

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

La alumna ROMERO CALVILLO MARGARITA, quien presenta el trabajo de:

TESIS

*Para optar por el título de Licenciado en Derecho con el tema de investigación
intitulado:*

*“LOS EFECTOS DE LA FILIACIÓN DERIVADO DE LOS MÉTODOS DE
REPRODUCCIÓN ASISTIDA”*

junio de 2016.

Ciudad Universitaria, CDMX



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO: SEMCIV/99/2016
ASUNTO: Aprobación de Tesis.

DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR, U.N.A.M.,
P R E S E N T E.

La alumna **ROMERO GALVILLO MARGARITA**, quien tiene el número de cuenta 090538216, elaboró bajo la asesoría y responsabilidad de la **MTRA. MARÍA DEL CARMEN MONTOYA PÉREZ**, la tesis denominada "**LOS EFECTOS DE LA FILIACIÓN DERIVADO DE LOS MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**", y que consta de 114 fojas útiles.

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

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

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, Cd. de México, a 7 de junio del 2016.

Mtra. María del Carmen Montoya Pérez.
Directora del Seminario, turno vespertino.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

Agradecimientos

A mi escuela:

A mí querida Universidad Nacional Autónoma de México, por darme una segunda oportunidad y ayudarme a recorrer el camino correcto y muy en especial a mi asesora Maestra María del Carmen Montoya Pérez por entregarme su sabiduría y apoyo en la realización del presente trabajo.

A mis padres:

Por proporcionarme las bases y herramientas de vida.

A mis hermanos:

Por ser siempre mi apoyo moral y espiritual incondicional y en especial a ti Lilia por sembrar en mi la semilla del regreso al conocimiento.

A Daniel:

Por ser el pilar de mi vida.

A mis hijos:

Por ser ustedes el motor de mi existir.

A Romy:

Por ser mi chispa de energía diaria.

LOS EFECTOS DE LA FILIACION DERIVADO DE LOS MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Introducción.	I
Capítulo 1. La filiación.	
1.1 Concepto.	1
1.2 Presunciones de filiación derivado del matrimonio y concubinato.	3
1.3 Posesión de estado de hijo.	6
1.4 Reconocimiento.	9
1.5 Determinación de la paternidad.	
1.5.1 Contradicción de la paternidad.	12
1.5.2 Investigación de la paternidad.	17
1.6 Determinación de maternidad.	19
1.7 Efectos de la filiación.	23
Capítulo 2. Métodos de reproducción asistida.	
2.1 Concepto.	29
2.2 Diferentes métodos de reproducción asistida.	
2.2.1 Fecundación artificial homóloga.	30
2.2.2 Fecundación artificial heteróloga.	34

2.2.3 Fecundación <i>in vitro</i>	37
2.2.4 Inseminación artificial <i>post mortem</i>	40
2.2.5 Maternidad gestante.	43
Capítulo 3. Antecedentes de los métodos de reproducción asistida.	
3.1 Europa.	48
3.2 América Latina.	51
3.3 Estados Unidos.	54
3.4 México.	57
Capítulo 4. Marco jurídico de los métodos de reproducción asistida.	
4.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	60
4.2 Código Civil Federal.	62
4.3 Ley General de Salud.	66
4.4 Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México.	70
Capítulo 5. Los métodos de reproducción asistida en el derecho comparado.	
5.1 España.	74
5.2 Francia.	76
5.3 Inglaterra.	78

5.4 Suecia.	80
5.5 Alemania.	82
5.6 Estados Unidos.	83
5.7 Argentina.	86
5.8 México.	89
5.8.1 Proyecto de decreto para adicionar la gestación subrogada a la Ley General de Salud del 31 de marzo del 2016.....	98
5.8.2 Crítica a la iniciativa.	100
Capítulo 6. Propuesta de Regulación de los métodos de reproducción asistida en el Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, en materia de filiación.	
6.1 Fundamento de la propuesta de reforma.	102
6.2 Propuesta de reforma al Código Civil para el Distrito federal, hoy Ciudad de México, en relación a los efectos de la filiación derivada de los métodos de reproducción asistida.	103
6.3 Justificación.	105
Conclusiones.	107
Bibliografía.	110

Introducción.

Actualmente el problema de la infertilidad continúa en aumento y ésta se da por diversos aspectos que pueden ser desde biológicos, genéticos, abuso de anticonceptivos para postergar la maternidad, por entrar la mujer al campo laboral ampliamente e inclusive por estrés, entre otros.

Es por ello que las parejas tanto heterosexuales como homosexuales y las personas solas buscan una solución a su deseo de reproducción. Esos diversos motivos que tienen los individuos dan origen a que se acuda a los diversos métodos de reproducción asistida que actualmente existen.

La ciencia en materia de genética se ha desarrollado rápidamente y rebasa actualmente a las normas legislativas que rigen a la filiación; surge el conflicto de llenar esos vacíos legales para dar certeza jurídica al hijo procreado por medio del uso de técnicas de reproducción asistida.

Se considera que en protección de los menores nacidos por medio de las técnicas de reproducción asistida, debe emitirse una normatividad que las regule en donde se debe priorizar el interés del menor antes que el deseo de reproducción de los pretendidos padres que buscan así solucionar su problema de infertilidad ya que en ocasiones no analizan las posibles consecuencias tanto morales, sociales y jurídicas que su decisión conlleva.

Es de vital importancia analizar y conocer las diferentes técnicas de reproducción asistida que existen antes de someterse a ellas y de tratar de utilizarlas; saber las

consecuencias legales que traerán tanto a los futuros padres como al menor que se trata de procrear.

Así mismo, es importante para el jurista de hoy conocer todos los posibles problemas que pueden surgir al utilizar alguno de los métodos existentes; además de conocer las normas que actualmente rigen el tema de estudio para localizar en donde hace falta poner énfasis sobre los problemas planteados y determinar cuáles de ellos no son resueltos hoy con la ley vigente y a cuáles de ellos les hace falta una legislación.

Al compararlo con su aplicación en otros ámbitos normativos se podrá observar en qué nivel legislativo se encuentra actualmente nuestro país en cuanto al tema y así determinar en donde se encuentran las lagunas legales que hacen falta resolver para esclarecer la problemática existente.

El presente trabajo inicia con el estudio de la filiación partiendo de su concepto, presunciones, posesión de estado de hijo, reconocimiento, determinación de la paternidad, contradicción e investigación de la paternidad; determinación de la maternidad y, finalmente los efectos de la filiación.

En el capítulo segundo se hace el análisis de los diferentes métodos de reproducción asistida; desde la fecundación artificial homóloga, heteróloga, fecundación *in vitro*, inseminación artificial *post mortem* hasta la maternidad gestante.

Por lo que se refiere al capítulo tercero se hace el estudio de los antecedentes de las técnicas, para en el siguiente capítulo referirnos a su marco jurídico en México,

posteriormente en el capítulo quinto nos referimos al derecho comparado verificando las legislaciones de España, Francia, Inglaterra, Suecia, Alemania, Estados Unidos, Argentina y desde luego México.

Finalmente, se hace la propuesta para regular lo que creemos es necesario como primer punto de partida para solucionar la laguna legal en la que hoy nos encontramos y que es primordial para solucionar los casos que continúan multiplicándose hoy en muchas clínicas que se están aplicando y que operan aún sin reglamentación y en la que los afectados no encuentran en qué ley fundamentar sus derechos vulnerados.

Es importante destacar que el Distrito Federal a partir del 2 de febrero del 2016 es parte de un Estado más para la República Mexicana llamado Ciudad de México, pero que en el desarrollo del presente trabajo el citado Código Civil para el Distrito Federal se nombrara “vigente”, ya que hasta el día de la terminación de este trabajo no ha tenido cambio de denominación.

Capítulo 1. La Filiación.

1.1 Concepto.

En relación a la definición de filiación en el Diccionario Jurídico Mexicano encontramos “(Del latín *filiatio-onis*, de *filius*, hijo). La relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre y la madre y su hijo se conoce jurídicamente como filiación. Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole.”¹

En el Código Civil vigente se define en el artículo 338 así: “La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.”

Dicha hipótesis normativa define equivocadamente a la filiación ya que ésta en realidad es la relación jurídica que se establece entre el hijo y sus progenitores y no al revés, por lo que la relación que se da entre padre y su hijo se llama paternidad y a su vez la relación entre madre con su hijo es maternidad.

Para Baqueiro Rojas la filiación “Es la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y madre y su hijo, a los cuales la ley atribuye derechos y deberes.”² Es por ello que hacemos notar que es un vínculo que genera derechos y obligaciones para todas las partes involucradas, es vital para la constitución de una familia de ahí que destaquemos su importancia.

¹ *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Tomo D-H. 1ª edición. Porrúa. México. 2005. p. 1699.

² Baqueiro Rojas, Edgard. *Derecho de familia*. 2ª edición. Oxford University Press. México. 2009. p. 179.

La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia que haya causado ejecutoriada que así lo declare (artículo 60 Código Civil vigente). Además, también deriva de la figura jurídica de la adopción y del uso de técnicas de reproducción asistida como veremos más adelante.

De tal manera que no se puede renunciar a ella, la situación de cómo es que se da ésta es la que hace la diferencia, al ser establecida por el nacimiento y la situación jurídica que prevalece en ese instante con los padres, es lo que va a determinarla. Actualmente no se hace ninguna diferencia entre los hijos que nacen dentro de la Institución del matrimonio con los que nacen fuera de este.

En razón de lo anterior es que se ha clasificado a la filiación en: filiación consanguínea o biológica, filiación institucional o adoptiva y filiación artificial.³

La filiación consanguínea o biológica es la que se determina por la situación del nacimiento. Anteriormente y equivocadamente se dividía en legítima o ilegítima haciendo una injustificada división entre los hijos que nacían de matrimonio y los que no; y que afortunadamente actualmente ya no existe.

La filiación institucional o adoptiva que se da cuando se reúnen los requisitos exigidos por ley para adoptar a un menor; pero ahora con la adopción plena el adoptado pasa a formar parte de su familia con todos los derechos y obligaciones y a equipararse a la filiación consanguínea.

³ Almazán Cué, Juan Pablo. *De la filiación resultante a través de la aplicación de técnicas de fecundación humana asistida*. Flores editor y distribuidor. México. 2008. pp. 16-24.

Y finalmente, la filiación artificial que es la resultante del uso de las técnicas de reproducción asistida y que necesita de certeza jurídica para que la filiación derivada de ella sea establecida fácilmente por las leyes mexicanas, además de ser la que da origen al presente trabajo.

Como ya se expuso la filiación es una de las instituciones más importantes porque con ella se determinará tanto la maternidad como la paternidad y con esto los vínculos legales que establecerán las obligaciones y derechos respectivos de cada uno de ellos con relación al hijo.

1.2 Presunciones de filiación derivado del matrimonio y concubinato.

En el Código Civil vigente podemos ubicar correctamente la forma de determinar la filiación dentro de la institución del matrimonio, como en el artículo 324 que nos menciona que son hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario, los nacidos dentro de la unión.

Además, también se determina la filiación para los menores nacidos dentro de los trescientos días de terminado el vínculo, independientemente de si la disolución fue por nulidad, muerte del cónyuge o por divorcio; teniendo como excepción que la mujer contraiga nuevas nupcias.

La razón de establecer los trescientos días, se debe naturalmente, para considerar el periodo máximo de gestación que comprende diez meses y la de la protección jurídica del menor por nacer. Las que harán prueba plena serán el acta de nacimiento, el acta de matrimonio y el documento que compruebe el consentimiento

de autorización si se hace uso de las técnicas de reproducción asistida, este último en caso de controversia.

Aunque haya habido buena o mala fe de parte de los cónyuges en la celebración del enlace, los hijos nacidos durante su vigencia serán hijos de matrimonio y así se les considerará, independientemente de que la mujer haya estado encinta antes de contraer nupcias, mientras el nacimiento haya sucedido dentro de la unión. Sólo podrá perderse la filiación adquirida por sentencia ejecutoriada y en ese caso se podrá ejercer la acción para que se le restituya.

El marido posee el derecho para contradecir la paternidad tomada de la presunción antes indicada si demuestra el no haber podido tener relaciones sexuales con su cónyuge dentro de los primeros ciento veinte días de esos trescientos, si se le ocultó el nacimiento, pudiendo ofrecer alguna otra prueba que por el avance de conocimientos científicos se pueda proponer; tal situación la regula el artículo 325 del Código Civil vigente.

Sin embargo, el progenitor no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son sus hijos a menos que concurra alguna de las posibilidades del artículo antes citado; para ejercer la acción de contradicción cuenta con un término de sesenta días para ejercer a partir de que tuvo conocimiento del nacimiento.

Hasta aquí no es tan difícil establecer el vínculo filial, el problema comienza cuando una pareja cohabita en concubinato, pues aunque la presunción de hijo de los concubinos se establece también de la unión, si nace durante la vigencia del

concubinato o trescientos días después de su disolución, la filiación con respecto a la madre se determinará por su nacimiento principalmente y con el padre por reconocimiento voluntario o por sentencia judicial que así lo acredite (artículo 360 Código Civil vigente).

Pero además, cabe hacer la aclaración de que surge la filiación con respecto al hijo y los progenitores con el documento respectivo que acredite fehacientemente que otorgaron su consentimiento en caso de utilizar alguna técnica de reproducción asistida.

Por otra parte, es de indicar que hasta que surge el Código Civil para el Distrito y Territorio Federales de 1928, es cuando se guían las presunciones de filiación concubinaria. Haciendo notar los términos jurídicos para establecer si los hijos que nacen dentro del concubinato se presumen hijos de los concubinos.

Aunque ha querido el legislativo equiparar la figura de la institución del matrimonio con el concubinato, en el caso de éste último no existe prueba fehaciente de establecer su vigencia con un documento jurídico tal como sucede en el caso de una relación marital jurídica.⁴

Ahora bien, para que sea válido el reconocimiento voluntario, el que se ostente como padre debe de tener la edad exigida por ley para contraer matrimonio en el caso de que éste se llevara a cabo y si es menor de edad tener autorización de su

⁴ López Faugier, Irene. *La prueba científica de la filiación*. Porrúa. 1ª edición. México. 2005. pp. 182-190.

tutor legal o en su defecto, autorización judicial para poder llevarlo a cabo (artículo 362 Código Civil vigente).

