la existencia del vínculo matrimonial con el objeto de imputar la paternidad a quien biológicamente sea el verdadero progenitor. Asimismo, se dará el mismo trato a los concubinos que eligieran esta técnica de fecundación asistida, dados los avances bioéticos que permiten congelar durante largo tiempo el semen del concubino para que se origine la posibilidad de que la concubina pueda ser fecundada con posterioridad a su muerte, en virtud de que a la figura jurídica del concubinato le son aplicables todas las disposiciones en general que existen sobre la familia en términos del artículo 291-Ter del Código Civil. Asimismo, por lo que se refiere a la presunción de paternidad el citado ordenamiento sustantivo establece una disposición similar a la del matrimonio, por lo tanto, se aplicará de igual manera la regulación que se propone con motivo del presente trabajo.

#### **4.4.7 Centros Sanitarios y equipos biomédicos especializados para la práctica de la Inseminación Artificial Post Mortem.**

La inseminación artificial *post mortem* deberá realizarse en centros autorizados y calificados para realizar las técnicas de reproducción asistida, sus aplicaciones complementarias o sus derivaciones científicas en donde existan constancias de que el semen a utilizarse corresponda a persona determinada, esto es al cónyuge fallecido, y de esta forma exista la certeza de paternidad biológica.

De conformidad con lo antes dicho, los centros de salud dedicados a la práctica de las técnicas de reproducción asistida deberán contar con una adecuada historia clínica de los pacientes, además del equipo médico indispensable para realizar cuantos estudios estén establecidos reglamentariamente. Convendría tal y como existe en España contar con un Registro Nacional de Reproducción Asistida.

En el capítulo tercero ya analizamos las cuestiones doctrinarias relativas a la figura jurídica de la filiación, las demás instituciones de derecho afines, así como las acciones y efectos que de la misma se derivan, por lo que ahora toca aterrizarlas al supuesto que ha sido motivo del presente trabajo y que es el del menor nacido bajo la IAPM.

#### **4.5 La filiación de los hijos nacidos bajo la inseminación artificial *post mortem***

La filiación que proviene de la Inseminación artificial *post mortem* tiene su origen en el acuerdo de voluntades de aquellos que se someten a la misma con el objeto de obtener descendencia fundamentándose en su derecho a la libertad procreacional.

Los menores que nacen bajo la inseminación artificial *post mortem* ya cuentan con la filiación entendida desde el punto de vista biológico: como el vínculo que une a generantes con generados, “La filiación puede ser entendida desde dos puntos de vista, uno de ellos material y el otro jurídico. La filiación desde el punto de vista material, consiste en la relación biológica que se establece entre los padres y su hijo en virtud de la procreación, es decir, porque el padre y la madre aportaron el material genético para la concepción de su

hijo”.<sup>95</sup> “El vínculo biológico es eterno e ilimitado, rebasa al jurídico y responde a la verdad y autenticidad de la relación natural: en cambio el vínculo jurídico es calificador solamente.”<sup>96</sup>

Para nuestro objeto de estudio es indispensable determinar el aspecto jurídico de la filiación “La filiación desde el punto de vista jurídico, consiste en la relación que existe entre el padre y su hijo y/o la madre y su hijo, en función de la posible procreación (o filiación en sentido material).”<sup>97</sup> Es decir, que para el derecho es importante determinar la maternidad o la paternidad para después reconocer los efectos jurídicos derivados de la procreación.

Asimismo, respecto a la filiación de los hijos concebidos mediante las técnicas de reproducción asistida señala el artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, en su párrafo segundo que existe parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.

Debemos entender a la inseminación artificial *post mortem* como un acto jurídico, por lo que la filiación proveniente de dicha técnica tendrá lugar, en virtud, del acuerdo de voluntad entre quienes se someten a la misma, además de ser necesaria la manifestación de voluntad y la intención de producir consecuencias de derecho.

El primer problema que surge en este tipo de inseminación -como ya sentábamos anteriormente- es que la fecundación o inseminación se realizará un tiempo después de la muerte del marido, por lo que la presunción del artículo

---

<sup>95</sup> RICO ÁLVAREZ Fausto, et al. *De la Persona y de la Familia en el Código Civil para el Distrito Federal*, Ob Cit, Pág. 271

<sup>96</sup> LÓPEZ FAUGIER, Irene. *La Prueba Científica de la Filiación*. Ob. Cit. Pág. 96

<sup>97</sup> *Ídem*.

77 del Código Civil para el Distrito Federal no se cumplirá, sabemos que si el nacimiento se produce dentro de los 300 días posteriores a la muerte del progenitor, no opera la presunción legal de la paternidad matrimonial, por lo que tampoco se cumple con lo establecido en el artículo 324 del Código Civil ya que en este supuesto el niño no nacerá dentro de los 300 días posteriores a la disolución del vínculo matrimonial por causa de muerte del marido, estaremos en presencia de un hijo extramatrimonial, que merecería un tratamiento especial en nuestra regulación civil y en los demás supuestos, en la filiación en este sentido el padre por disposición legal a través de una ficción jurídica podría dejar reconocido al ser por nacer, lo que denominaríamos como un reconocimiento preventivo de la paternidad sujeto a una condición resolutoria negativa, consistente en que el menor nazca vivo y viable.

“El criterio para atribuir la paternidad o la maternidad debe consistir en que será padre o madre la persona que aporte el material genético para la fecundación, independientemente de si se ha utilizado o no un método o técnica artificial, Actualmente la ciencia brinda la posibilidad de determinar a quien corresponde tal material genético, con un margen reducidísimo de error”<sup>98</sup>.

Por lo que ve a la fecundación *post mortem*, evidente es la necesidad de proteger al hijo que nazca de la misma, ya que de darse el nacimiento, se debe acreditar su filiación, otorgarle los derechos que como hijo del matrimonio entre su madre y su difunto padre merece, incluyéndolo en los previstos por el numeral 324.

El Código Civil para el Distrito Federal no prohíbe la Inseminación artificial *post mortem*, incluso podemos deducirla del artículo 329 redactado en los siguientes términos:

---

<sup>98</sup> *ibidem*, Pág.273

*“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 **consistió expresamente** en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.”*

Sin embargo, considero que su redacción es desafortunada, ya que la paternidad no puede ser alegada “*en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique*”, ya que esta debe ser reconocida en vida del marido de conformidad con el siguiente numeral del Código Civil:

*“Artículo 345.- No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al padre. Mientras que éste viva, únicamente el podrá reclamar contra la filiación del hijo.”*

Por lo anterior, es preciso que en el caso de la inseminación artificial *post mortem* exista un reconocimiento preventivo de la paternidad cuyo objeto sea el de establecer la filiación.

En cuanto a la impugnación de la paternidad que pudieran hacer los terceros interesados, éstos no podrían accionar con éxito porque el hijo nació con consentimiento de ambos cónyuges y dentro del período legal y temporal exigido por el Código en su caso.

De tal manera que a continuación analizo cada una de las pruebas que regula nuestra Ley Sustantiva en materia civil para determinar cual se ajusta más a nuestra figura en comento.