Pero además, cabe mencionar que si se demuestra que algún menor de edad sufrió error o engaño en su decisión de registrar como su hijo a un niño, se anula el reconocimiento y lo podrá intentar de nuevo hasta cuatro años posteriores a su mayoría de edad.

Para que operen las presunciones de ser hijo de los concubinos se tiene que acreditar la existencia del concubinato y que consiste en que ambos deben ser solteros, tener una vida en común y permanente, haber vivido en unión como mínimo dos años o si es menor el tiempo, que hayan procreado un menor junto.

La filiación es fácil de establecer si el padre reconoce al menor, en caso contrario la madre puede intentar la acción de imputación de paternidad por vía judicial cuando el reconocimiento no es voluntario y que así quede determinado, enfatizando que el reconocimiento no es revocable.

1.3 Posesión de estado de hijo.

La posesión de estado de hijo “consiste en una serie de actos jurídicos o materiales mediante los cuales se manifiesta el derecho al estado en cuestión.”⁵

Este es un estado que tienen los hijos de una pareja y en el que se hace uso de él cuando no aparece el acta o ésta tiene defecto, está incompleta y no hay forma de que se demuestre su filiación. En defecto de esta posesión la ley acepta todos los

⁵ *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Tomo D-H. 4ª edición. Porrúa. México. 1991. p. 1328.

medios de pruebas para su demostración, incluso aquellas que provengan del avance científico, excepto la testimonial a menos que sea estrictamente necesario y por escrito (artículo 341 Código Civil vigente).

Para que se demuestre la posesión de estado de hijo es necesario que los padres hayan vivido con el menor cómo familia públicamente, que igualmente se les reconozca que son ellos; efectivamente, las personas que forman parte de su ascendencia.

Además de lo anterior, deben concurrir algunas de las siguientes circunstancias: que al menor lo traten como hijo al proporcionarle alimentos, educación y un hogar; que el niño utilice el apellido de ambos padres con el consentimiento de éstos y que el progenitor que lo va a reconocer tenga la edad necesaria para poder casarse si hipotéticamente lo hiciera (artículo 343 del Código Civil vigente).

En ese sentido para efecto de ejemplificar el tema citamos la siguiente jurisprudencia:

“POSESIÓN DE ESTADO DE HIJO, PRUEBA DE LA (LEGISLACIÓN
DEL ESTADO DE PUEBLA).

De conformidad con el artículo 547 del Código Civil para el Estado de Puebla, la filiación puede probarse en juicio, por la posesión de estado de hijo de las personas a quienes se señalan como padres, entre otros casos, cuando las actas que existieren fueran defectuosas, incompletas o declaradas judicialmente falsas; asimismo, el artículo 548 del citado ordenamiento legal establece que la posesión de estado se justificará

demostrando por los medios ordinarios de prueba que el interesado ha sido tratado por el presunto padre o por la familia de éste como hijo del primero; que ha usado constantemente su apellido y que éste ha proveído constantemente a su subsistencia, educación y establecimiento. Ahora bien, de los preceptos legales invocados se infiere con meridiana claridad que para justificar la posesión de estado de hijo no se requiere el reconocimiento expreso de parte del progenitor, sino que simplemente acreditar los elementos a los que ha hecho mención, porque precisamente el incidente es una forma alternativa de demostrar la filiación ante la ausencia del reconocimiento expreso.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito.”⁶

Amparo en revisión 332/2001. Instituto para la Asistencia Pública del Estado de Puebla. 11 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Ma. Elisa Tejada Hernández. Secretario: Nelson Loranca Ventura.

Como se puede observar en la tesis jurisprudencial anterior, basta con que concurren el nombre, trato y fama para que se dé por acreditado el estado de hijo y sea otra forma de reconocimiento válida en nuestro ordenamiento legal para acreditar la filiación.

⁶ Tesis VI. 2o.C.225C. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena época. Primera Sala. Tomo XV. Marzo de 2002. p. 1417.

Así mismo, la posesión de estado de hijo es una prueba necesaria en el caso de fallecimiento de ambos padres y que además no se cuente con el acta de matrimonio, para que el hijo pueda comprobar su origen y con ello tener acceso a los derechos que con ella se derivan, el requisito sería que debe coincidir su nombre con el del acta de nacimiento.

Por lo que se hace notar que es otra forma de comprobar la filiación cuando no existen otras formas legales de hacerlo y que es perfectamente válida para otorgar certeza jurídica a los menores, pero que debe ser realizada conforme a las normas legales aplicables para su eficacia.

1.4 Reconocimiento.

“Es la manifestación espontánea de voluntad de uno o de ambos progenitores de considerar como hijo al habido fuera de matrimonio.”⁷ Es el requisito jurídico indispensable para que tenga efecto la filiación en caso de no existir unión marital y no es revocable. El reconocimiento puede realizarse por medio de dos formas: voluntario o por sentencia judicial.

El reconocimiento voluntario tiene como requisito legal que el que lo va a tramitar sea mayor de edad y tenga capacidad jurídica; pero si se trata de un menor de edad, debe tener como mínimo la edad requerida para poder casarse más la edad del menor, si ese fuera el caso y además que cuente con el consentimiento de su

⁷ *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Tomo P-Z. 4ª edición. Porrúa. México. 1991. p. 2690.

representante legal, el Ministerio Público puede oponer una acción contradictoria contra un reconocimiento realizado por un menor si a éste lo afecta.

El artículo 60 del Código Civil vigente nos señala que padre y madre están obligados a reconocer a sus hijos y señala como requisito; en el caso de no estar casados, que deben realizarlo ambos en el registro civil o por medio de sus representantes legales.

Si se realiza por medio de sus representantes se necesitará un poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante notario público, Juez de lo Familiar o de Paz (artículo 44 del Código Civil vigente).

Atendiendo a la reforma del Código de Procedimientos Civiles vigente del 9 de julio del 2014, en el Título décimo octavo del juicio oral en materia familiar, en el capítulo I Disposiciones Generales, artículo 1019 encontramos que se tramitarán las controversias relacionadas con la filiación dentro de esa vía, ésta reforma entró en vigor en agosto del 2014.

Otra forma de reconocimiento es por medio de un testamento o por escritura pública. El testamento es un acto jurídico, unilateral, personalísimo, revocable por medio del cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara y cumple deberes para después de su muerte. En un testamento, aunque éste se revoque el reconocimiento no corre con la misma suerte y sigue surtiendo efecto.

El reconocimiento voluntario puede realizarse por un solo progenitor o por ambos, pero el que lo realiza no puede exigir el nombre del otro ascendiente y los efectos

sólo rigen para con él y no así para el que no comparece al reconocimiento. Aunque el reconocimiento sea posterior, los hijos adquieren sus derechos desde la fecha de su nacimiento.

Si no viven juntos los padres y reconocen al menor; deberán establecer quien ejercerá la guarda y custodia del hijo. En caso de no ponerse de acuerdo lo determinará el Juez de proceso oral en materia familiar. Por otra parte, si el hijo es registrado en tiempo diferente, el cuidado lo ejercerá quien realice primero el reconocimiento, independientemente de lo que valore el juez posteriormente.

Luego entonces, el reconocimiento se lleva a cabo por medio de su partida de nacimiento, acta especial hecha por juez, escritura pública, testamento o por confesión judicial. El reconocimiento por ambos ascendientes realizado en su partida de nacimiento se efectúa ante el registro civil acudiendo ambos padres y exhibiendo la constancia de alumbramiento, además de presentar al menor para que se levante el acta correspondiente.

Es dentro de un juicio oral en materia familiar, en donde se tramitará cualquier procedimiento relativo a la filiación, y en éste caso cuando alguno de los padres no quiere reconocer a un menor y por ello se ejercita una acción para obtener una sentencia judicial que dictamine la paternidad o maternidad en controversia.

Las formas de reconocimiento mencionadas, son las únicas aceptadas legalmente, si se ofrecen otro tipo de pruebas diferentes a las enumeradas no producirán ningún efecto; pero podrán ser utilizadas como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad ya que figuran como prueba plena en este procedimiento.

En el caso del reconocimiento, aunque éste sea posterior, los hijos adquieren derechos desde la fecha de nacimiento, pueden llevarlo a cabo ambos padres al mismo tiempo o cada uno por su lado, igualmente deben ser mayores de edad y en caso de no serlo contar con el consentimiento de su tutor legal.

Es importante resaltar que el hijo de una mujer casada no puede ser reconocido por otro hombre distinto al marido, sólo en caso de que éste último lo haya desconocido y que además exista una sentencia ejecutoriada que así lo demuestre se podrá romper con el reconocimiento previamente adquirido.

Los efectos del reconocimiento para establecer la filiación son en función de la protección de la familia y de los derechos del niño y el de llevar los apellidos de sus progenitores o los dos del que lo reconozca, derecho a ser alimentado y derechos sucesorios principalmente, como lo señala el artículo 389 del Código Civil vigente.

El hijo reconocido menor puede reclamar contra la acción de su reconocimiento al alcanzar su mayoría de edad; su acción prescribe dos años después de haber cumplido 18 años. Si se quiere reconocer a un mayor de edad se necesita del consentimiento de éste para que pueda proceder.

1.5 Determinación de la paternidad.

1.5.1 Contradicción de la paternidad.

Para poder contrarrestar una paternidad primero tiene que haber nacido un hijo, es decir que se haya desprendido completamente del seno materno, que viva por lo menos veinticuatro horas o sea presentado vivo ante el registro civil y que haya una

controversia por la paternidad, sólo así se podrá entablar una acción por este hecho (artículo 337 Código Civil vigente).

El procedimiento para llevar a cabo la contradicción de la paternidad es interponiéndolo ante jueces de proceso oral en materia familiar, realizado por persona interesada, esto atendiendo a la reformas vigentes en juicios orales en materia familiar.

El marido no puede desconocer a los hijos que haya tenido con su esposa alegando adulterio, aunque ella se lo confirme, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre que dentro de los ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento no tuvo acceso carnal con su cónyuge o que además, si durante el matrimonio dio su consentimiento para que se lleven a cabo alguna de las técnicas de reproducción asistida.

Así mismo, tampoco el cónyuge varón podrá contradecir la paternidad si acudió personalmente al reconocimiento en el Registro Civil y otorgó su consentimiento, igualmente al reconocer públicamente como suyo al menor y si el hijo nació no apto para vivir.

Por lo que hace a la carga de la prueba en un procedimiento de contradicción de paternidad es de indicar que recae en el marido, en lo que respecta a comprobar la imposibilidad de acceso carnal con su mujer, ya que pueden ser diversas causas las que pudieron ocasionarlo, entre ellas, el trabajar fuera de su ciudad o país, ser deportado, impotencia, tener una pena privativa de la libertad, entre otras.

Igualmente le corresponde la carga de la prueba al varón, si se da el caso de alegar el adulterio de su esposa, porque no sólo basta su dicho, sino que además hace falta que el embarazo se le haya ocultado para poder corroborar una conducta culposa.⁸

La acción la puede llevar a cabo el marido que busca desconocer al hijo, su tutor o sus herederos; será el tutor en caso de que el esposo haya sido declarado en estado de interdicción y éste se encuentre bajo tutela, los herederos si muere el cónyuge y éste ya había comenzado la acción. El tiempo para ejercitar la acción que le corresponde al esposo, es de sesenta días si es que está presente, desde que llegó, sí estuvo ausente, o desde el día que descubrió el nacimiento oculto.

Si está bajo tutela la ejercita el tutor y al salir de ésta tiene el mismo tiempo para interponerla. Si muere durante el procedimiento lo pueden continuar sus herederos. Dentro del proceso se citarán como partes, además a la madre y al hijo, a éste último se le designará un tutor interino. Pero todas estas pruebas se llevarán a cabo con excepción de que si autorizó en vida alguna de las técnicas de reproducción asistida no prosperarán.

No basta el dicho de la madre para excluir la paternidad a un varón, mientras esté vivo solo él puede ejercitarla (artículo 345 Código Civil vigente). Pero si se lleva a cabo el ejercicio de una acción para demostrar por medio de prueba biológica o del avance de conocimientos científicos y el presunto padre se niega a realizar la prueba se presumirá que es el progenitor.

⁸ López Faugier, Irene. *La prueba científica de la filiación*. ob. cit. pp. 231-236.

Se cita a continuación una tesis jurisprudencial para determinar y al mismo ejemplificar la contradicción de la paternidad.

“PATERNIDAD. SUJETOS LEGITIMADOS PARA IMPUGNARLA.
(LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

La interpretación sistemática del título séptimo del Código Civil para el Distrito Federal, relativo a la filiación, lleva a sostener que los únicos sujetos legitimados para incoar el juicio de impugnación de la paternidad son los expresamente señalados en la ley: el cónyuge varón, la madre y el hijo, por ser las personas a las que atañe directamente el vínculo biológico que mediante la acción de desconocimiento de paternidad se cuestiona. Al respecto, cabe precisar que la legitimación para impugnar la paternidad no viene dada por las relaciones afectivas, la convivencia o la procuración de cuidados existentes en una familia, sino por el cuestionamiento de un nexo biológico, al que subyace una posible relación entre el padre y la madre, así como el vínculo genético, entre el padre y el hijo. De ahí que sólo las personas mencionadas –a quienes el reconocimiento o destrucción de ese nexo biológico involucra- estén legitimadas para impugnarlo. Lo anterior cobra sentido al considerar que en los juicios de impugnación de paternidad únicamente se cuestiona un vínculo biológico, sin que de resultar el mismo inexistente, se establezca filiación alguna. Es decir, a diferencia del reconocimiento de paternidad, en el que un varón asume ciertas obligaciones frente a un menor, o cuando algún varón distinto al marido cuestiona la paternidad biológica

de este último a fin de reclamarla para sí mismo, el efecto jurídico del desconocimiento de paternidad es dejar a una persona huérfana de padre. Si dicha circunstancia fue impulsada por el cónyuge varón, la madre o el hijo, la acción es legítima. En el caso de que no se trate de ellos, se estima que no es posible validar la desprotección que la exclusión de la paternidad implicaría para el hijo, máxime tratándose de un menor de edad.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 12/2012. 12 de junio de 2013. Mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Disidentes: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho a formular voto particular, y Olga Sánchez Cordero García Villegas. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Mireya Meléndez Almaraz.”⁹

Por consiguiente, se desprende de la anterior tesis jurisprudencial que los únicos actores competentes para realizar una impugnación de paternidad son los directamente involucrados en la relación, ya que los resultados del juicio efectuado afectarán exclusivamente a ellos.

⁹ Tesis 1ª XXXV/ 2014. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima época. Primera Sala. Libro 3. Febrero de 2014. p. 676.

1.5.2 Investigación de la paternidad.

Para la jurista Sara Montero Duhalt es “El derecho que tiene el hijo o la madre, de ejercitar una acción para que, si las pruebas que se presenten son suficientes a juicio del juez, se impute la paternidad a un determinado sujeto.”¹⁰

El Código Civil vigente en el artículo 382 regula que:

“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.”

La investigación se llevará a cabo siempre que el progenitor no quiera reconocer al hijo y no haya existido matrimonio, por ello se hace necesario tramitar el juicio para lograr el reconocimiento del padre por una sentencia ejecutoriada donde se haya demostrado el nexo biológico del demandado con el menor, como lo señala el artículo antes descrito.

Para ampliar el tema se transcribe la tesis jurisprudencial siguiente:

“PATERNIDAD INVESTIGACIÓN DE LA. PRUEBAS APTAS EN EL EJERCICIO DE ESA ACCIÓN.

Fundada la acción de ejercicio de la paternidad en lo dispuesto por el artículo 382, fracción IV, del Código Civil, que contempla el caso de que

¹⁰ Montero Duhalt, Sara. *Derecho de Familia*. 4ª edición. Porrúa. México. 1990. p. 311.

el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre, ello se surte por medio de fotografías que revelan, apreciadas con sentido humano, que el comportamiento del demandado con la madre del menor y con este mismo, no es el que corresponde a lazos de amistad y compañerismo en el trabajo respecto a aquéllos, sino a situaciones concordantes con los hechos en que se apoya la existencia del lazo de consanguinidad entre dicho menor y su pretendido ascendiente; y si a dicha prueba se aúnan determinados hechos aducidos por la actora y no desmentidos por el demandado, que son concordantes, dentro de lo posible, con la fecha de nacimiento del menor interesado, en su conjunto engendran la presunción humana sobre la certeza de la paternidad que se investiga.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 4703/95. Roxana Romero Rodríguez. 14 de septiembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Gustavo Sosa Ortiz.”¹¹

En la tesis jurisprudencial anterior podemos observar que al investigar una paternidad se pueden valer de diversas pruebas para lograrlo, entre ellas el trato hacia el menor, fotografías, los hechos que no son desmentidos por el pretendido

¹¹ Tesis I.3o.C.50C. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena época. Primera Sala. Tomo II. Octubre de 1995. p. 590.

padre y que hacen suponer de una relación filial; no obstante ello actualmente la prueba idónea para acreditar la filiación es la genética molecular.

La investigación solo se puede llevar a cabo en vida del padre, pero si éste fallece cuando el hijo es aún menor de edad, podrá intentarse por parte del interesado, antes de que falten cuatro años de cumplir la mayoría de edad en contra de los herederos o descendientes de éste. Y esto tiene razón de ser porque el supuesto padre es parte en la investigación, y por lo tanto, debe hacerse responsable de sus obligaciones que deriven de ésta.

El artículo 326 del Código Civil vigente solo menciona que no se puede impugnar la paternidad en las parejas unidas en matrimonio al hacer uso de técnicas de reproducción asistida, pero no señala qué sucede en ausencia de éste; además de cuáles técnicas si se pueden utilizar y cuáles no.

Respecto a la investigación que se hace con el uso de la técnica de fecundación artificial heteróloga, los bancos de donación de semen solo pueden proporcionar información general del donador más no su identidad, ni localización a fin de que no haya ningún vínculo filial resultante de la donación.

1.6 Determinación de la maternidad.

“Es el derecho que tienen los descendientes habidos fuera de matrimonio, de acudir ante los tribunales, a efecto de aportar las pruebas de su relación materna, a fin de que sea ésta declarada por los mismos, cuando así se compruebe, y

consecuentemente, se obligue a la madre demandada a cumplir con los deberes y derechos impuestos por la relación materno filial.”¹²

La maternidad que tradicionalmente se determinaba por el nacimiento, sufre un gran cambio ya que el principio de que la maternidad es cierta se modifica a raíz del surgimiento de las técnicas de reproducción asistida; es decir, ésta dejó de ser cierta.

Al igual que para la demanda de paternidad, se necesita antes tener un hijo nacido como premisa para que proceda, de igual forma, en el caso de la maternidad, es la misma situación, se necesita de un menor que haya llegado a la vida con todos los requisitos de ley para poder entablarse una demanda por ese hecho.

Se necesitan de dos hechos para la comprobación de la maternidad: El primero es el parto y nacimiento del producto; el segundo es la identidad del hijo, que sea éste en efecto el que ella dio a la luz, resulta sencillo corroborarlo cuando el hecho se da dentro de una unión conyugal, pero cuando no es así es más complicado de probar.

El parto se demuestra con la constancia de alumbramiento, en donde además están las características del menor entre ellas, sexo, peso, medidas, hora, fecha de nacimiento y señas particulares; expedido por médico autorizado con lo que se prueba la identidad del recién nacido.

Además la Ley señala en el artículo 60 del Código Civil vigente que se regula la obligación de registrar al menor recién nacido ante Juez del Registro Civil

¹² Chávez Asencio, F. Manuel; citado por López Faugier, Irene. ob. cit. p.301.

personalmente o con su representante para la obtención de su acta de nacimiento, constando sus nombres, nacionalidad, edad, ocupación y domicilio.

Luego entonces, tanto la paternidad como la maternidad se pueden probar con cualquier medio ordinario de prueba, pero si alguno de los demandados se negara a realizarse la prueba en genética, se presumirá que es el padre o la madre (artículo 382 Código Civil vigente). Esta presunción prevista en dicha hipótesis normativa es *iuris tantum*, admite prueba en contrario.

Ahora bien, la mujer que otorgó su consentimiento para llevar a cabo el uso de las técnicas de reproducción asistida no puede impugnar su maternidad, y así mismo si existe algún donador femenino de su célula germinal, ésta en su aplicación no puede reclamar el mismo título.

Se puede dar el caso que se contradiga una filiación materna, como al atribuirle a una mujer un hijo que no es suyo; la sustitución de un menor por otro, por equivocación o dolo en un hospital; o que en la reproducción asistida se implante espermatozoides de su marido y óvulo de otra mujer haciéndole creer que es el suyo.¹³

El hijo o descendientes de una mujer pueden investigar la maternidad por cualquier medio, a excepción de atribuírselo a una señora casada, pero el artículo 386 del mismo ordenamiento coloca como excepción, a que si se deduce la investigación de una sentencia civil o criminal, aunque ésta tenga una unión legal si procederá.

¹³ Chávez Asencio, F. Manuel. *La familia en el derecho; relaciones jurídicas paterno-filiales*. 6ª edición. Porrúa. México. 2001. pp. 74-75.

Las anteriores acciones solo pueden intentarse en vida de la supuesta madre, excepto si la mujer en cuestión murió siendo su hijo menor de edad, en este caso se puede tramitar cuando al hijo le falten cuatro años para su mayoría de edad como en el caso de la paternidad, artículo 388 Código Civil en vigor.

A diferencia con la paternidad, en la mayoría de las legislaciones que existen en el país, es principalmente el alumbramiento la prueba principal de comprobar la maternidad y esto queda ejemplificado en la siguiente tesis Jurisprudencial:

“INVESTIGACIÓN DE LA MATERNIDAD. DEBE PROBARSE EL ALUMBRAMIENTO Y NO LA POSESIÓN DE ESTADO DE HIJO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN).

La posesión de estado de hijo, como acción de estado civil prevista en el artículo 301 del Código Civil para el Estado de Michoacán, consistente en acreditar la filiación de los hijos nacidos de matrimonio, no puede alegarse como razón para investigar la maternidad, la que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 340 del ordenamiento legal invocado, corresponde a los hijos nacidos fuera de matrimonio; ya que en esta hipótesis la filiación resulta del solo hecho del nacimiento.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 37/2002. Esteban Torres Barajas. 27 de febrero de 2002.

Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Ceja Villaseñor. Secretario: Víctor Ruiz Contreras.”¹⁴

1.7 Efectos de la filiación.

Los efectos, entre otros son: el parentesco, la patria potestad, los alimentos, el apellido, los derechos sucesorios, el estado civil y la representación legal; con ellos se trata de dar certeza jurídica al menor nacido, procurarle una familia, seguridad y protección, así como reciprocidad hacia los padres.

Como lo menciona Galindo Garfias “La filiación es consubstancial al concepto de persona en el sentido de que, siendo el estado civil un atributo de ésta, toda persona debe conocer su propia filiación.”¹⁵ A continuación se procede a detallar cada uno de ellos:

- “El parentesco es el nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes de otro cónyuge y entre adoptante y adoptado.”¹⁶ Será directo o en línea recta si la relación se da entre ascendientes y descendientes, será colateral o transversal si el vínculo nace de un progenitor común.¹⁷

¹⁴ Tesis XI.2o.113C. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena época. Tomo XVI. Octubre de 2002. p. 1392.

¹⁵ Galindo Garfias, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*. 3ª edición. Porrúa. México. 1997. p. 256.

¹⁶ Laurent Pavón, Angélica citada por García Fernández, Dora. *La adopción de embriones humanos*. Porrúa. México. 2007. p. 65.

¹⁷ Galindo Garfias, Ignacio citado por García Fernández, Dora. ob. cit. p. 65.

Se divide en consanguíneo, por afinidad y civil (artículo 292 Código Civil vigente). El consanguíneo es el resultante de personas que descienden de un tronco común, pero además al engendrar un hijo con el uso de técnicas de reproducción asistida, también lo es, con excepción de ser donador de células germinales en el proceso.

El parentesco por afinidad es el que se adquiere por matrimonio o concubinato entre los cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos, artículo 294 Código Civil en vigor. Y el parentesco civil que sucede en caso de adopción y que al llevarse a cabo, el menor pasa a tener los mismos derechos y obligaciones que el parentesco consanguíneo.

Haciendo notar que la filiación que resulta de la aplicación de la reproducción asistida genera un parentesco consanguíneo con todos sus efectos legales, es decir, se le considera así por equiparación.

- “La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre; sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”.¹⁸
“La patria potestad es jurídicamente irrenunciable, como consecuencia de la filiación biológica que no puede desconocerse.”¹⁹

Y si además, se utilizó alguna técnica de reproducción asistida con consentimiento de ambas partes se equipara también a la filiación

¹⁸ Planiol, Marcel citado por García Fernández, Dora. ob. cit. p. 67.

¹⁹ Chávez Ascencio, Manuel F. ob. cit. p. 193.

consanguínea. Su ejercicio le corresponde al padre y madre conjuntamente, mientras estén unidos jurídicamente; pero en caso de divorcio será determinado por un juicio oral en materia familiar a quien le competará conocerla.

En caso de fallecimiento de alguno de los padres le concierne al cónyuge superviviente y si fallecen ambos a los abuelos, quienes si no se ponen de acuerdo lo hará un Juez de lo Familiar, en la misma vía. Si la filiación encuentra su origen de un parentesco civil sólo generará efectos en los padres adoptantes; si fallecen, se impugna la adopción o existe revocación la patria potestad se extingue.

La filiación fuera de matrimonio la detentará quien lo haya reconocido legalmente o por medio de sentencia judicial que acredite la paternidad o maternidad. Un menor de edad podrá reconocer a un hijo si sus representantes legales lo autorizan o en su defecto deberá obtener la autorización judicial.

En el concubinato, igualmente le corresponde el ejercicio de la patria potestad de sus hijos a ambos concubinos.²⁰ También tienen obligación de cuidar de su persona y de sus bienes mientras estén bajo ella, debiendo procurarles seguridad física, psicológica y sexual; dar afecto, respeto y hacer valer sus derechos.

²⁰ García Fernández, Dora. *La adopción de embriones humanos*. Porrúa. México. 2007. pp. 66-70.

Así mismo, quienes detentan el ejercicio de la patria potestad deberán relacionarse armónicamente con sus hijos menores de edad, independientemente de si viven o no bajo el mismo techo. (Artículo 411 Código Civil vigente).

- Respecto al derecho de recibir los alimentos es de precisar que “El derecho de los alimentos es ...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”²¹

Los alimentos comprenden como nos lo señala el artículo 308 del Código Civil vigente no solamente la comida como sustento que tienen que ofrecer los padres a los hijos y viceversa, sino que además abarca el vestido, la habitación, la educación, los derechos a la salud médica y hospitalaria, en su caso gastos de embarazo y parto; en la medida de las posibilidades.

Pero además, en caso de menores de edad, se debe proporcionar educación y algún oficio, arte o profesión; a los que tienen a su cuidado personas con cualquier discapacidad o que tengan interdicción, además procurarles rehabilitación.

²¹ Rojina Villegas citado por García Fernández, Dora. ob. cit. p. 71.

El monto de los alimentos se determinará atendiendo a la capacidad del tutor y la necesidad del acreedor; y siendo obligatorios para ambas partes además el que da tiene derecho a recibirlos cuando los necesite.