#### **4.6 Pruebas de la filiación por lo que se refiere al hijo nacido bajo la Inseminación Artificial Post Mortem.**

Sabemos que la paternidad se prueba, como ya establecíamos en el capítulo anterior: 1) con el acta de nacimiento; 2) la posesión de estado de hijo; 3) el reconocimiento por parte de sus padres; y con 4) la sentencia ejecutoria que así lo declare, derivada de las acciones conducentes.

Respecto al primer supuesto relativo al acta de nacimiento, establece el artículo 340 del Código civil para el Distrito Federal, lo siguiente:

*“Artículo 340.- La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento”.*

La regla es que se presenten ambos cónyuges exhibiendo acta de matrimonio, ante el oficial del registro civil, en el acta de nacimiento se asienta la filiación del padre y de la madre.

Al no estar casados se aplica el numeral 60 que dispone lo siguiente:

*“Artículo 60.- El padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos”.*

*Cuando no estén casados, el reconocimiento se hará concurriendo los dos personalmente o a través de sus representantes, ante el Registro Civil.*

*La investigación tanto de la maternidad como de la paternidad, podrá hacerse ante los tribunales de acuerdo a las disposiciones relativos a este Código...”*

Siguiendo con lo establecido en el artículo que antecede, es preciso determinar que en caso de la IAPM, no podrán concurrir ambos cónyuges ante el oficial del Registro Civil, toda vez que uno de ellos murió incluso antes de la concepción del hijo cuando la fecundación se llevará a cabo después de la muerte del progenitor, o bien antes del trasplante de embrión que se llevará a cabo *post mortem*, por lo que nos encontramos ante una situación de imposible

realización, asimismo, aunque sobra decirlo tampoco valdrá la representación para estos efectos. Por lo que en el acta de nacimiento del menor sólo aparecerá el nombre de su madre tal y como lo establece el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 61.

Para concluir es elemental señalar que ante la IAPM, con este tipo de prueba sólo se acreditará la filiación materna, no así la paterna.

2) Por lo que se refiere a la posesión de estado de hijo señala el artículo 341:

*“Artículo 341.- a falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo.”*

Respecto a la posesión de estado de hijo son admisibles para demostrar la filiación, todos los medios de prueba establecidos por la Ley, y se restringe el valor probatorio de la prueba testimonial, recordemos lo que al respecto señala el numeral 343 del citado Código:

*“Artículo 343.- Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo, si además concurren alguna de las circunstancias siguientes:*

*I.- Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de éstos;*

*II.- Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a subsistencia, educación y establecimiento; y*

*III.- Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el artículo 361.*

Conforme a lo anterior, será imposible alegar estado de posesión de hijo tratándose del hijo “súper póstumo”, o nacido bajo la IAPM, en virtud de que se requerirá necesariamente que su padre estuviese vivo y por lo que hace a los elementos de “, nombre, fama y trato” adicionalmente con el de la edad solicitada, serían muy difíciles de demostrar.

Suponiendo su configuración, el elemento *fama* podría presentarse por el reconocimiento constante de la familia y de la sociedad como hijo del marido fallecido; por lo que respecta al *nombre* es necesario que el supuesto hijo hubiese utilizado constantemente el apellido de sus padres con la aceptación de los mismos; en relación al *trato* este jamás se presentará al estar muerto el padre del menor; por lo que hace al elemento de la *edad*, se requiere que el padre este vivo. Dada la naturaleza de los demás elementos sería difícil su realización al no estar el padre vivo.

3) El reconocimiento de hijos, como ya veíamos en el capítulo anterior es un acto jurídico, que para surtir sus efectos, requiere la manifestación de voluntad no solo por parte de quien reconoce, sino también de quien es reconocido, con fundamento en el artículo 275 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone lo siguiente:

***“ARTÍCULO 275.- Mientras se decreta el divorcio voluntario, el Juez de lo Familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las medidas necesarias respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge, en términos del convenio a que se refiere el artículo 273 de este Código”.***

Es de advertir, que la manifestación de voluntad del que reconoce y del reconocido pueden darse en el mismo acto, aunque no necesariamente deben darse en el mismo acto, por lo que en el caso de la inseminación artificial con posterioridad a la muerte del progenitor, el reconocimiento debe darse incluso antes de la concepción, éste será de carácter preventivo y sujeto a una condición resolutoria negativa de que el reconocido premeditadamente nazca vivo y viable, con el objeto de que dicho reconocimiento establezca la filiación, y como consecuencia de ello, surjan los derechos y obligaciones inherentes del mismo.

Al ser el reconocimiento de hijo un acto jurídico formal, tanto por lo que a la manifestación de voluntad del que reconoce se refiere, tanto por el reconocido este deberá hacerse constar en cualquiera de las formas establecidas en el artículo 369 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, de las que ya hablamos en el capítulo tercero del presente trabajo.

4) *Por sentencia que declare la filiación paterna de un hijo en juicio.*- tal acción solo la pueden intentar los hijos, siendo menores de edad, a través de sus representantes legales, en el supuesto que nos ocupa podría ser a través de la concubina o cónyuge, o hasta que el hijo alcanzara la mayoría de edad, cuando por si mismo lo pudiera intentar. De tal manera que como prueba podría aportar el documento en donde conste el consentimiento otorgado por el esposo fallecido para la práctica de la inseminación, en el caso de que no hubiese existido un reconocimiento preventivo, o mediante constancias del hospital en donde se hubiere llevado a cabo la práctica de la inseminación artificial con semen del cónyuge fallecido, además de la pruebas biológicas actuales.

#### **4.6.1 Acción de investigación de la paternidad**

Partimos de que todo hombre tiene necesariamente un padre y una madre, aunque para algunos seres humanos sean desconocidos, como ya habíamos señalado todo ser humano tiene derecho a conocer sus orígenes genéticos, su ascendencia precisa respecto de la madre que lo dio a luz y el padre que lo engendro, facultad que en el supuesto de la IAPM deberá prevalecer.

Según el diccionario de la real academia española el vocablo “investigar” proviene del latín *investigāre*, y tiene los siguientes significados: “.1. tr. Hacer diligencias para descubrir algo; 2. tr. Realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los

conocimientos sobre una determinada materia.;3. tr. Aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente...”.<sup>99</sup>

Por lo que se refiere al término “paternidad” partiendo de su definición gramatical debemos señalar que proviene del latín; *paternitas*, *-ātis*, cuyo significado según el diccionario de la real academia española significa “1. f. Cualidad de padre.;2. f. Tratamiento que en algunas órdenes dan los religiosos inferiores a los padres condecorados de su orden, y que los seculares dan por reverencia a todos los religiosos en general, considerándolos como padres espirituales.”<sup>100</sup>

Desde el punto de vista jurídico la paternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de ley (adopción). Así, también la paternidad es la relación real o supuesta del padre con el descendiente<sup>101</sup>

En el CCDF no existe norma jurídica alguna que permita la investigación de la filiación de los descendientes concebidos mediante las técnicas de reproducción asistida. Conforme al artículo siguiente en la práctica de la inseminación artificial post mortem no se podrán intentar las acciones de investigación de la paternidad ya que en dicho supuesto el progenitor ha fallecido.

***“ARTÍCULO 388. Las acciones de investigación de paternidad o maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres. Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos***

---

<sup>99</sup> Real Academia de la lengua Española <http://www.rae.es/> 8 de febrero de 2008

<sup>100</sup> *Idem.*

<sup>101</sup> Cfr Felipe Clemente de Diego *Ob. Cit.* Pág. 324; Enrique Guglielmi *Ob. Cit.* Pág. 280, José Castán Tobeñas *Ob. Cit.* Pág. Citados por LÓPEZ FAUGIER, Irene. *La Prueba Científica de la Filiación.* Pág.198

*tienen éstos derecho a intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad.”*

“ La investigación de la filiación se refiere al derecho de todo descendiente para ejercitar una acción ante los tribunales competentes, a fin de que sea declarada legalmente su filiación cuando la misma se encuentra determinada”<sup>102</sup> Es un medio difícil de acreditar en el supuesto de la Inseminación artificial post mortem, sabemos que la prueba natural para acreditar la calidad de hijo nacido fuera de matrimonio es el acta de nacimiento y a falta de ésta el documento en donde conste el reconocimiento del hijo.

Las pruebas que se pueden establecer con motivo de la investigación de la filiación son:

CONFESIONAL.- es una prueba por hechos propios, por lo tanto, es imposible su desahogo en el caso de la IAPM.

TESTIMONIAL.- Sólo se admite si existe un principio de prueba por escrito. “al respecto, Planiol y Ripert señalan que aún cuando la prueba testifical es forzosa ante la imposibilidad de acreditar el nexa filial, con el acta de nacimiento o con la posesión de estado, la Ley desconfía de los testigos. Por este motivo, el objeto de su admisión radica en apoyar algún principio de prueba por escrito o indicios, los cuales por si solos no pueden suprimir toda duda y producir la convicción en los jueces, debiendo entonces completarse con las declaraciones de los testigos”.<sup>103</sup>

PERICIAL EN GENÉTICA.-La prueba pericial es la opinión fundada de una persona especializada o informada en ramas del conocimiento que el juez no esta obligado a dominar. La persona dotada de tales conocimientos es el perito y su opinión fundada el dictamen.

---

<sup>102</sup> *Íbidem* Pág. 190

<sup>103</sup> PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT, *Ob. Cit.* p. 597.

Devis Echandía señala que “la pericitación es una actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes de proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual suministra el juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa de las aptitudes del común de la gente.”<sup>104</sup>

La prueba pericial en los juicios de filiación sirve para demostrar y probar el nexo filial de un descendiente con relación a su padre, así el Art. 382 la permite, y además es regulada por la jurisprudencia, por lo que en el caso de la Inseminación artificial post mortem se acreditará la verdad biológica.

El Código Civil para el D.F dispone lo siguiente:

*“Artículo 382.- 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.”*

Para que la misma pudiese operar se requiere que el presunto progenitor se negase a practicarla, sin embargo en el caso que nos ocupa el progenitor esta muerto.

#### **4.6.2 Imputación de la paternidad de los nacidos bajo la Inseminación Artificial Post Mortem.**

Respecto a la imputación de la paternidad en el derecho romano se estableció la máxima romana *“Pater is quem iustae nuptiae demonstrant”*<sup>105</sup> fundada en los deberes de cohabitación y fidelidad que los

---

<sup>104</sup> Citado por LÓPEZ FAUGIER, Irene. *La Prueba Científica de la Filiación*. Pág. 370

<sup>105</sup> *“Padre es quien demuestran las justas nupcias”*

cónyuges se corresponden entre si, es decir, la imputación de paternidad tiene su génesis en el matrimonio, en el cual se designa padre al descendiente concebido por una mujer casada, siempre y cuando se de entre los periodos mínimo y máximo de la gestación, situación que cambia en nuestro artículo 324 CCDF en virtud de que para ser considerado hijo se requiere únicamente del nacimiento en la institución de matrimonio, por lo que una mujer puede estar embarazada antes de casarse y una vez casada se presume que su cónyuge es padre de su hijo., contemplando el periodo máximo de gestación el cual es de trescientos días a la disolución del vínculo matrimonial en caso de fallecimiento del marido. En el caso de la IAPM la paternidad se presumirá a través del consentimiento que el progenitor haya otorgado para que su cónyuge se insemine artificialmente con su material reproductor con posterioridad a su muerte, por lo que constituye un supuesto especial.

#### **4.6.2.1 Acción para reclamar la posesión de estado de hijo en el caso del menor nacido a través de la *Inseminación Artificial Post Mortem*.**

“La posesión de estado de hijo se aplica tanto a los hijos habidos de matrimonio como los habidos fuera de matrimonio.”<sup>106</sup>

En el caso de la Inseminación artificial post mortem el nacimiento de la criatura tienen verificativo después de los trescientos días de disuelto el matrimonio por lo que es evidente la poca posibilidad de su concepción durante el vínculo matrimonial.

---

<sup>106</sup> CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel, *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales*. Ob. Cit. Pág.89

### **4.6.3.-Vía jurisdiccional para acreditar la filiación extramatrimonial**

#### **4.6.3.1 La acción de desconocimiento o contradicción de la paternidad**

La función de esta acción como ya señalábamos en el capítulo conducente, tiene como finalidad la de contradecir que el ascendiente fue concebido durante el matrimonio de sus progenitores, en el caso de la filiación matrimonial.

Esta acción puede ejercitarse por aquellas personas a quienes perjudique la filiación del menor respecto del esposo fallecido, sólo en el caso de que el primero pudiera contar con un acta de nacimiento que lo acredite como su hijo, en este caso la carga de la prueba corresponderá a quien afirma, esto es, el interesado en que subsista la filiación.

Señala Francisco Messineo que esta acción, “no excluye la concepción del nacido durante el matrimonio, pero tiende a excluir que la paternidad se atribuya al marido de la madre del nacido, e indirectamente, también a excluir que el sea legítimo”<sup>107</sup> Sin embargo, en este sentido el artículo 329 del Código Civil para el Distrito Federal establece que tratándose de las acciones relativas a la paternidad del hijo nacido después de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio que indica el periodo máximo de gestación no prosperarán si el cónyuge consintió expresamente en los métodos de fecundación asistida.

Asimismo, cuando ha sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento (ART. 325) La norma no es específica respecto a que procedimientos de inseminación artificial se refiere.

---

<sup>107</sup> MESSINEO, Francesco, *Ob. Cit.*, p. 133. cfr. Marcelo PLANIOL y Jorge RIPERT, *Ob. Cit.*, Pág.580. Citado por LÓPEZ FAUGIER, Irene. *La Prueba Científica de la Filiación.* Pág. 231

La carga de la prueba para acreditar la causa de imposibilidad física para cohabitar corresponderá al marido, por lo que al haber fallecido esta no podrá ser ejercitada.

Presentar en el supuesto de que se considere que el hijo “súper póstumo” no haya sido concebido con el material genético del varón que lo reconoció en vida, ostentándose con un estado que no le pertenece.

Considero necesario establecer que únicamente los herederos tendrán derecho de ejercitar dicha acción, cuando el menor nazca dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial causada por muerte del esposo, en términos de los artículos que preceden:

*“Artículo 333.- los herederos del cónyuge varón, excepto en los casos previstos en el artículo anterior, no pueden impugnar la paternidad de un hijo nacido dentro del matrimonio, cuando el cónyuge no haya interpuesto esta demanda.*

*En los demás casos si el cónyuge a fallecido sin hacer la reclamación dentro del termino hábil, los herederos tendrán para interpretar la demanda sesenta días contados, desde aquél en que el hijo ya ha sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean perturbados por el hijo en la posesión de la herencia”.*

Lo anterior en virtud, de que esta acción no puede ser intentada por el progenitor debido a que se encuentra muerto.