- El hijo tiene derecho a llevar el apellido de los padres; éste es otro efecto de la filiación que posee el nacido que fue reconocido, ya sea de forma voluntaria o por medio de sentencia ejecutoriada y con él tendrá un sentido de identidad a la familia a la que pertenece. Debe llevar los apellidos del progenitor que lo registró o de ambos si es realizado por los dos padres.
- Derechos sucesorios, por efecto de la filiación los hijos también tienen ese beneficio a recibir parte de la herencia del padre en la sucesión legítima. En la sucesión testamentaria en la que no hayan sido instituidos herederos o legatarios siendo menores de edad o mayores en estado de interdicción, tienen el derecho de exigir alimentos; para lo cual solicitarán que el testamento se declare inoficioso.
- Estado civil es un atributo de la personalidad y solo se comprueba con las constancias relativas del registro civil y se refiere a la posición que ocupa una persona en relación con la familia; dentro de ella se tiene el carácter de cónyuge o hijo, puede darse por cuestión del nacimiento o por actos de voluntad como el matrimonio y se comprueba con actas expedidas en el registro civil que lo acrediten;²² también es un efecto que deriva de la filiación

²² *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo D-H. ob. cit. p. 132.

al pasar a formar parte integrante de una familia y tener el sentido de pertenencia a ella.

- Así mismo, mientras se es menor de edad los que ejercen la patria potestad son representantes legales de sus hijos, al llegar a la mayoría de edad se termina la patria potestad y si el hijo es incapaz se tiene que tramitar un juicio de interdicción y uno de los progenitores será designado tutor y por lo tanto será su representante legal.

Capítulo 2. Métodos de Reproducción Asistida.

2.1 Concepto.

“Son todos aquellos mecanismos para lograr la reproducción humana a través de la unión de gametos masculino (esperma) y femenino (óvulo) de una forma distinta a la natural.”²³

Existen dos técnicas de reproducción asistida y son *in situ e in vitro*. La técnica llamada *in situ*²⁴ se lleva a cabo internamente en el cuerpo de la mujer, ésta a su vez se subdivide en dos que son la inseminación artificial y la transferencia intratubárica de gametos.

La inseminación artificial consiste en colocar en el aparato reproductor femenino el semen para fecundar su óvulo, la desigualdad va a ser determinada de acuerdo a quien es el que va a proporcionar el semen, que puede ser el esposo o concubino de la mujer o podría ser un donador ahí se diferenciará si es fecundación artificial homóloga, como en el primer caso o fecundación artificial heteróloga como en el segundo.

La transferencia intratubárica de gametos²⁵ es otra de la subdivisión de la técnica llamada *in situ* en la que igualmente se introducen los gametos en el cuerpo de la receptora pero sin realizarse la fertilización anteriormente, ésta sucederá de manera

²³ Brena Sesma, Ingrid (Coordinadora). *Reproducción asistida*. 1ª edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2012. p. 66.

²⁴ Cabrera Bach Carlos Germán. *La Reproducción Asistida*. Universidad Anáhuac. México. 2003. pp. 15-16.

²⁵ Sambrizzi, Eduardo A. *La procreación asistida y la manipulación del cuerpo humano*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2001. p.19.

posterior. Al igual que en la inseminación artificial, la determinación de la carga genética quedará a cargo de quien haya aportado las células germinales.

La técnica llamada *in vitro* se llevará a cabo externamente del cuerpo de la mujer, esto en un laboratorio con equipo médico especializado y en donde se tratará de llegar a la fecundación, se procurará tomar muestras tanto de semen como de varios óvulos de la mujer, unirlos, cultivarlos, observarlos, analizarlos, implantarlos en el útero y con las células que no se utilizaron puede haber desecho, destrucción y hasta congelación de ellas.

Gracias al avance de la ciencia se ha podido acceder a estos métodos que son muy variados y cada uno tiene implicaciones jurídicas diferentes ya que al aplicarlas está en juego el determinar la filiación del producto; es de vital importancia conocerlas y diferenciarlas para así delimitar su alcance legal.

Por lo que son diversas y variadas las causas que provocan acudir a los diferentes métodos de reproducción asistida; entre ellos se encuentra principalmente la infertilidad, problemas congénitos y enfermedades transmisibles, que provocan que las parejas opten por utilizarlos para así solucionar su necesidad de procrear.

2.2 Diferentes métodos de reproducción asistida.

2.2.1 Fecundación artificial homóloga.

“Es la inseminación artificial con semen de la pareja de la mujer inseminada.”²⁶

²⁶ *Diccionario de términos médicos*. Real Academia Nacional de Medicina. Médica Panamericana. España. 2012. p. 924.

Es un tipo de técnica de reproducción asistida que puede llevarse a cabo dentro del cuerpo de la mujer como en el caso de la inseminación artificial homóloga y la transferencia intratubárica de gametos; o bien puede efectuarse fuera de ella como en la fecundación *in vitro*.

En ambas se tiene como punto común que se utiliza el material genético de los dos cónyuges o concubinos de una relación, la diferencia es que se realiza con ayuda de médicos especializados en esta técnica y que llevan a cabo la fecundación de forma artificial.

La fecundación artificial homóloga puede utilizarse por diversas causas, pero principalmente ante disfunciones sexuales que impidan la entrada de los espermatozoides de una forma natural, entre ellas encontramos la esterilidad masculina, la impotencia, deficiente número de espermatozoides o una gran cantidad de ellos o por algún tratamiento de esterilización.²⁷

Es la técnica más aceptada a nivel general porque no implica el involucrar a un tercero ajeno en el procedimiento reproductor y el nacimiento del menor, resultado de la técnica; es decir el producto, llevará en su sangre los genes de sus padres tal y como sería en el caso de haberlo procreado de una forma natural.

Respecto a la filiación, dentro de este método de reproducción queda perfectamente establecida ya que el material genético está completamente delimitado y no hay confusión, pero jurídicamente debe haber consentimiento de ambas partes para que

²⁷ Loyarte, Dolores; Rotonda, Adriana E. *Procreación humana artificial: Un desafío bioético*. Ediciones de Palma. Buenos Aires, Argentina. 1995. p. 110.

sea válido y deben estar informados por parte del equipo médico del procedimiento, su desarrollo y consecuencias.

El artículo 466 de la Ley General de Salud exige como requisito el consentimiento de la mujer que va a ser parte en el procedimiento para que pueda efectuarse una inseminación artificial, el requisito para llevarse a cabo es que debe ser de forma escrita, de lo contrario amerita una pena de 2 a 8 años de prisión.

Como la única diferencia es la manera de la concepción, en el caso de uniones maritales aplicara legalmente los mismos términos jurídicos que para la procreación natural y en consecuencia serán hijos de matrimonio los nacidos durante su vigencia o dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del vínculo, según como lo regula el artículo 324 del Código Civil vigente.

La filiación se determinará al igual que un hijo nacido dentro de matrimonio legalmente, pero en el caso de que se realice la técnica antes de que se concrete la unión legal y el nacimiento ocurre dentro de su vigencia, también será una filiación derivada de la unión; por lo tanto, no se podrá poner objeción a la paternidad afirmando que fue anterior al enlace porque el consentimiento firmado será la prueba que lo certifique.

Lo mismo ocurre si se disuelve el matrimonio posteriormente y el nacimiento ocurre dentro de los trescientos días de su terminación la situación del menor nacido será en iguales términos y la filiación será completamente establecida sin ningún problema.

Pero si se da el caso que el nacimiento ocurre pasados los trescientos días de la disolución del matrimonio y no hay documento que acredite el consentimiento la filiación del menor quedará como fuera de la unión y sólo se determinará la paternidad si el padre acude a levantar el acta de nacimiento y la certifica con su firma, o bien tiempo después se compruebe por alguna prueba biológica.

Si la mujer se hace inseminar con autorización del marido y posteriormente se divorcia aunque sea con gametos del exmarido la paternidad tendrá que determinarse legalmente, atribuyéndosela al ex cónyuge atendiendo el documento del consentimiento; en cambio, si se fecunda con células germinales de un tercero sin consentimiento de su marido éste no será el progenitor. Estas reglas se aplicaran en el caso del concubinato.

Queda establecido que aunque el varón quiera desconocer su paternidad después de haber firmado el consentimiento no procederá legalmente aun demostrando que a él le fue físicamente imposible ser el padre ya que al hecho de proporcionar el semen y otorgar el consentimiento constituiría una filiación más firme que una filiación natural, ya que en ésta no hay algún documento que lo compruebe como en el caso de la reproducción asistida.²⁸

²⁸ Guzmán Ávalos, Aníbal. *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Un nuevo modo de filiación*. Biblioteca Universidad Veracruzana. México. 2001. pp. 178-182.

2.2.2 Fecundación artificial heteróloga.

Se denomina así a la: “Inseminación artificial con semen de un donante diferente de la pareja de la mujer inseminada.”²⁹

Es una de las técnicas de reproducción asistida en la que la determinación de la filiación es más complicada, en comparación con la fecundación artificial homóloga, a diferencia de ésta los gametos que intervienen en el proceso no pertenecen a los dos padres que pretenden llevarla a cabo sino que uno de ellos es aportado por un tercero llamado donador y al cual a pesar de tener la información genéticamente hablando, jurídicamente no será el progenitor.

Con esta técnica se busca compensar la esterilidad de la pareja, se afirma por algunos autores que no se están contemplando las futuras consecuencias psicológicas, jurídicas y sociales que derivan de ella para las partes involucradas, tanto para la pareja, el menor por nacer y el donador; sin embargo con una adecuada regulación no existiría ningún problema.

Podría suceder que el donador se arrepintiera del procedimiento realizado o sentir remordimiento por haber engendrado un hijo o varios que nunca conocerá, en el caso del padre que no aportó la célula germinal podrá sentir repulsión hacia el niño al saber que no es propio o sentir rechazo hacia su pareja porque ella si aportó el gameto a fecundar; dichas opiniones deberán superarse.

²⁹ *Diccionario de términos médicos*. ob. cit. p. 924.

Puede darse el caso que el menor, al saber su origen, tenga el deseo de investigar quienes son sus padres biológicos y podría rechazar a sus progenitores legales por ocultarle su origen. En el caso del padre que si aportó la célula germinal podría sentir agradecimiento hacia su pareja que aceptó el procedimiento o inferioridad, por su esterilidad; ante tal situación los padres tienen que decidir si le explican su origen al hijo; sobre el particular consideramos que no tiene por qué ocultarse.

Otro inconveniente de esta técnica es el del banco de células germinales al que se acude para la obtención del gameto a fecundar, no todas las legislaciones los regulan legalmente y es vital que así sea ya que de esto se determinará; entre otros, el evitar enfermedades transmisibles.

Se deben de realizar análisis exhaustivos a los donadores para tener un máximo de daciones por individuo y así evitar enlaces posteriores de consanguíneos; además firmar contratos de anonimato y de la renuncia a la posible paternidad; asimismo fijar edad mínima y máxima principalmente.³⁰

Esta técnica es utilizada sobre todo cuando hay esterilidad de la parte masculina en una pareja y que puede ser por diferentes causas, entre ellas se encuentra el trastorno orgánico que consiste en la ausencia de espermatozoides que es llamado médicamente azoospermia.

Otro motivo es el número bajo de espermatozoides de nombre oligospermia o por no tener los mismos espermias la movilidad suficiente y a lo cual se le denomina

³⁰ Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. pp. 79-85.

astenospermia. Otros de los orígenes que lo suscitan son enfermedades transmisibles graves o anomalías cromosómico-genéticas.³¹

Para poder establecer la filiación dentro de una relación matrimonial, al llevar a cabo el procedimiento de la fecundación artificial heteróloga, también es importante tomar en cuenta los términos legales que establece el Código Civil vigente en su artículo 324 que establece como hijos de matrimonio a los nacidos dentro de su vigencia y trescientos días después de su disolución.

Si dentro del término mencionado por el artículo 324, se lleva a cabo la fecundación artificial y opera el consentimiento de ambos cónyuges conforme a la Ley, el menor procreado será hijo de matrimonio y no se contemplan problemas filiales futuros.

Por el contrario, si el cónyuge femenino opta por realizar el procedimiento sin consentimiento por parte del esposo, éste tiene la facultad de desconocer al hijo creado, caso que crearía un conflicto para determinar la filiación del menor en cuestión y del mismo modo afectarlo en sus derechos.

Así mismo, se necesita del consentimiento de la mujer, como lo regula el artículo 466 de la Ley General de Salud, que de no ser así amerita aplicación de la normatividad penal; también establece el artículo anterior que se necesita del consentimiento del varón, si la mujer es casada, para que proceda legalmente.

Igual que en la fecundación artificial homóloga, si el procedimiento se realiza fuera de los términos jurídicos establecidos por la ley para estar dentro de matrimonio, se

³¹ Guzmán Ávalos, Aníbal. ob. cit. p. 40.

necesitará acreditar el consentimiento para que no haya problemas en establecer la filiación del menor. Y para el caso del concubinato también aplicará las mismas reglas y tiempos establecidos que para el caso de matrimonios.

2.2.3 Fecundación *in vitro*.

Ésta consiste en la “fecundación de un óvulo por un espermatozoide fuera del cuerpo de la hembra.”³²

Es decir, “Consiste en la unión del espermatozoide y del óvulo en un laboratorio, creando un cigoto que tras la división celular adquiere el estatus embrionario siendo transferido al útero de la que va a ser su madre antes del décimo cuarto día a contar desde la fecundación y descontando el tiempo que pudo estar crioconservado.”³³

Técnica utilizada para parejas que sufren de infertilidad y las cuales ya agotaron todos los recursos y no obtuvieron resultados. La técnica consiste primero en la obtención de óvulos que puede ser de dos formas por medio de estimulación ovárica o por captura folicular.

La estimulación ovárica es una técnica que tiene como fin producir la ovulación por medio de inyecciones diarias de medicamento y monitoreo en ultrasonido, esto es con la finalidad de precisar el momento de la ovulación para producir como resultado la fecundación.

³² *Diccionario de términos médicos*. ob. cit. p. 697.

³³ Garzón Jiménez, Roberto. *Reproducción asistida*. Revista Mexicana de Derecho. Colegio de notarios del D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Núm. 9. 2007. p.106.

Además de la captura folicular, que es el método que consiste en aspirar la captura de óvulos de los folículos que se encuentran dentro de los ovarios por medio de una aguja por vía vaginal guiada a base del uso del ultrasonido, esto bajo los efectos de la anestesia.

El segundo paso a seguir después de haber obtenido ya los óvulos, es colocarlos con los espermatozoides preparados y seleccionados en una caja de vidrio con un cultivo especial y se incuban en un medio parecido o semejante al del útero femenino por dos o tres días para que suceda la fecundación su curso normal.