#### **4.6.4 Reconocimiento del menor nacido bajo la *Inseminación Artificial Post Mortem*.**

El reconocimiento de un hijo puede llevarse a cabo por escritura pública o por testamento, que será el medio idóneo para la inseminación artificial *post mortem* el cual deberá ser considerado de carácter preventivo y con antelación al nacimiento del menor sujeto a condición resolutoria negativa, en el sentido de

que el concebido por estos medios nazca vivo y viable, por lo que no se practicará de manera distinta a lo establecido en el artículo 369 del Código Civil y por lo tanto, deberá producir todos los efectos establecidos en el numeral siguiente del Código Civil para el Distrito Federal:

*“Artículo 389.- El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos, tiene derecho:*

*I.- A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;*

*II.- A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;*

*III.- A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la Ley;*

*IV.- Los demás que se deriven de la filiación”.*

El artículo 353 Quáter con relación al reconocimiento de hijos establece:

*“Artículo 353 Quáter.- Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre reconoce al hijo de la mujer que esta embarazada”*

Este artículo regula el reconocimiento por lo que al concebido se refiere que ya de antemano se considera como persona para efectos de derecho, por lo que considero necesario establecer al respecto que en este sentido también podrán gozar de este derecho los hijos no concebidos ***si el progenitor consiente en la práctica de la inseminación artificial de su mujer para después de su muerte con su propio material reproductor*** .Ya que de no redactarse en estos términos no puede existir reconocimiento debido a que no hay individuo que reconocer puesto que aun no esta concebido.

Una vez establecidos los efectos del reconocimiento del menor debemos analizarlos en unión a la figura de la inseminación artificial *post mortem*:

#### **4.7 Derechos alimentarios por parte del menor nacido bajo *Inseminación Artificial Post Mortem*.**

Sabemos que los alimentos surgen como consecuencia de relaciones jurídicas familiares, así como de figuras contractuales y sucesorias, una vez reconocida la filiación y parentesco del nacido bajo la IAPM deberá ser reconocido en sus derechos alimentarios, ya que es un ser humano que se encuentra desprotegido e imposibilitado para proveerse a si mismo de los elementos necesarios para su subsistencia.

#### **4.8 Derecho del menor nacido bajo la *Inseminación Artificial Post Mortem* de llevar el apellido de su progenitor fallecido.**

El menor tiene derecho a conocer sus orígenes genéticos y por lo tanto, a ser identificado en la sociedad respecto a la familia a la cual pertenece, como atributo de su personalidad le corresponderá un nombre propio, además del patronímico de sus padres.

“El modo de adquisición del nombre de familia es la filiación. El nombre propio se impone a la persona por la voluntad de sus familiares, el de la familia viene determinado forzosamente, sin que pueda cambiarse por capricho”.<sup>108</sup>

En este sentido al no haber regulación de la IAPM se corre el riesgo de que el menor sea registrado únicamente con los apellidos de su madre, por lo que ésta última deberá presentar los documentos necesarios ante el oficial del Registro Civil con el objeto de acreditar de manera fehaciente la paternidad de quien fue persona, así como el reconocimiento previo que hizo del hijo por nacer.

---

<sup>108</sup> DE PINA, Rafael, *Elementos de Derechos Civil Mexicano. Introducción, Personas, Familia. Vol I.* 23ª ed. México, Ed. Porrúa 2004. Pág. 210.

#### **4.9 Respecto al Parentesco.**

Una vez reconocida la filiación del hijo nacido bajo IAPM y sus padres genéticos, surgirá el parentesco consanguíneo por lo que también surgirá éste con relación a la familia del padre fallecido. Así como los derechos derivados del mismo.

#### **4.10 Patria Potestad de los menores nacidos bajo la Inseminación artificial post mortem.**

La patria potestad respecto de los menores nacidos en la IAPM, recaerá en primer lugar en su madre, por ser la persona que le sobrevive. Ante la falta de ambos progenitores, la ejercerán los ascendientes consanguíneos en segundo grado, ya sea por vía paterna o materna, según lo disponga el Juez, surgiendo todos los derechos y obligaciones que de la misma derivan, en términos de lo establecido en el Título Octavo del CCDF.

#### **4.11 Derechos sucesorios del menor que nace bajo la inseminación artificial *post mortem***

En la inseminación artificial *post mortem* el causante, al morir, deja su semen para poder engendrar vida, así se produce la concepción y gestación del hijo denominado *súper póstumo*, es decir, que nace con posterioridad a la muerte de su padre biológico.

Por lo general la doctrina niega los derechos sucesorios del hijo nacido por estos métodos, si el comienzo de la gestación es posterior a la muerte del padre, tratando de evitar de esta manera circunstancias ilícitas las que motiven el nacimiento del niño.

Algunos autores, afirman que no deberían autorizarse inseminaciones que respondan a fantasías de mortalidad genética, ni admitirse demandas

tendientes a reivindicar la propiedad del semen por parte de la viuda. Sugiere que debería destruirse para evitar cualquier tipo de controversias, sin embargo, de practicarse la inseminación ese hijo no podría alegar derechos hereditarios respecto de su padre.

Por otra parte hay quien sostiene que de acuerdo con la normativa vigente ningún derecho tiene la viuda a ser inseminada con el semen del marido fallecido, ni siquiera en el caso de que ésta hubiera sido su última voluntad.

Sin embargo, gran parte de la doctrina reconoce al hijo póstumo<sup>109</sup> un *status filii*, en consecuencia podría ejercer acciones de filiación, llevar el apellido paterno, entablar lazos familiares del *cujus* y exigir a los miembros que le provean alimentos en caso de necesidad. Pero, si en virtud de la relación paterno-filial el hijo póstumo puede reclamar alimentos después de muerto el padre, ¿por qué negarle derechos sucesorios al nacido bajo la IAPM? ¿No existe a caso, el mismo nexo biológico en ambos supuestos?

Si esto sucediera hoy día en México, ante el vacío en nuestra legislación la criatura que naciera de esta inseminación sería hijo del marido prefallecido de la madre. De manera que nos encontramos con una figura atípica que necesita de una solución legislativa.

Para suceder el derecho reconoce la existencia simultánea de causante y heredero para que este último suceda al primero. ¿Puede, entonces, heredar al causante quién no ha sido concebido al momento de su muerte?

---

<sup>109</sup> La palabra póstumo viene del latín *postumus* compuesta del prefijo *post* que significa después y *humare* que viene del verbo *humare* que significa enterrar, después de enterrado.

Respecto a la capacidad de suceder, pueden heredar en Derecho mexicano todas las personas físicas y morales, por lo que sobre la capacidad para suceder debemos sujetarnos a las excepciones establecidas en la Ley.

La ley establece dos diferentes tipos de incapacidades para heredar:

- a) Incapacidades genéricas: que son las que se determinan genéricamente para cualquier tipo de personas, y
- b) Específicas, que se refieren a aquellas personas que no pueden heredar a otras determinadas personas.”<sup>110</sup>

De tal manera, el artículo 1313 del Código Civil señala lo siguiente:

*“Artículo 1313.- Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por algunas de las causas siguientes:*

*I.- Falta de Personalidad...”*

En este sentido, tal y como lo establece nuestra disposición civil únicamente serán capaces para adquirir por herencia los que se encuentren concebidos al momento de la muerte del autor de la sucesión, por lo que aquellos que no estén concebidos en ese tiempo carecerán de personalidad para heredar, por ello se propone la siguiente reforma al Código Civil para el Distrito Federal, respecto a su artículo 1314, adicionando un segundo párrafo, que es el que se presenta a continuación, y cuyo propósito es dar solución al conflicto que surge ante la Inseminación artificial post mortem, por que el nacido

---

<sup>110</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El Patrimonio. El Pecuniario y el Moral o Derechos de la Personalidad*. Ob. Cit. Pág. 120.

de la misma carece ,como lo hemos venido señalando, de falta de personalidad para heredar

*“Artículo 1314.- Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337”*

***No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los hijos concebidos y nacidos por métodos artificiales con posterioridad a la muerte de su progenitor en términos de lo establecido en el artículo 353 QUINTUS serán capaces para heredar siempre y cuando el material reproductor del de cujus pueda ser utilizado dentro de los doce meses siguientes a su fallecimiento con el propósito de fecundar a quien en vida fue su cónyuge.***

Es de considerarse que el concebido por técnicas de inseminación artificial goza de la misma capacidad para suceder desde el momento mismo de la concepción y aun después de la muerte del causante siempre y cuando éste último haya hecho disposición testamentaria al respecto; al igual que cualquier otro niño nacido mediante fecundación natural.

Además, se deben tomar en cuenta algunas de las disposiciones similares a las que se siguen cuando la viuda queda encinta, por lo que al respecto la cónyuge que haya decidido someterse al procedimiento de inseminación artificial *post mortem* deberá informar al Juez de lo Familiar, con el objeto de salvaguardar los derechos del menor que nace bajo esta técnica y notifique a los posibles herederos que se vieran afectados.

Asimismo, el juez deberá dictar las medidas provisionales que considere pertinentes a fin de que la inseminación artificial *post mortem* se practique en los términos legales que se establezcan, se trate efectivamente de una inseminación con semen del esposo fallecido y no se sujete a hechos ilícitos.

#### **4.12 Propuesta de Reforma al Código Civil para el Distrito Federal.**

Como se ha analizado a lo largo del presente trabajo, el principal problema que se suscita ante el supuesto de la Inseminación Artificial *Post Mortem* es el relativo a la filiación, por lo que es necesario que se haga una regulación en nuestro ordenamiento civil en dicho sentido con el fin de solucionarlo.

La propuesta que se presenta consiste en adicionar el artículo 353 QUINTUS al Código Civil para el Distrito Federal.

***353 QUINTUS.- El producto que hubiese sido fecundado o implantado en el útero materno por medios artificiales con posterioridad a la muerte del progenitor gozará de todos los derechos y facultades inherentes a la filiación paterna, siempre y cuando se de cumplimiento a los siguientes requisitos:***

***I.- Que así lo haya dispuesto el progenitor mediante declaración unilateral de voluntad consignada en instrumento público o testamento público abierto, en donde manifieste su consentimiento;***

***II.- Que el progenitor haya reconocido previamente como su hijo al producto de:***

***a) La fecundación artificial llevada a cabo por su cónyuge supérstite con su material reproductor con posterioridad a su muerte y sea viable conforme a lo dispuesto en el artículo 337 ó;***

***b) La fecundación in vitro llevada a cabo con su material reproductor y el de su cónyuge durante su vida, pero implantado en el útero de la***

***misma con posterioridad a su muerte y sea viable conforme a lo dispuesto en el artículo 337;***

***III.- Que la cónyuge supérstite no haya contraído nuevas nupcias y otorgue consentimiento informado y expreso en términos de las disposiciones en materia de salud vigentes para someterse a la práctica de las técnicas de reproducción asistida con posterioridad al fallecimiento de su cónyuge y se compruebe que el material reproductor efectivamente pertenecía a éste.***

***No obstante lo dispuesto en la fracción anterior el consentimiento para la aplicación de dichas técnicas, en las circunstancias antes mencionadas puede revocarse en cualquier momento antes de la práctica de las mismas.***

## 5. Conclusiones

**PRIMERA.-** Se requiere que los legisladores tomen en cuenta la importancia de las técnicas de reproducción asistida y en especial del supuesto *inseminación artificial post mortem* en virtud de que, a la luz del Derecho Civil Mexicano no existe artículo que regule este tipo de métodos de manera clara y precisa, es necesaria la regulación expresa con el propósito de dar solución a los problemas que de la realización de la misma podrían suscitarse por que no se puede ignorar la realidad, el nacido bajo la IAPM, existe, no lo podemos desaparecer, ni tampoco atribuirle una desventaja de carácter legal que le prive de los derechos que le corresponden.

**SEGUNDA.-** El uso de las técnicas de reproducción asistida y en especial la practica de la Inseminación artificial *post mortem* tienen su justificación en la denominada voluntad procreacional cuyo fundamento en nuestra norma suprema se consagra en el artículo 4º que establece que: "...*Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos...*" entendido como el derecho de libertad que propicia la planeación familiar e impide la interferencia del Estado en su ejercicio, como facultad inherente al hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia, decidiendo de manera responsable e informada el ejercicio pleno de su derecho a procrear a través de los medios que consideren pertinentes ya sean estos naturales o artificiales.

**TERCERA.-** La Ley General de Salud, reglamentaria del artículo cuarto constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de febrero de 1984, cuya finalidad primordial consiste en establecer las bases y las modalidades para el acceso a los servicios de salud, carece de una regulación

adecuada y específica de las técnicas de reproducción asistida en especial por lo que a la *inseminación artificial post mortem* se refiere.

**CUARTA.-** En el Reglamento en Materia de Investigación para la Salud se puede determinar de manera implícita la prohibición de la *inseminación artificial post mortem* en virtud de que se establece que el uso de la fertilización asistida solo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera en términos de su artículo 56.

**QUINTA.-** Es indispensable que la Ley General de Salud y sus respectivos reglamentos regulen de manera adecuada el sistema mediante el cual deben operar los bancos de gametos, los centros autorizados y calificados para la práctica de las técnicas de reproducción asistida, sus aplicaciones complementarias o sus derivaciones científicas en donde existan constancias de que el material reproductor a utilizarse por lo que se refiere a la inseminación artificial *post mortem* corresponde a persona determinada, es decir, al cónyuge fallecido, de tal manera que exista la certeza de paternidad biológica. Se deberá contar con una adecuada historia clínica de los pacientes, con el equipo médico necesario para realizar cuantos estudios estén establecidos reglamentariamente; el médico tratante debe ser especialista en el uso de dichas técnicas y estar legalmente autorizado para profesar y ejercer la medicina.