Los óvulos estando ya fecundados, llámese embriones, son transferidos al útero femenino para que continúe el embarazo de una forma natural; son cuatro máximo los que se utilizan. Se desechan y destruyen los no viables y se puede dar la posibilidad de congelar los sanos.³⁴

Esta técnica tiene diversas variantes la fecundación puede realizarse con el óvulo de la mujer que va a gestar y semen de su marido o cónyuge; con óvulo de la mujer que va a ser fecundada y semen de un donador; con óvulo de una mujer donadora y esperma del marido o concubino de la gestante.

Otra variante sería con óvulo y esperma de donadores y la que geste será la que quiere ser la madre o con óvulo y esperma de donadores y gestación de mujer diferente a la pareja. Por lo que surge un sinfín de problemas jurídicos y de filiación.³⁵

³⁴ Almazán Cué, Juan Pablo. ob. cit. pp. 32-34.

³⁵ Garzón Jiménez, Roberto. ob. cit. p. 108.

En el primer supuesto, es decir la utilización de gametos de una pareja estable, pertenece a la fecundación homóloga y no existen problemas filiales, excepto que la pareja no haya celebrado el contrato respectivo donde conste el consentimiento, como lo señala el artículo 466 de la Ley General de Salud, entonces se suscitarán problemas.

En el segundo caso, o sea al utilizar semen de un donador y el óvulo de la mujer a fecundar, estaríamos ante una fecundación heteróloga y ahí como antes lo mencionamos, se necesita el consentimiento por escrito; dejar bien establecida la participación del donador, ya que estará entrando en juego la aportación a la pareja de gametos ajenos a ella.

La misma situación pasa en el tercer caso; es decir, al utilizar un óvulo de una donadora y una célula germinal del varón de la relación, se está aplicando la técnica de fecundación artificial heteróloga y aplica la misma problemática que el segundo caso mencionado.

En la tercera hipótesis, o sea, al hacer uso de gametos de donadores y la mujer de la pareja sea la que se fecunde, cae en la técnica de maternidad gestacional y adquiere un sinnúmero de problemas filiales. Que se analizaran en el subcapítulo de maternidad gestante.

Y qué decir del caso en que una pareja obtenga los gametos de donadores y además una mujer distinta gestante al producto; aquí la pareja en cuestión se aparta completamente del proceso reproductivo y solo está tratando de obtener un hijo “por encargo”, como si estuviera obteniendo un bien.

Si la personalidad comienza desde el momento mismo de la concepción, como lo señala el artículo 22 del Código Civil vigente, entonces es que al instante de ser concebido el menor entra bajo la protección de la ley, que comprende aspectos tanto civiles como penales.³⁶

Entonces debería regularse específicamente esta técnica para determinar en qué casos se puede utilizar, el trato que se le va a dar a los embriones ya fertilizados y que no son utilizados y normar las distintas situaciones reproductivas que se dan en caso de realizarse.

2.2.4 Inseminación artificial *post mortem*.

“La inseminación artificial es el acto médico por el que se introduce esperma en el aparato genital de la mujer, en procura de la fecundación.”³⁷ Y la inseminación artificial *post mortem* es aquella que se logra después de la muerte de quien aportó el semen, para esto, el semen se congela mediante la tecnología criogénica (congelación).

El nacimiento del menor puede ocurrir en un período mayor al de los trescientos días señalados como máximo para ser hijo de matrimonio de acuerdo con el Código Civil en vigor, incluso puede ser hasta de años, por lo que es muy importante emitir las normas que van a regir al utilizar esta técnica.

³⁶ Chávez Asencio, F. Manuel. ob. cit. pp. 81-83.

³⁷ Córdoba, Jorge Eduardo; Sánchez Torres, Julio C. *Fecundación humana asistida*. Alveroni ediciones. 2ª edición. Argentina. 2000. p. 23.

Al ser el semen una célula reproductiva muy fácil de almacenar por medio de congelación, ya que los espermatozoides soportan las bajas temperaturas, es el método viable para realizar una fecundación después de mucho tiempo de haber sido recolectados, ya que soportan el choque térmico de congelación y descongelación sin alterar su esencia reproductiva y que pueden conservarse así hasta por veinte años.³⁸

La congelación de óvulos, es más difícil de llevarse a cabo porque la fina membrana que los cubre puede dañarse en el proceso, pero es más común y factible la congelación de cigotos, es decir, óvulos ya fecundados por lo que la inseminación artificial *post mortem* es más fácil de utilizar.

El artículo 329 del Código Civil vigente nos señala que toda controversia con la filiación de un menor nacido después de los trescientos días después de la disolución del matrimonio, podrá ser interpuesta por cualquiera a quien perjudique la filiación, pero no prosperará si el padre autorizó el uso de alguna técnica de reproducción asistida.

Son dos los problemas que trae consigo el uso de esta técnica y son la filiación y el derecho sucesorio de las partes que la utilizan.³⁹ Al nacer el menor fuera de matrimonio o concubinato en su caso, no podría ser considerado legalmente como hijo de esa unión por quedar fuera de los términos establecidos en el Código Civil,

³⁸ Loyarte, Dolores; Rotonda, Adriana E. ob. cit. p. 117.

³⁹ Hurtado Oliver, Xavier. *El Derecho a la vida ¿Y a la muerte?* Porrúa. México. 1999. pp. 190-191.

es decir, nacer trescientos días posteriores al término del enlace y con ello afectar su filiación.

Si tal como lo menciona el artículo 22 del Código Civil vigente, se reconoce a la persona desde el momento de la concepción y lo acoge bajo la Ley, éste método lo contradice, al imponer al embrión un destino incierto. Al congelar un embrión se le está dando un trato de objeto y si ya se está aceptando su personalidad, destruirlo sería delito. Al privarlo de un padre le afectaría su personalidad, su desarrollo y muchos de sus derechos.

No puede dejarse al arbitrio unilateral de la mujer el decidir a utilizar éste método ya que, en éste caso, el padre fallecido del menor, al no poder impugnar su paternidad, correspondería a sus herederos hacerlo y eso llevaría a problemas sucesorios y filiales. Los derechos reproductivos no deben atentar contra derechos fundamentales y contra los derechos de la familia.

Es por ello que no se debe autorizar el producir huérfanos artificiales como se hizo ver acertadamente en el IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia celebrado en Panamá en 1997, en donde se recomendó públicamente el prohibir el uso de este método.⁴⁰

No le corresponde heredar al nacido por no estar concebido al tiempo del fallecimiento. Además se puede hacer mal uso del semen recolectado de una

⁴⁰ Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. pp. 179-176.

persona muerta, como procrear un hijo póstumo para reclamar una herencia y no se prevén los daños psicológicos del hijo al enterarse de cómo fue creado.⁴¹

2.2.5 Maternidad gestante.

Para Ingrid Brena “Es un procedimiento mediante el cual una persona o una pareja encargan a una mujer la gestación de un niño, el cual será entregado a la pareja o persona que lo solicitó después de su nacimiento.”⁴²

Hay tres diferentes clases de maternidad gestante dependiendo de quién es la que aporta el óvulo: Puede darse el caso que la mujer gestante sólo recibe el embrión ya fecundado de una pareja para llevar la maternidad a término y se le conoce comúnmente como “alquiler de útero”, aunque dicha denominación ya ha sido superada.

Otra situación sería el de la mujer que además de gestar el embrión aporta su óvulo y al igual que la anterior también lo entrega al nacer, sólo que aquí ella si es la madre biológicamente hablando y la tercera clase que se da en este procedimiento, es cuando una mujer aporta el óvulo, otra lo gesta y una más es la que se queda con el menor en cuestión.⁴³

Método que se realiza a través de la fecundación *in vitro* y transferencia del embrión o inseminación artificial, ya sea por infertilidad irreversible, transmisora de

⁴¹ Garzón Jiménez, Roberto. ob. cit. p. 100.

⁴² Brena, Ingrid. *La maternidad subrogada ¿Es suficiente la legislación civil vigente para regularla?* Revista de derecho privado. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Año 1 No. 1 enero-junio 2012. pp. 141-147.

⁴³ Brena, Ingrid. *La maternidad subrogada ¿Es suficiente la legislación civil vigente para regularla?* ob. cit. pp. 141-147.

enfermedades o defectos de origen genético, pero también se da el caso de mujeres que por no alterar su cuerpo lo solicitan.

En esta técnica la procreación característica queda completamente distorsionada y se aparta de la tradicional y aunque el artículo 162 del Código Civil vigente autoriza a las parejas a utilizar los métodos de reproducción asistida para lograr su propia descendencia, en el caso de la maternidad gestante en específico, no hay regulación jurídica en la que pueda ser tipificada.

Aquí la filiación queda decidida por la voluntad de las partes, plasmada en un contrato, que aunque en nuestro país no está regulada, no por ello deja de realizarse y es por esta razón que es tema de estudio, son pocos los países que si la contemplan jurídicamente ya que representa diversos problemas éticos, médicos y jurídicos.

Al tratar de delimitar si este método puede llevarse a cabo con la celebración de un contrato Manuel Chávez Ascencio analiza en cuál de los autorizados en nuestro Código Civil podría encuadrar, no podría ser en el de compraventa porque el bebé no es una mercancía y además no se puede vender lo que no es propio.

Así mismo, tampoco podría formar parte de un contrato de arrendamiento porque el uso y goce temporal no es de una cosa sino de un útero que forma parte del cuerpo humano y que está fuera del comercio; ni tampoco de una prestación de servicios al no ser la gestante una profesionista en el área.⁴⁴

⁴⁴ Chávez Ascencio, F. Manuel. ob. cit. pp. 77-83.

Si fuera válido un contrato que ampare jurídicamente a este método debería ser innominado al ser bilateral; debería ser a título gratuito porque al recibir un pago se estaría lucrando; formal porque requeriría de la forma escrita para surtir consecuencias legales; complejo porque intervienen varias personas: la pareja, donadores y gestante; de ejecución sucesiva al realizarse las prestaciones durante la gestación.

Tenemos gran dificultad porque el objeto del convenio no puede ser un bebé porque ello daría lugar a caer en el delito de tráfico de menores, este tipo de contrato sería ilícito y por ello lo nulificaría, igualmente la mujer que recibe al menor parido por otra no podría acreditar su maternidad y ese acuerdo sería de la misma forma nulo para demostrar una filiación.

Además de analizar que al celebrar el contrato éste sería privado y el artículo 138 Ter del Código Civil vigente nos detalla que las disposiciones de familia son de orden público e interés social. La mujer gestante al entregar al menor puede caer en el delito de abandono de personas.

Por su parte el artículo 162 del Código Civil en vigor establece lo siguiente:

“Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”.

El artículo anterior solo autoriza el uso de las técnicas, aunque no especifica cuál de ellas si están permitidas y cuáles no, la forma de realizarse para que sean válidas legalmente y resaltar que en el caso de parejas bisexuales o personas solas únicamente podrían hacer uso de ésta.

Es por ello que la aportación de la carga genética, puede ser de una pareja casada o en concubinato; ya sea heterosexual o bisexual; o solo una mujer u hombre con aportación de carga genética de donadores. La gestante será reconocida como la madre y al entregar al menor estaría renunciando a la patria potestad que no es renunciable como lo menciona el artículo 448 del Código Civil vigente.

Este método va en contra de los derechos del niño, al afectar su filiación, contra obligaciones del amor materno, entre ellos la lactancia y contra la maternidad responsable, la gestación es transformada en una actividad económicamente rentable.⁴⁵

No se regula el caso de que el niño tenga deformaciones, enfermedades graves o congénitas, fallezca la gestante, se divorcie la pareja que lo solicitó, se arrepienta la madre progenitora, haya nacimientos múltiples por mencionar algunas de las situaciones que pueden darse. Las necesidades del recién nacido pasan a segundo plano para satisfacer el deseo de paternidad y maternidad de quienes lo encargaron.

La filiación con este método puede verse gravemente alterada como en el caso de que una mujer engendre a su nieta o a su sobrina o el hecho de que la gestante al

⁴⁵ Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. p. 112.

ser casada y se compruebe que el menor no es de su esposo no quedaría especificada la filiación.

Si la esposa aporta su óvulo necesita autorización de su marido, para poder llevar a cabo el procedimiento y para romper la presunción de paternidad a favor de su cónyuge tendría que tramitarse en un juicio especial. En el caso de la pareja que encargó al bebé si sólo el marido aportó su célula germinal el menor sería nacido fuera de matrimonio y se tendría que determinar quién ejercería la custodia entre él y la gestante.

Capítulo 3. Antecedentes de los métodos de reproducción asistida.

3.1 Europa.

Respecto a la fecundación *in vitro*, sus antecedentes datan desde el año 1944, año en el cual se realizaron pruebas de fecundación de óvulos en laboratorio, pero fue hasta 1955 que tuvieron éxito, pero aun así con ello, no se sabía la forma de implantarlo en el cuerpo humano, es a partir de 1960 que descubrieron que el semen recién recolectado no puede utilizarse para la fecundación en laboratorio.

Pero los estudios realizados encuentran su aplicación práctica el 25 de julio de 1978 cuando tiene lugar el nacimiento de la primera niña llamada “de probeta”, Louise Brown en Oldham, Inglaterra siendo un acontecimiento único en esa época, al ser la primera vez en realizar un procedimiento reproductivo de forma externa del cuerpo humano, lográndose implantar un embrión a una mujer que tenía problemas en las trompas de falopio.

Este método fue intentado desde un siglo atrás y fue llevado a cabo por los médicos ingleses Patrick Christopher Steptoe y Robert Geoffrey Edwards del *Oldham General Hospital*, mismos que tardaron cien intentos para lograrlo.⁴⁶ En España el primer nacimiento por fecundación *in vitro* fue en 1984, en el hospital de Cruces (Bilbao) con el alumbramiento de Victoria Ana Perea.⁴⁷

⁴⁶ Hurtado Olliver, Xavier. ob. cit. pp. 31-37.

⁴⁷ Lema Añón, Carlos. *Reproducción, poder y derecho: Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Trotta. España. 1999. p. 53.

Los antecedentes de la reproducción artificial heteróloga sucedieron en 1785 en París, Francia donde el decano de la Facultad de Medicina de París, de apellido Thouret, fecundó a una mujer con su semen por medio de una inyección intravaginal.

Además Dolores Loyarte y Adriana Rotonda informan que también una de las primeras veces en aplicar la técnica de inseminación artificial con semen de un donante se remonta al año de 1884, en la que un ginecólogo inglés de apellido Pancoast hizo uso de esta técnica.⁴⁸

Sobre la inseminación artificial homóloga sus inicios fueron en 1799 cuando se atribuye a un cirujano escocés, llamado John Hunter el embarazo de la hija de un mercader que tenía defectos en sus genitales, con semen del marido (este hecho se encuentra documentado en la *Royal Society* de Londres).⁴⁹

El término jurídico maternidad gestante comenzó a utilizarse con el III Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Córdoba, España en 1961, en donde diversos juristas propusieron atribuir el hijo a la madre embarazada.⁵⁰ Y con ésta técnica surgen un sinnúmero de casos polémicos respecto a la filiación de los menores procreados y que a continuación se mencionan.

En Inglaterra en 1978, una pareja estéril solicitó los servicios de una mujer para que procreara un bebé con gametos del varón de la pareja, ignorando que la mujer era prostituta y que al nacer el menor, ésta se arrepentiría de entregarlo, por lo que el

⁴⁸ Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. pp. 14, 79-80.

⁴⁹ Hurtado Olliver, Xavier. ob. cit. p.11.

⁵⁰ Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. p. 122.

padre biológico acudió a los tribunales para solicitar su custodia y sólo obtuvo la orden de manutención y derecho a visitas, las cuales la madre gestante revocó por no estar de acuerdo.

También en Inglaterra otro caso en el que después de haber celebrado el contrato respectivo y habiendo ya nacido el bebé, ambas parejas se arrepintieron y ninguna quería al menor, la madre que lo gestó era casada con cuatro hijos y se decretó que el hijo sería legítimamente suyo aún contra su voluntad.⁵¹ En Italia aconteció la situación de una hija, a la que se le implantaron los óvulos de su madre de 48 años fecundados con semen de su marido.⁵²

Si analizamos las diferentes situaciones que se suscitaron vemos que se vulneraron los derechos del menor al nacer, se lucró con su gestación, se le negó el derecho a conocer sus verdaderos orígenes, se le consideró como mera mercancía e incluso se alteró su filiación como en el caso de la hija que procrea al hijo de su madre.

En la congelación de gametos ya desde el año de 1953 Bunge y Sherman, ambos de Escocia, producen 3 embarazos con semen congelado. El belga Robert Schoysam en 1960 crea el primer banco de esperma en Europa⁵³ y en 1968 se establecen bancos de semen en Francia y Alemania principalmente, con absoluto secreto de identidad. En 1970 el Dr. George Sillo-Sidel de Frankfurt, Alemania insemina a una mujer con semen congelado.⁵⁴

⁵¹ Almazán Cué, Juan Pablo. ob. cit. pp. 135-137.

⁵² Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. p. 116.

⁵³ Hurtado Olliver, Xavier. ob. cit. p. 32.

⁵⁴ Gutiérrez y González Ernesto, citado por Almazán Cué, Juan Pablo. ob. cit. p. 52.

El informe Warnock fue un antecedente importante en la legislación de la reproducción asistida y surge en 1982 cuando el gobierno inglés designó una Comisión encabezada por Dame Mary Warnock para analizar e investigar la medicina y la ciencia con su relación con la fertilización humana y la embriología.

Al analizar cómo influye en los aspectos éticos, políticos y sociales, además de jurídicos, el informe de esta comisión lleva el nombre de informe Warnock en honor a quien lo presidió y fue dado a conocer por el Departamento de Salud y Seguridad Social de Inglaterra en 1984, orientó a otros países en su investigación sobre el tema.⁵⁵

3.2 América Latina.

Hacia el año de 1984 se tuvo conocimiento de que nació el primer bebé latinoamericano con el uso de la técnica llamada fecundación *in vitro* realizada en el país de Colombia y que posteriormente la técnica se expandió rápidamente por todo el continente.

En 1990 surgió el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida que es la principal fuente acerca de las técnicas que se realizan en el continente y el primero del mundo, lleva registros universales de forma anual y se localiza en el país de

⁵⁵ Hurtado Olliver, Xavier, citado por Almazán Cué, Juan Pablo. ob. cit. pp. 117-118.

Chile.⁵⁶ Por cierto este último fue el cuarto país en el mundo en conseguir el método de fecundación *in vitro*.⁵⁷

En Argentina el C.E.G.Y.R. (Centro de Estudios en Ginecología y Reproducción) en agosto de 1985, logra el primer embarazo por medio de la técnica *in vitro*, comunicó la Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad.⁵⁸ El Colegio de abogados de Buenos Aires consideraba que se tenía que sancionar penalmente la crioconservación y destrucción de embriones y que debían transferirse todos los embriones utilizados en su totalidad a la mujer, esto en marzo de 1996.⁵⁹

Se reguló la fecundación *in vitro* en Costa Rica el 3 de febrero de 1995 con las limitantes de que su uso fuera sólo para parejas casadas, que se utilizaran como máximo seis óvulos dentro del procedimiento y de que todos los fecundados se utilizaran, que ninguno se desechara o se guardara para su posterior uso.

Además, en el mismo país se suscitó la prohibición de lucrar con células germinales. Dos meses después se presentó un recurso de inconstitucionalidad por considerar que se atentaba contra el derecho a la vida y la dignidad del ser humano con la mencionada técnica.

La fecundación *in vitro* fue practicada desde el inicio de la mencionada Ley de 1995 en Argentina y continuó llevándose a cabo hasta el año 2000 y dentro de ese lapso

⁵⁶ Schwarze M., Juan Enrique; Zegers-Hoschild F., Fernando; Galdames V., Verónica. *Reproducción asistida en Latinoamérica y Chile*. 2010. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/ponencias-congreso-derecho-privado/familia-y-sucesiones-paula-giacchetta-noelia-giselle-dorin.pdf>.

⁵⁷ Álvarez Díaz, Jorge Alberto. *Historia contemporánea: las técnicas complejas de reproducción asistida*. 2007. <http://www.medigraphic.com/pdfs/ginobsmex/gom-2007/gom075i.pdf>.

⁵⁸ Loyarte, Dolores; Rotonda, Adriana E. ob. cit. p. 119.

⁵⁹ Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. p. 181.

tuvo como resultado el nacimiento de 15 niños, hasta que se declaró su inconstitucionalidad. Por lo que los afectados que estaban en lista de espera, acudieron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para pedir una petición contra la República de Costa Rica por haber sido vulnerados sus derechos reconocidos por dicha Convención y hasta el día de hoy la técnica todavía no es aceptada.⁶⁰

Sobre la inseminación artificial heteróloga la Comisión 1 de las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, celebrada en el año 1992 en Argentina, informaron que la impugnación por parte del marido ante el consentimiento otorgado ante esta técnica, daría lugar a una acción de daños y perjuicios a favor de la madre y del hijo, pudiendo reclamar el daño patrimonial, además del daño moral.⁶¹

Respecto a la inseminación *post mortem*, en las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Civil celebradas en Lima, Perú en septiembre de 1992, no se autoriza su uso con gametos de algún hombre, ni para fecundar a su esposa, ni a otra mujer, excepto en el caso de que hubiera cedido el semen subsidiariamente para un banco.⁶²

⁶⁰ Brena Sesma, Ingrid. *La fecundación asistida ¿Historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. vol. XII. México. 2012. pp. 25-45.

⁶¹ Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. p. 96.

⁶² Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. p. 196.

3.3 Estados Unidos

La inseminación artificial homóloga comenzó en el siglo XIX, su práctica se multiplicó y ya en 1835, J. Marion Sims obtuvo una muestra del gameto reproductivo del marido de una mujer que sufría de vagina “hiperestésica” (probable vaginismo), la anestesió e inyectó el semen obteniendo un exitoso embarazo.⁶³

La inseminación artificial heteróloga tiene sus inicios en 1909 cuando Addison Davis Hard publicó en el periódico *Medical World* una carta donde se narra la primera inseminación artificial con espermatozoides de donador y que tuvo lugar en el *Jefferson Medical College* de los EU en 1884.

Hard pertenecía al grupo de estudiantes de medicina y utilizó como donadores a sus compañeros, él padecía azoospermia e inseminó a su mujer sin decirle a ella nada y le contó lo sucedido al menor cuando éste tuvo 25 años.⁶⁴ El juez H. Greemberg, de la Corte Suprema de Nueva York, declaró ilegítimos a los nacidos con esta técnica.⁶⁵

Sobre los inicios de la maternidad gestacional, en 1975 una pareja estéril puso un anuncio en un periódico con ofrecimiento de remuneración a la mujer que aceptara ser inseminada artificialmente, a partir de ahí abundaron anuncios de requerir servicios del mismo tipo e igualmente ofrecerlos y con ello a proliferar agencias dedicadas a llevar a cabo este negocio.⁶⁶

⁶³ Guzmán Ávalos, Aníbal. ob. cit. p. 29.

⁶⁴ Guzmán Ávalos, Aníbal. ob. cit. pp. 29-30.

⁶⁵ L. Martínez-Calcerrada citado por Lema Añón, Carlos. ob. cit. p. 32.

⁶⁶ Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. p. 110.

El 15 de noviembre de 1980 en Louisville, Kentucky se tiene noticia del primer caso de fecundación con semen de una pareja solicitante, respecto con una mujer llamada Elizabeth Kane de 37 años con tres hijos propios, quien recibió diez mil dólares por llevar a efecto la maternidad gestacional. Caso aparte en Knoxville, Tennessee en 1980, una mujer llamada Somata Troy concibió un hijo para su hermana estéril, con gametos de su cuñado.⁶⁷

Se hace notar que ante la falta de legislación específica en Estados Unidos y bajo el *Common law* (derecho común o consuetudinario) los órganos jurisdiccionales tuvieron que utilizar aplicaciones novedosas en la legislación que imperaba para resolver los casos controversiales que ante ellos se presentaban.

Como ejemplo de estos casos es de indicar que en Michigan en 1981 un hombre solicitó los servicios de una mujer que fuera inseminada por él, pagándole la suma de diez mil dólares, la señora igualmente era casada, el contratante se amparó en *Paternity Act*, Ley del estado sobre filiación para que se declarara que él era el padre del menor por nacer.

Sucedió que la Corte, a la que el padre pidió actuar, solicitó la intervención del Procurador General del estado quien resolvió que al ser la mujer casada y al estar de acuerdo el marido en la inseminación, el menor creado se declararía ser hijo de la pareja.

El 10 de junio de 1983 en Lansing Michigan, otra mujer llamada Judy Stiver, también casada, aceptó al igual que su marido a ser inseminada con gametos de Alexander

⁶⁷ Hurtado Olliver, Xavier. ob. cit. p. 56.

Malahoff, quienes recibirían un pago de diez mil dólares y renunciarían a la custodia del bebé por procrear.

El problema surgió al nacer porque tuvo microcefalia, una deformación por una infección, por lo que Alexander objetó la paternidad y al realizarse los estudios de ADN se obtuvo como resultado que no era su hijo biológico y la señora Judy y su esposo aceptaron que violaron el pacto de abstinencia en el tiempo de la fecundación y el menor fue puesto en adopción, bajo cuidado del Estado.

Por otra parte, en 1985 con el caso de Baby M. una niña procreada por Mary Beth Whitehead de 27 años y el semen del varón de una pareja de doctores solicitantes, que al llevarle a la niña para amamantarla Mary ya no quiso entregarla como se había pactado.

Mary renunció al pago pero la pareja acudió a las autoridades para obtenerla por la fuerza, por lo que la familia Whitehead huyó, fueron obligados a regresar y a enfrentar cargos criminales, durante el juicio se decidió que lo mejor para la niña era estar con los padres que tenían mejor nivel de vida.⁶⁸

Si analizamos los casos mencionados no se le daba certeza jurídica al menor concebido bajo la técnica, lo que era primordial para las parejas era el afán de cumplir su objetivo de procreación por parte de la pareja infértil y el afán de lucro por parte de la mujer que gestaba.

⁶⁸ Almazán Cué, Juan Pablo. ob. cit. pp. 125-134.

Así mismo, no se tomaban en cuenta las posibles consecuencias que podían suceder al tener el bebé enfermedades o contratiempos no calculados; y que decir de su filiación a la cual el menor tiene derecho y que muchos de los casos tenían que ser decididos por un tribunal.

Sobre la fecundación *in vitro* el primer acontecimiento fue en 1982 en el *Hospital General de Norfolk*, Virginia cuando Elizabeth Jordan Carr nació en Estados Unidos, convirtiéndose en el primer embarazo logrado en América gracias a este novedoso método.⁶⁹

En relación a los antecedentes de la técnica de congelación de gametos el primero que sucedió fue en el año de 1953, cuando unos mellizos nacieron en el estado de California, Estados Unidos siendo éstos procreados con 8 años de diferencia entre ambos.⁷⁰

3.4 México.

En 1958 El presidente de la República envía al Congreso de la Unión un proyecto de ley denominado “Ley que regula algunas transacciones civiles y mercantiles sobre el cuerpo humano, sus sistemas, sus aparatos, órganos y fluidos” en él, se hizo una reglamentación pésima de la materia.⁷¹

A finales de los ochentas es cuando comenzaron a crearse clínicas en México que se encargarían de estas técnicas en hospitales públicos y privados. Uno de los

⁶⁹ Hurtado Olliver, Javier. ob. cit. p. 36.

⁷⁰ Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. pp. 176-179.

⁷¹ Gutiérrez y González, Ernesto. Citado por Almazán Cué, Juan Pablo. ob. cit. p. 49.

primeros fue el Instituto Nacional de Perinatología que inició su aplicación en 1989 para toda la población aplicando la fertilización *in vitro* homóloga.