**SEXTA.-** El menor procreado mediante la IAPM, nacerá en a mayoría de los casos, después de los trescientos días, de la disolución del vínculo del matrimonio de sus padres, causado por la muerte del esposo, por lo que se considera un hijo nacido fuera del matrimonio de sus progenitores, razón por la que se le deja en estado de indefensión al no resolverse su filiación paterna y por lo tanto se ve afectado en los diversos derechos que le corresponden, tales como, el derecho a tener apellido y recibir alimentos; a ser reconocido en su

carácter de hijo biológico como pariente consanguíneo respecto de la familia de su progenitor y las demás consecuencias jurídicas que de este tipo de parentesco derivan, lo cual lo ubica en un plano de desigualdad y de discriminación.

**SÉPTIMA.-** La propuesta que se presenta con el propósito de dar solución a los problemas filiatorios en la IAPM. Consiste en adicionar el artículo 353 QUINTUS al Código Civil para el Distrito Federal cuya redacción es la siguiente:

**353 QUINTUS.-** *El producto que hubiese sido fecundado o implantado en el útero materno por medios artificiales con posterioridad a la muerte del progenitor gozará de todos los derechos y facultades inherentes a la filiación paterna, siempre y cuando se de cumplimiento a los siguientes requisitos:*

*I.- Que así lo haya dispuesto el progenitor mediante declaración unilateral de voluntad consignada en instrumento público o testamento público abierto, en donde manifieste su consentimiento;*

*II.- Que el progenitor haya reconocido previamente como su hijo al producto de:*

*a) La fecundación artificial llevada a cabo por su cónyuge supérstite con su material reproductor con posterioridad a su muerte y sea viable conforme a lo dispuesto en el artículo 337 ó;*

*b) La fecundación in vitro llevada a cabo con su material reproductor y el de su cónyuge durante su vida, pero implantado en el útero de la misma con posterioridad a su muerte y sea viable conforme a lo dispuesto en el artículo 337;*

*III.- Que la cónyuge supérstite no haya contraído nuevas nupcias y otorgue consentimiento informado y expreso en términos de las disposiciones en materia de salud vigentes para someterse a la práctica de las técnicas de reproducción asistida con posterioridad al fallecimiento de su cónyuge y se compruebe que el material reproductor efectivamente pertenecía a éste.*

*No obstante lo dispuesto en la fracción anterior el consentimiento para la aplicación de dichas técnicas, en las circunstancias antes mencionadas*

***puede revocarse en cualquier momento antes de la práctica de las mismas.***

**OCTAVA.-** En caso de presentarse la Inseminación artificial *post mortem* y omitir su regulación se vulneraría la Convención Sobre los Derechos del Niño por lo que hace al numeral tres, en donde se proclama por atender el interés superior del niño como medida preponderante que deberán procurar los órganos legislativos, entre otras instituciones, con el propósito de que los Estados Parte, de entre los cuales destaca nuestro país, se comprometan a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar.

**NOVENA.-** Bajo el supuesto de la IAPM se contraponen el derecho a la libertad procreacional y el de la paternidad responsable, el uso de éste método es considerado como un interés egocéntrico de preservar la vida del marido a partir de la concepción de un hijo, o con el propósito doloso de reclamar una herencia, a simple vista conforme a los argumentos anteriores, resultaría injusto un nacimiento provocado bajo dichas circunstancias.

**DÉCIMA.-** Si bien es cierto que en la práctica de la *inseminación artificial post mortem* se sujeta al menor a carecer de antemano de uno de sus progenitores, como sucede en el caso del hijo póstumo o en el caso del hijo de una madre soltera, con la salvedad de que en estos casos no se eligió apriorísticamente que el hijo naciera en un hogar sin padre, también lo es que el tener a ambos padres no constituye garantía de bienestar para el menor, en virtud de una serie de circunstancias que se pudiesen llegar a presentar, como es el caso de la violencia física y emocional, el abandono de hogar entre otros múltiples factores que repercuten en la formación de familias disfuncionales que incluso pueden incidir en trastornos mentales severos para el menor.

**DÉCIMA PRIMERA.-** El embarazo en la Inseminación artificial *post mortem* será premeditado y previsto por los padres para el cuidado del menor por su madre bajo las condiciones de vida favorables, precisamente porque fueron planeadas, a diferencia de tantos hijos “no deseados” situación que influye de manera particular en su desarrollo psicológico y emocional.

**DÉCIMA SEGUNDA.-** La inseminación artificial *post mortem* puede presentarse en el caso de que la pareja sea completamente capaz de procrear un hijo pero que tuviese conocimiento previo sobre un riesgo cierto de muerte próxima del varón, una enfermedad grave o terminal ó por temor del marido a morir porque vaya a ser sometido a una intervención quirúrgica riesgosa, circunstancias que le hicieran recurrir a depositar su material reproductor en un banco de semen (en crioconservación), o que incluso durante la vida del cónyuge la pareja se sometiera al tratamiento por estas técnicas y quedara en estado de “pendiente” la Inseminación Artificial, por lo que con posterioridad sea posible llevar a cabo al quedar preparado el material reproductor del varón.

**DÉCIMA TERCERA.-** El proceso de la inseminación artificial *post mortem* deberá llevarse a cabo mediante las técnicas de reproducción asistida. Como lo son la Inseminación Artificial (IA), o bien, a través de la Fecundación *In Vitro* con Transferencia de Embrión (FIVTE), con las diversas modalidades y grados de artificialidad que pueden llegar a presentar, en ningún caso deberá tratarse de una fecundación coital porque de ser así estaríamos en presencia de la figura del hijo póstumo.

**DÉCIMA CUARTA.-** La IAPM se debe limitar a la utilización del material reproductor del esposo sin la intervención de un donante, no será aceptable la fecundación heteróloga, por lo que es necesaria la existencia del vínculo matrimonial o de concubinato con el propósito de imputar la paternidad.

**DÉCIMA QUINTA.-** Debido a la importancia del consentimiento en la inseminación artificial *post mortem*, éste necesariamente se hará constar de manera fehaciente e indubitable, el medio idóneo será que se otorgue es en escritura pública mediante declaración unilateral de la voluntad o testamento público abierto, en donde el cónyuge que desee la realización de esta técnica de fecundación asistida, hará constar que el material genético que ha dejado en crioconservación en un banco de semen puede ser utilizado cuando se configure el hecho jurídico de su fallecimiento para fecundar a su mujer, con el propósito de que ésta se insemine artificialmente para tener un hijo que será de ambos.

**DÉCIMA SEXTA –** El reconocimiento previo de la paternidad debe ser un acto voluntario y válidamente realizado al formalizarse en instrumento público, a través de testamento público abierto, toda vez que en este acto personalísimo se puede disponer de los bienes y declarar y cumplir derechos para después de la muerte, la necesidad de que se realice en este tipo de testamento deviene de la naturaleza misma del acto, que por tratarse de una disposición especial es indispensable que se lleve a cabo ante fedatario público, por ser el testamento uno de los medios por los cuales se puede llevar a cabo el reconocimiento de hijos.

**DÉCIMA SÉPTIMA.-** El consentimiento de la cónyuge supérstite al igual que el de su marido debe constar de manera fehaciente a través del consentimiento informado, el cual puede ser entendido como el acto de decisión libre y voluntario realizado por una persona competente, por el cual acepta las acciones diagnósticas o terapéuticas sugeridas por sus médicos, fundando en la comprensión de la información revelada respecto de los riesgos y beneficios que le pueden ocasionar y que además para su configuración debe reunir los requisitos de: a) Libertad de decisión; b) Explicación suficiente y c) Competencia para decidir.