Posteriormente se unió a su utilización de las técnicas el Hospital General 20 de Noviembre del ISSSTE en el año de 1996. La técnica de fertilización *in vitro* heteróloga se aplicaría más tarde en una clínica del sector privado: Clínica de Reproducción y Genética ubicada en el Hospital Ángeles del Pedregal de la Ciudad de México en 1985 y fue la única hasta 1990.⁷²

En 2006 se reestructuró la unidad de reproducción asistida del Centro Médico Nacional 20 de noviembre haciendo un análisis a fondo de los participantes de estas técnicas a nivel psicológico, social y económico, así como para evitar enfermedades hereditarias.⁷³

Uno de los primeros antecedentes legislativos en nuestro país fue el realizado por el Dr. Ernesto Gutiérrez y González con el Anteproyecto de Código Civil para el Estado de Nuevo León, donde en el artículo 377 contempla todos los tipos de inseminación artificial dentro de matrimonio, concubinato y aún entre personas solteras.

En la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México el 30 de noviembre de 2010 se aprobó la Ley de Gestación Subrogada del Distrito Federal, pero ésta no fue

⁷² Cardaci Dora y Sánchez Bringas, Ángeles. "Hasta que lo alcancemos..." *Producción académica sobre reproducción asistida en publicaciones mexicanas*. 2009. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-70172009000200003.

⁷³ Pérez Carbajal y Campuzano, Hilda y Rodríguez López, Dina. *Técnicas de reproducción asistida y su repercusión en las instituciones del derecho de familia*. Porrúa. México. 2015. p. 50.

publicada. El ejecutivo envió comentarios que se discutieron pero no se aprobaron, en ella sólo se permitiría su ejercicio a parejas en matrimonio o concubinato, sin fines de lucro, con contrato de consentimiento ante notario público.⁷⁴

Así mismo, también forman parte de los antecedentes de la reproducción asistida los Códigos Civiles de los Estados de Tabasco, Estado de México, Jalisco, Coahuila de Zaragoza, Querétaro y Sinaloa; quienes anteriormente se dieron a la tarea de legislar sobre el tema.

⁷⁴ Andi6n, Ximena. *Omisi6n e indiferencia, derechos reproductivos en M6xico, aborto, anticoncepci6n, mortalidad materna, violencia obst6trica, vida laboral y reproductiva, reproducci6n asistida*. 2ª edici6n. Gire. M6xico. 2013. pp. 171-174.

Capítulo 4. Marco jurídico de los métodos de reproducción asistida.

4.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Es el marco jurídico general, base de la normatividad que regula los métodos de reproducción asistida que existen actualmente y de ella se desprenden los principales lineamientos legales que la conforman y que a continuación se detallan.

En el artículo primero el acceso a la reproducción asistida implica el ejercicio de una serie de derechos humanos, entre ellos el derecho a una familia, a la igualdad, no discriminación, autonomía reproductiva, a la salud y al beneficio del progreso científico.⁷⁵

Donde se beneficia al sujeto titular de las garantías que ella misma consagra, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. El derecho a la vida es consagrado también en este mismo artículo, sin el cual los demás derechos carecerían de sentido.

Dentro de nuestra Carta Magna encontramos en el artículo cuarto los lineamientos respecto a la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, por ende ambos tienen los mismos derechos de protección del desarrollo de su familia y a tener el libre derecho a decidir de forma responsable e informada el número y cantidad de hijos por procrear.

Aunque no nos señale el artículo anterior si está incluida la reproducción de parejas del mismo sexo o si está autorizada en personas que viven solas para lograr este

⁷⁵ Andión, Ximena. ob. cit. p. 166.

cometido o si se puede hacer uso de la reproducción asistida para lograrlo, entendemos que sí porque si no se vulneran sus garantías.

Además en el mismo artículo se regula el derecho a la conservación de la salud, de la cual deriva la Ley General de Salud y con ella sus reglamentos que son objeto del presente estudio: Reglamento en Materia de Investigación para la Salud y Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

Siguiendo con el artículo 4º, es de indicar que éste nos garantiza por igual el derecho a tener una identidad, a que seamos registrados, así como la obtención gratuita de la primera acta de nacimiento como una novedosa ley recién aprobada, para con ello obtener una filiación cien por ciento certera.

En dicha hipótesis normativa se establece que, como siempre, se debe respetar el principio del interés superior del menor y el de garantizar sus derechos del niño con la ayuda tanto del gobierno, como de los familiares ascendientes, tutores y sus representantes legales.

Por ello tal como acertadamente lo regula nuestra Carta Magna se deben garantizar los derechos de la niñez; luego entonces, al aplicar las técnicas de reproducción asistida, no se pueden anteponer los derechos reproductivos de las parejas antes que la de los menores.

El artículo 14 Constitucional nos da las pautas para recurrir a los principios generales del derecho en relación de sentencias en los juicios de orden civil, a la aplicación de la jurisprudencia y a la doctrina, es por ello que nos valemos a

utilizarlos en muchas ocasiones respecto a la aplicación de la reproducción asistida en la que no existen muchas normas que encuadren su aplicación jurídica.

Además, continuando con el mismo artículo, es importante el respetar los derechos del concebido aún no nacido, ya que nadie podrá ser privado de la vida, la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos como el mismo nos lo demuestra.⁷⁶

Así mismo, el artículo 16 Constitucional nos señala que nadie puede ser molestado en su persona ni comportamiento, incluyendo decisiones privadas que no afectan a otras personas como es el procrear.⁷⁷

Con fundamento en el artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es competencia del Congreso emitir las leyes en relación a los servicios de salud y dentro de estos los referentes a la reproducción asistida, esto a nivel federal; además es competencia de la Ley General de Salud establecer las bases para su regulación.⁷⁸

4.2 Código Civil Federal.

Es el ordenamiento y base legal de donde se deriva tanto el Código Civil que actualmente nos rige es decir, el Código Civil vigente, como también todos los Códigos Civiles de los estados que ahora conforman y reglamentan todo el país en esta área.

⁷⁶ Almazán Cué, Juan Pablo. ob. cit. p. 80.

⁷⁷ Guzmán Ávalos, Aníbal. ob. cit. p. 135.

⁷⁸ Andión, Ximena. ob. cit. p. 168.

En el Código Civil Federal la filiación, dentro de la Institución del matrimonio, está establecida en el artículo 324 que nos menciona que todos los hijos nacidos después de ciento ochenta días después de su celebración se consideran dentro de la unión.

También se presumen hijos de los cónyuges los procreados después de los trescientos días después de terminado el matrimonio, independientemente de la forma de su disolución. No podrá desconocerse la paternidad si el varón estaba enterado del embarazo de su próxima consorte y se demuestra con una prueba por escrito; si asistió a firmar el acta de nacimiento; si reconoce al menor como su hijo o si el menor nace no apto para vivir (artículo 328).

Pero para que no haya duda, por si la mujer contrae nuevas nupcias en periodo prohibido se determina que trescientos días después de terminado la anterior unión, se establece en el mismo Código, que el hijo será del primer matrimonio si nace dentro de esos trescientos días y antes de ciento ochenta del segundo enlace.

Si dentro de esa segunda unión mencionada nace un menor después de ciento ochenta días del vínculo, no importando que hayan pasado trescientos días de la disolución del primer matrimonio pertenecerá a ésta pareja el hijo nacido, así lo señala el artículo 334.

El marido cuenta con un período de sesenta días para promover la impugnación de paternidad, ese plazo comenzará a correr a partir del momento en que se entera del nacimiento y tendrá que acreditar que no pudo tener acceso carnal con su esposa

dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento

Los herederos del varón mencionado podrán continuar la contradicción de la paternidad legalmente si éste la comenzó, en caso contrario sólo contará con sesenta días a partir de que el hijo sea puesto en posesión de los bienes del supuesto padre para llevarla a cabo.

El parentesco reconocido en el ordenamiento es el de afinidad, consanguinidad y civil. La filiación de hijos nacidos en unión conyugal se prueba con la partida de nacimiento y el acta de matrimonio de sus padres, a falta de ésta con la posesión constante de estado de hijo. El solo reconocimiento del padre estando ya plasmado el nombre de la madre ya no necesita más legitimación. Aunque el reconocimiento sea posterior los derechos filiales se adquieren desde que inició el vínculo.

En la figura del concubinato, la filiación con respecto a la madre se determinará por su nacimiento principalmente y con el padre por reconocimiento voluntario o por sentencia judicial que así lo acredite como acertadamente nos lo hace saber el artículo 360.

Si se va a llevar a cabo el reconocimiento se necesita tener como mínimo la edad requerida para contraer matrimonio, es decir de dieciséis años en caso de varones y catorce como mínimo para las mujeres, más la edad del hijo reconocido para hacerse efectivo, es un acto no revocable.

En el artículo 382 la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, está permitida en casos de:

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

Es por obvias razones que en casos de rapto, estupro o violación se admite la investigación de la paternidad ya que como resultado de ello se necesita tener certeza jurídica para el menor y darle protección. Como ya se vio también el contar con la posesión de estado de hijo, es otra prueba aceptada en nuestra legislación para determinar la paternidad.

Al igual que la cohabitación con la madre del pretendido hijo es otra forma de comprobar el estado de hijo. El menor puede tener una prueba a su favor para demostrarlo, pero ésta no puede ser el que el supuesto padre le haya dado alimentos, porque ésta no es aceptada como argumento válido.

Con fundamento en el artículo 60 del Código Civil Federal la madre no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo, sólo en caso de que al registrarse un menor y se ignore este hecho se asentará que el hijo es de madre desconocida y se investigara la maternidad. En el acta no se puede escribir el hecho de ser un hijo natural.

Para que se haga constar el nombre de un padre en el acta de nacimiento fuera de matrimonio tiene que hacerlo él personalmente y si es menor por medio de sus tutores legales; si el hijo fuere adulterino podrá asentarse el nombre del padre casado o soltero si lo pidiere, artículo 62 del ordenamiento que se analiza.

El artículo 77 señala que si el padre o la madre de un hijo natural, o ambos, lo presentaren para que se registre su nacimiento, el acta surtirá todos los efectos del reconocimiento legal, respecto del progenitor compareciente. El Código Civil Federal consagra el derecho a decidir libremente el número y espaciamiento de los hijos que decidan los cónyuges, siendo este derecho una de las bases importantes para el surgimiento de las técnicas de reproducción asistida.

4.3 Ley General de Salud.

Es la Ley reglamentaria del artículo 4º, párrafo 3º Constitucional fue aprobada el 26 de diciembre de 1983 por el Congreso de la Unión y ella junto con sus dos Reglamentos, que a continuación se detallan, conforman actualmente el marco legal de nuestro tema.

Atendiendo a su artículo primero es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social. El artículo 2º consagra el bienestar físico y mental del hombre, siendo la reproducción asistida derivada de un derecho y a la vez un problema de salud.⁷⁹

⁷⁹ Guzmán Ávalos, Aníbal. ob. cit. pp. 129-130.

En su artículo tercero fracción VII nos indica que la planificación familiar e igualmente el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y células es materia de salubridad general.⁸⁰ En el capítulo VI que se denomina “Servicios de planificación familiar” en el Título tercero llamado “Prestación de los servicios de Salud” en específico en el artículo 67 la planificación familiar tiene carácter prioritario complementándose así con el artículo 68 de dicha Ley.

Siguiendo con este último artículo, en la fracción IV nos señala que esos servicios que se mencionan comprenden: El apoyo y fomento de la investigación en materia de infertilidad y biología de la reproducción humana, que son los que nos atañen principalmente, entre otros.

En su Título décimo cuarto encontramos los requisitos de la donación a cargo de la Secretaría de Salud a través del organismo desconcentrado denominado Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios determina que los establecimientos dedicados a la donación de células germinales requieren de autorización sanitaria para funcionar (artículo 315 fracción III).

La inseminación artificial no es actividad prohibida por la ley, a menos que se lleve a cabo en forma dolosa e irresponsable es lo que nos señala el artículo 466. La donación según la Ley General de Salud 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.

⁸⁰ Andión, Ximena. ob. cit. p. 108.

Los términos para la donación de células es con consentimiento tácito o expreso, el expreso será por escrito, por persona mayor de edad con capacidad jurídica y no podrá ser revocada por terceros sólo por el mismo donante, en el momento que lo desee y sin responsabilidad de su parte. Está prohibido el comercio de células su donación debe ser fuera de lucro y su uso a título gratuito (artículo 327).

En el artículo 466 se señala pena de uno a tres años de prisión, al que sin consentimiento de una mujer adulta o sin él, si es una menor de edad, realice en ella inseminación artificial si no se produce un embarazo y si se obtiene de 2 a 8 años. Una mujer casada necesita del consentimiento de su esposo para realizar la técnica.

La ley General de Salud cuenta con su Reglamento en Materia de Investigación Para la Salud, en vigor desde enero de 1987, el cual en su artículo 40 fracción XI menciona a la fertilización asistida como “aquella, en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización *in vitro*.”

Y además dispone como requisito para la investigación en fertilización asistida la carta de consentimiento informado de ambos en una pareja ya sea cónyuges o concubenarios, previa información de los riesgos que puedan surgir y con la voluntad libre de coacción.

En el contrato intervendrán la pareja, el médico y dos testigos; además deberá formularse por escrito (artículo 22). El consentimiento se dispensará solamente por incapacidad, imposibilidad fehaciente para proporcionarlo, por riesgo inminente

para la salud o la vida tanto de la mujer, del embrión, feto o recién nacido (artículo 43).

Además se autoriza el uso de las técnicas siempre y cuando haya esterilidad comprobada y respetando el punto de vista moral, cultural y social de parte de los que conforman la pareja (artículo 56). El artículo 21 delimita el consentimiento, con la respectiva libertad de retirarlo en cualquier momento sin algún perjuicio, el procedimiento será confidencial y debe ser por escrito, realizado por profesionales de la salud.

Se refiere a profesionales con título legalmente expedido los que son otorgados por la Secretaría de Educación Pública o con certificados de especialización igualmente autorizados, que estén bajo la supervisión de autoridades sanitarias y que cuenten con las instalaciones adecuadas.

En lo que respecta del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos creada en el año de 1985, nos enfatiza igualmente el consentimiento que debe otorgar el donador para serlo, además de que puede revocarlo si lo quiere y que igualmente debe ser a título gratuito, situación que generalmente no sucede.