**DÉCIMA OCTAVA.-** La capacidad para ser sometido a las técnicas de reproducción asistida bajo el supuesto de la inseminación artificial *post mortem* deberá ser la de ejercicio, en virtud de que se requiere la madurez de la cónyuge supérstite para comprender la trascendencia del uso de éstos métodos que además, deberán obtener el certificado médico respectivo en donde se establezca la viabilidad del procedimiento determinándose la aptitud psicológica de la mujer para ser inseminada artificialmente.

**DÉCIMA NOVENA.-** La mujer que consienta en llevar a cabo el procedimiento de la inseminación artificial con posterioridad a la muerte de su excónyuge no deberá contraer segundo matrimonio hasta que no nazca el hijo producto de la inseminación o fecundación *post mortem* llevada a cabo con el material reproductor de quien en vida fue su marido y se resuelva su situación jurídica, con el propósito de que no se generen problemas para determinar la filiación del menor por encuadrarse en los supuestos del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, de tal forma que si ha contraído segundas nupcias no deberá ser autorizada para ser fecundada con los gametos que provengan de quien fue su primer marido. De contraer segundas nupcias durante el proceso de gestación, el juez deberá decretar las medidas de apremio correspondientes y se aplicarán las disposiciones generales en materia de filiación.

**VIGÉSIMA.-** El término para llevar a cabo la inseminación artificial *post mortem* deberá ser de doce meses contados a partir de la muerte del *de cujus*, con motivo de la práctica de la inseminación artificial *post mortem*, fijándose únicamente por lo que a efectos en materia de sucesiones se refiere, ya que de no ser así se dejaría en estado de indefensión al menor nacido bajo dicha técnica. Dicho término es prudente para que la cónyuge otorgue el consentimiento para ser inseminada artificialmente, y además podrá analizar las consecuencias de dicho procedimiento y además prepararse psicológicamente

para tomar la decisión que mejor le parezca, en ejercicio de su derecho de libertad procreacional.

**VIGÉSIMA PRIMERA.-** En la inseminación artificial *post mortem* el causante, al morir, deja su semen para poder engendrar vida, así se produce la concepción y gestación del hijo denominado *súper póstumo*, tal y como lo establece nuestra disposición civil únicamente serán capaces para adquirir por herencia los que se encuentren concebidos al momento de la muerte del autor de la sucesión, por lo que aquellos que no estén concebidos en ese tiempo carecerán de personalidad para heredar, por lo anterior se propone la siguiente reforma al Código Civil para el Distrito Federal, respecto a su artículo 1314, adicionando un segundo párrafo, que es el que se presenta a continuación, y cuyo propósito consiste dar solución al conflicto planteado:

*“Artículo 1314.- Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337”*

***No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los hijos concebidos y nacidos por métodos artificiales con posterioridad a la muerte de su progenitor en términos de lo establecido en el artículo 353 QUINTUS serán capaces para heredar siempre y cuando el material reproductor del de cujus pueda ser utilizado dentro de los doce meses siguientes a su fallecimiento con el propósito de fecundar a quien en vida fue su cónyuge.***

**VIGÉSIMA SEGUNDA.-** Se deben tomar en cuenta en el caso de la inseminación artificial *post mortem* algunas de las disposiciones similares a las que se siguen cuando la viuda queda encinta, por lo que al respecto la cónyuge que haya decidido someterse al procedimiento de inseminación artificial *post mortem* deberá informar al Juez de lo Familiar, con el objeto de salvaguardar

los derechos del menor que nace bajo esta técnica y se notifique a los posibles herederos que se vieran afectados. Asimismo, el juez deberá dictar las medidas provisionales que considere pertinentes a fin de que la inseminación artificial se practique en los términos legales que se establezcan, se trate efectivamente de una inseminación con semen del esposo fallecido y no se sujete a hechos ilícitos.

**VIGÉSIMA TERCERA.-** La inseminación artificial *post mortem* podría admitir la posibilidad de sujetarse a los contratos de gestación, en caso de que la regulación de los mismos fuera favorable exclusivamente por lo que al inciso b de la definición que se propone a continuación se refiere en el caso de que la cónyuge supérstite sea infértil y ésta pueda probarlo de manera indubitable y que el cónyuge varón tuviese conocimiento previo de infertilidad por parte de su esposa.

La denominada maternidad subrogada puede ser vista como un contrato que merecerá un trato especial dentro del derecho de familia, es por ello que por la relación que puede presentarse en la inseminación artificial *post mortem* se propone la siguiente definición:

***Contrato de gestación.- Es el acuerdo de voluntades en virtud del cual la pareja contratante unida en vínculo matrimonial o concubinato, en forma gratuita, encomienda a una mujer fértil la gestación de:***

***a) El embrión producto de la fecundación in vitro llevada a cabo, para su posterior implantación en el útero, con el material reproductor de ambos cónyuges por causas de infertilidad, el cual le es ajeno genéticamente a la gestante.***

***b) La inseminación artificial o fecundación in vitro llevada a cabo, para su posterior implantación en el útero, con el material reproductor del cónyuge varón de la pareja contratante; con el material reproductor de la gestante o de una tercera, por lo que a la primera se refiere ésta debe obligarse a renunciar a su vínculo materno filial a favor del progenitor biológico, otorgándole al efecto la patria potestad del menor de edad, de tal manera que la cónyuge del progenitor pueda adoptarlo; por lo que se refiere a la segunda se aplicarán las disposiciones generales de los donantes.***

***c) El embrión producto de la fecundación in vitro llevada a cabo con el material reproductor de la cónyuge siempre que ésta sufra de infertilidad y su cónyuge varón de esterilidad, en términos de la Ley General de Salud, con el material reproductor de un donante para su posterior implantación en el útero de la gestante, en este sentido la cónyuge podrá hacer uso de las pruebas genéticas como medio idóneo para desvirtuar la presunción materna de la gestadora en términos del artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal con el propósito de determinar el verdadero vínculo filial.***

Lo anterior con el propósito de llevar a cabo el desarrollo y nacimiento del niño para entregarlo posteriormente a la pareja contratante obligándose a éstos a su vez a cubrir los gastos necesarios derivados de la gestación y nacimiento.

No obstante lo anterior cuando ninguno de los miembros pudiera engendrar por causa de esterilidad no podrán celebrar este tipo de contratos.

## **Bibliografía:**

BARREDA GARCÍA A. Las Novísimas Leyes de Reproducción Asistida y Donación de Embriones y Fetos Humanos. Madrid (s.e) 1989.

BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, México, Ed Porrúa, 15ª Ed.1997, 732 Págs.

CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel, La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales. 7ª edición. México, Ed. Porrúa, 1992.

CÓRDOBA, Jorge Eduardo. Fecundación Humana Asistida: Aspectos Jurídicos Emergentes., Argentina, Ed Alberoni 2000. 72 Págs.

DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y Roberto Garzón Jiménez, Derecho Familiar y sus Reformas más Recientes la Legislación del Distrito Federal. 2ª edición. México, Ed Porrúa.2004. 459 Págs.

DE PINA, Rafael, Elementos de Derechos Civil Mexicano. Introducción Personas, Familia. Vol. I. 23ª ed. México, Ed. Porrúa 2004.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ Jorge Alfredo, Derecho Civil; Parte General, Personas Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez, México, Ed. Porrúa. 2003. 702 Págs.

FOUSTEL DE COULANGES. La Ciudad Antigua Estudio Sobre el Culto, el Derecho y las Instituciones de Grecia y Roma. México. Ed. Porrúa.2003.

GAFO, Javier, y José María Guerra Flecha, Dilemas Éticos de la Medicina, Actual II; Procreación Humana Asistida: Aspectos Técnicos Éticos y Legales, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1998. 232 Págs.

GALÁN CORTÉS, Julio César. Responsabilidad Civil Medica, España. Ed. Civitas 2005.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer curso. Parte General. Personas. Familia. 12ª edición. México, Ed Porrúa.1993. 758 Págs.

GAMAS TORRUCO, José. Derecho Constitucional Mexicano. Teoría de la Constitución. Origen y Desarrollo de las Constituciones Mexicanas Normas e Instituciones de la Constitución de 1917. México Ed. Porrúa. 2001.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción a la Lógica Jurídica. 8ª ed. México Ed. Colofón. S.A, 2001.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho Sucesorio Inter vivos y mortis causa. México. Ed. Porrúa, 1997, 373 Págs.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, El Patrimonio. El Pecuniario y el Moral o Derechos de la Personalidad, 7ª ed. México. Ed. Porrúa, 2002

HIDALGO ORDÁS, María Cristina. Análisis Jurídico-Científico del Concebido Artificialmente en el Marco de la Genética. Barcelona. Ed Bosch 2002. 246 Págs.

LÓPEZ FAUGIER, Irene. La Prueba Científica de la Filiación. México, Ed Porrúa. 2005. 131 Págs.

LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda, Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético. Ed. Depalma, Buenos Aires. 1995. 528 Págs.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime Derecho Reproductivo y Técnicas de Reproducción Asistida, Granada, Ed. Comares, 1998, 282 Págs.

MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, Nuevas Formas de Procreación y el Derecho Penal. Buenos Aires. Ed. Ad Hoc. 2001. 187 Págs.

MARTÍNEZ ALFARO Joaquín, Teoría de las Obligaciones. 10ª edición, México, Ed Porrúa, 2005, 4983 Págs.

PABLO SIMÓN, El Consentimiento Informado. Historia, Teoría y Práctica. Madrid, Ed. Triacastela, 2000, 479 Págs.

PACHECO ESCOBEDO Alberto, La Persona en el Derecho Civil Mexicano. Editorial Panorama, México (s.e) 1985.

RICO ÁLVAREZ, Fausto, et al. De la Persona y de la Familia en el Código Civil para el Distrito Federal, México, Ed, Porrúa. 2006, 401 Págs.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil I Introducción, Personas y Familia. 35ª edición. México, Ed. Porrúa, 2005, 540 Págs.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil IV, Contratos 20ª ed, México, Ed. Porrúa, 2004, 548 Págs.

SANCHEZ MEDAL, Ramón. De los contratos civiles. 17ª ed. México, Ed. Porrúa.1999.

SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, Filiación y Delito. Buenos Aires Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1990.

VIDAL MARTINEZ, Jaime, Las Nuevas Formas de Reproducción Humana ante el Derecho civil: Introducción y Panorama General . España. Ed. Civitas 1988.

ZANNONI, Eduardo. Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. Proyecciones Jurídicas. Buenos Aires. Ed. Astrea 1998.

## REVISTAS

ALFARO VICTORIA, Fernando. “*El consentimiento Informado en la práctica anestésica.*” Revista Mexicana de Anestesiología, N. 15 Vol. 29. Suplemento 1 abril- junio, año 2006. México. Colegio Mexicano de Anestesiología. Págs. 106-108.

PÉREZ FUENTES, Gisela María y Karla Cantoral Domínguez. “*El Consentimiento Informado*” Revista de Derecho Privado, N. 5. Año V. México nueva época, septiembre-diciembre 2006. México pp.59-87.

Aspectos legales y éticos del Consentimiento Informado en la atención medica en México. Revista Mexicana Patol. Clin México:2001. 48(1) Págs. 3-6.

## DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de derecho usual. Tomo III. Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1976.

Diccionario de medicina, España, Facultad de Medicina de la Universidad de Navarra, Madrid, Ed, Espasa Calpe, 1999.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Diccionario Jurídico Mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México. México, Ed. Porrúa. 1993.

Enciclopedia Universal Espasa-Calpe Tomo III. Madrid. 1931.

## LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Civil para el Estado de Coahuila.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco

Código Penal para el Distrito Federal.

Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal.

Ley General de Salud.

Ley General de Población.

### **Reglamentos**

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos, y sus Componentes y Derivados.

Reglamento en Materia de Investigación para la Salud

Reglamento en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica

Reglamento Interior de la Secretaría de Salud.

### **Tratados y Convenciones.**

Convención Sobre los Derechos del Niño

*Declaración de los derechos del niño*. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.

### **Normas Oficiales.**

NOM 005-SSA2-1993

### **PÁGINAS WEB**

AZNAR, Justo, *Estatuto Biológico Del Embrión Humano*. La cuestión relativa al estatuto del embrión humano, ¿persona? ¿cosa? ¿entre intermedio entre persona y cosa?, es tal vez la más conflictiva en el debate bioético contemporáneo. Roberto Adorno (2004). <http://www.notivida.com.ar>

Diccionario de la Real Academia Española. <http://www.rae.es>.

HERRASTI, Alicia y R.P. Pedro Herrasti S.M. *Inseminación Artificial Y Clonación* CURIA DEL ARZOBISPADO DE MÉXICO .Secretaría de Cámara y Gobierno. México, D.F., 17 de octubre de 1997.  
["http://www.laverdadcatolica.org/index.htm"](http://www.laverdadcatolica.org/index.htm).

HUERTA, Iván, *Abre sus puertas el primer banco de semen con muestras 100 por ciento mexicanas; grupos antiabortistas lo califican de macabro y aberrante* Revista "GENTE SUR". N 100, México: 15 de mayo de 2004.  
[www.gentesur.com.mx](http://www.gentesur.com.mx). 27 de enero de 2007

HUESCA, Patricia. "Baja hormonal precoz eleva infertilidad en México" La Crónica, México, 16 de febrero de 2007. <http://www.cronica.com.mx>.

INSTITUTO DE SEGURIDAD Y DE SERVICIOS SOCIALES PARA LOS TRABAJADORES DEL ESTADO. *Logra el ISSSTE la primera fecundación en probeta. El instituto, único organismo del sector público que aplica esta técnica de reproducción.* <http://www.issste.gob.mx>.

EL PAÍS. 2 de agosto de 1984, *El Juez autoriza a una viuda francesa a ser inseminada, con el esperma de su marido muerto Corinne Parpalaix dice ser "La mujer más feliz de Francia"./ El médico de Corinne Parpalaix confirma el fracaso de la Inseminación Artificial con el esperma de su marido fallecido.*  
[www.elpais.com/inseminacion/artificial/](http://www.elpais.com/inseminacion/artificial/).