El artículo 56 nos hace de nuestro conocimiento que entrarán dentro de los llamados “productos” del cuerpo humano las células germinales, es por ello que menciona que solo las instituciones autorizadas pueden obtener la guarda, custodia, conservación, preparación y utilización de órganos, productos, entre otros; y que además deben contar con su permiso sanitario respectivo.

4.4 Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México.

Es el principal rector de las disposiciones jurídicas que dan marco legal a la reproducción asistida, junto con su Código de Procedimientos Civiles vigente y que aunque ha tenido hasta la fecha diversas reformas en su contenido, todavía no cubre con las suficientes normas jurídicas para estar completamente reglamentadas para su óptima aplicación.

El artículo 19 nos da la pauta para que toda controversia de orden civil sea resuelta conforme a la ley y que de no ser posible conforme a su interpretación jurídica, a falta de ésta conforme a los principios generales del derecho. Como actualmente la reproducción asistida no se encuentra perfectamente reglamentada, se tiene que acudir a ellos para su solución.

El artículo 22 nos señala acertadamente como es que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y por ello es que le corresponde a los padres, quienes aportaron las células germinales, el ejercicio de esos derechos.

Pero este artículo divide opiniones ya que muchos consideran que el individuo hasta que nace vivo y viable goza de derechos y que en el caso de la reproducción asistida y en el caso específico de la reproducción *in vitro* al unir las células germinales y formar pre-embryones, que no van a utilizarse y que van a ser desechados están atentando contra esta ley.

Si son incapaces de adquirir por falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de una herencia, entonces los procreados bajo la

técnica de inseminación artificial *post mortem* quedan fuera de ser legalmente reconocidos y con ello afectados en sus derechos.

El concepto de filiación utilizado en el Código no es acertado, ya que es la relación que nace entre un hijo y sus progenitores y no al revés, como nos da a entender el concepto citado. Al hablar sobre filiación, no se permite hacer ningún tipo de concesión y se le da la importancia a los derechos que genera sin importar como es que esta se dio, la filiación por matrimonio se comprueba con el acta y la partida de nacimiento y a falta de éste por el reconocimiento.

El artículo 162 otorga a las parejas el derecho de decidir libremente cuántos hijos quieren tener mientras se haga de una forma responsable e igualmente autoriza el uso de los métodos de reproducción asistida, sin especificar cuáles de estos si se pueden utilizar y cuáles no, si es para parejas heterosexuales u homosexuales o para personas solas.

Artículo 291ter “Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.”

Es así como el Código equipara a una relación matrimonial con un concubinato. Artículo 374 El hijo de una mujer casada no puede ser reconocido por otro hombre que no sea su marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es suyo.

Serán hijos de la unión los nacidos dentro del matrimonio y los engendrados dentro de los trescientos días después de su disolución, esto señalado en el artículo 324

y se admiten como pruebas en contrario todas aquellas que el avance de la ciencia pueda ofrecer, artículo 325.

Pero es el artículo 326 quien nos señala como es que el cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos dentro de su matrimonio con su cónyuge por medio de técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.

El artículo 293 establece que 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 carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco.

Continuando con el Código Civil vigente el artículo 138 ter nos indica que las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público y son de interés social y se deben proteger. Es así como consagra el Código al vínculo que nace de una unión familiar incluyendo a los nacidos con las técnicas de reproducción asistida.

Igualmente el artículo 138 quintus nos indica como las relaciones de familia nos da como resultado que nazcan obligaciones, derechos y deberes entre todos sus integrantes ya sea que estén unidos por lazos de matrimonio, concubinato o por parentesco.

El artículo 329 señala como es que si hay controversia en el caso de la paternidad de un menor nacido después de los trescientos días posteriores a la disolución de un matrimonio, se podrá realizar en cualquier tiempo a no ser que el cónyuge haya

aceptado expresamente en realizar el uso de algún método de reproducción asistida en su esposa.

La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento, nos afirma el artículo 340, a falta de esta con la posesión de estado de hijo o así mismo con las pruebas que la ley o los avances científicos ofrecen. También la ley otorga la garantía de reclamar la filiación de forma imprescriptible.

Capítulo 5. Los métodos de reproducción asistida en el derecho comparado.

5.1 España.

Se rige por la ley 14/2006 del 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Es una de las más completas a nivel mundial porque abarca todas las técnicas que actualmente existen, la cual derogó a la Ley 35, del 22 de noviembre de 1988.⁸¹

Autoriza el uso de las técnicas solo en caso de éxito razonable, que no cause daño físico, psíquico o de afectación a la posible descendencia de quienes las utilizan. Deben ser perfectamente orientados a los riesgos, consecuencias y obligaciones tanto económicas, jurídicas y biológicas. Además debe existir consentimiento y el derecho a retirarlo en cualquier momento hasta antes de la transferencia embrionaria.

En fecundación *in vitro* transferir solo un máximo de tres pre-embriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo, entendiendo por éstos “los embriones *in vitro* constituidos por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundo hasta catorce días más tarde” (artículo 1).

La donación debe ser a título gratuito, formal y confidencial entre donante y centro autorizado, puede ser revocable pagando daños y perjuicios si los hubo. Habrá uso de esta información en casos extraordinarios de peligro de vida o salud, incluso se

⁸¹ Chiapero, Silvana María. *Maternidad subrogada*. Edit. Astrea. Argentina 2012. p. 109.

puede revelar identidad si fuera necesario. Realizarse por mayores de dieciocho años, con buena salud psicofísica y con capacidad jurídica.

Las usuarias de las técnicas deben ser igualmente mayores de edad, con capacidad de obrar, no importando su orientación sexual, ni su estado civil, pero en caso de ser casada debe contar con autorización del cónyuge, con excepción de separación comprobable fehacientemente.

En este caso los indicados para seleccionar al donador serán los médicos, la forma es atendiendo a la similitud fenotípica e inmunológica, escogiendo los gametos a utilizar en el Registro Nacional de Donantes, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, el cual será el indicado.

La filiación resultante con el uso de las técnicas y su respectivo consentimiento no podrá ser impugnada, aunque se revele la identidad del donante. Se autoriza la fecundación *post mortem* si el marido u hombre no casado autoriza el uso de su semen doce meses después de su muerte por medio de escritura pública o por medio de testamento.

Se considera nulo el contrato de maternidad gestacional en el que la mujer renuncie a la filiación de un menor con o sin precio a favor de la contratante. La filiación de hijos nacidos por esta técnica será determinada por el parto, quedando a salvo la reclamación de paternidad.

Así mismo está autorizada la crio-conservación de gametos y pre-embriones, procedimiento que debe realizarse en bancos de gametos autorizados, que

garantizarán su cuidado, además están obligados a analizarlos antes de su uso en la fecundación para garantizar su óptimo resultado.

Para el caso de los pre-embryones cada dos años se necesita el documento que autorice el consentimiento para su renovación o modificación para seguirse conservando, si en dos renovaciones consecutivas no se logra respuesta quedarán a disposición de los centros.

5.2 Francia.

El sistema de seguridad social proporciona el reembolso de los gastos de fecundación *in vitro*, en ello es la más completa. Regula la inseminación y fecundación asistida, destinadas a parejas heterosexuales, vivos en edad de procrear, deben de contar con consentimiento hecho en escritura pública. Declara nulo contratos de maternidad gestacional, la donación será anónima y no se darán datos posteriores, sólo tendrán acceso a ellos los médicos.

En el capítulo primero del Título VII del libro primero del Código Civil, sección 4, titulado “De la procreación asistida” establece que en caso de practicar la fecundación artificial heteróloga no producirá filiación entre el donador y el menor creado y no se puede intentar ninguna acción legal. Éste tipo de técnica solo se practicará como último recurso si no se puede realizar la inseminación homóloga y con su respectiva autorización.

El consentimiento debe ser realizado ante notario o juez quienes les informarán de las consecuencias derivadas de éste, entre otras, que no se pueden desligar de la

obligación filial y de alguna acción para desconocer estado de hijo, aunque sobrevenga defunción, divorcio o separación.

Se puede revocar el consentimiento hasta antes de realizado el procedimiento y sólo es válido por escrito. Hay sanciones penales en caso de utilizar las técnicas de forma ilícita como el caso de hacerlo a título oneroso, el proporcionar datos del donador, entre otros.⁸²

La donación deberá ser gratuita y solo comprobando la imposibilidad de procrear de la pareja, no genera ningún tipo de unión filial. El artículo L.673-2 del Código de la Salud Pública, establece que el donante deberá formar parte de una pareja que ya tiene hijos y deberán otorgar el consentimiento ambos, al igual que los receptores y puede ser revocado hasta antes del procedimiento, por uno o por los dos integrantes de la unión.⁸³

Se autoriza el uso de las técnicas en caso de infertilidad comprobada y para evitar la transmisión de enfermedades hereditarias, la pareja debe estar viva en el momento del procedimiento, en edad de procrear, ser casados o estar en concubinato por dos años como mínimo.

La fecundación *in vitro* sólo con gametos de al menos un integrante de la pareja, se puede decidir por escrito que la fecundación se realice sobre determinado número de óvulos y los embriones se pueden conservar hasta por cinco años, teniendo que renovar el consentimiento cada año.

⁸² Guzmán Ávalos, Aníbal. ob. cit. pp. 114-121.

⁸³ Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. p. 90.

Se puede dar el caso de ceder los embriones a otra pareja pero el requisito que debe ser por escrito, además de no poder conocer su identidad mutuamente, otorgarse a título gratuito y sólo los médicos tratantes pueden tener acceso a la información, como se mencionó anteriormente.

El Código de la Salud Pública de Francia con su reforma de la Ley del 29 de julio de 1994, no acepta la fecundación *post mortem* al prohibir la aplicación de las técnicas de reproducción asistida si la pareja no se encuentra con vida al practicarla, aunque antes si fue autorizada una fecundación con esta técnica en 1984 por el Tribunal de *Grand Instance de Creteil*.⁸⁴

Sobre la maternidad gestacional El Comité *Consultatif National d'Éthique* en su opinión número 110, de mayo del 2010 afirma que la gestación por cuenta ajena es contraria a la dignidad humana y que además puede causar graves secuelas emocionales en los hijos.

La Ley número 94-653 promulgada el 29 de julio de 1994 introdujo un nuevo apartado en el Código Civil, dentro del artículo 16-7 el cual nulifica éste método. No sólo está prohibida la gestación por sustitución sino, además está penalizada por el Código Penal francés.⁸⁵

5.3 Inglaterra.

En 1985 se aprobó la *Surrogacy Arrangements Act* para el Reino Unido de Gran Bretaña en donde se sanciona penalmente la maternidad gestacional por medio de

⁸⁴ Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. p. 194.

⁸⁵ Lamm, Eleonora. *Gestación por sustitución*. iEdicions. España. 2013. pp. 18-119.

un contrato, sin embargo lo autoriza cuando no existe acuerdo escrito, si se realiza sin fines de lucro y sin intermediarios, autorizando gastos “razonables”.

El 1º de noviembre de 1990 se expidió la *Human fertilisation and Embryology Act*, que permite el uso de las técnicas a mujeres solas si firman consentimiento y aceptan la responsabilidad de las obligaciones que trae consigo el nacimiento del menor. Posteriormente se reformó en el año 2008 y el 6 de abril de 2010 aplican el artículo 1º de la Ley de adopción e infancia de 2002 a las solicitudes de órdenes parentales.

En la *fertilisation and embryology (Parental order) Regulations* de 2010 dictaminaba como requisitos para otorgar la orden parental, que al menos uno de los dos demandantes haya otorgado la célula germinal, que sean casados o en unión de pareja duradera, solicitar la orden dentro de 6 meses a partir del nacimiento del menor en cuestión, sean mayores de 18 años, vivan en el Reino Unido, que otorguen autorización libre de vicios y sin intercambio de dinero.⁸⁶

La donación es anónima y el niño creado sólo tiene derecho a investigar las características físicas de su padre biológico hasta la mayoría de edad, así mismo las personas de 16 años que piensan casarse pueden pedir a los tribunales acceder a la información de los registros siempre que sea en interés de la justicia.⁸⁷

En el Reino Unido la filiación es a favor de la mujer que da a luz, aunque no haya aportado su célula germinal, si se encuentra casada, su esposo será el padre, a

⁸⁶ Lamm Eleonora. ob. cit. pp. 131-135.

⁸⁷ Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. p. 105.

menos que demuestre que no firmó el contrato de maternidad por sustitución y entonces lo serán los comitentes del contrato realizado.

Por lo que al nacer el menor, se tramita la *parental orden* en la que se realizan dos actas de nacimiento, en la primera constará como madre la que lo parió y que tiene un plazo de reflexión de seis semanas para retractarse y en caso de no ser así en la segunda acta aparecerán como padres los comitentes.

Se admite la inseminación *post mortem* pero sin que el progenitor sea reconocido como el padre al igual que la crio-conservación de embriones. Si se permite el contrato de maternidad gestacional solo si es a título gratuito y la pareja que lo firma puede obtener el reconocimiento legal del menor, pero la madre sustituta tiene derecho de visitas al niño creado. Es autorizada la congelación de embriones y su donación.⁸⁸

5.4 Suecia.

Primer país en reglamentar la reproducción asistida, regula la inseminación artificial homóloga y la heteróloga. Los médicos seleccionarán al donante y la información de éste se guardará por setenta años en un libro especial, tiempo dentro del cual tendrá acceso el menor nacido por estas técnicas, si así lo desea, a consultarlo alcanzando la mayoría de edad o en caso de algún juicio por paternidad y sólo él tiene ese derecho.

⁸⁸ Guzmán Ávalos, Aníbal. ob. cit. pp. 112-114.

Para la Ley de Inseminación artificial 1140 del 20 de diciembre del año 1984 inseminación es la introducción de semen en la mujer, de manera artificial. Sólo es admisible en mujeres casadas o que vivan en concubinato, igualmente con su respectivo consentimiento, que puede ser revocable.

La inseminación artificial heteróloga sólo se puede practicar en hospitales públicos bajo supervisión médica y siempre que sea con la seguridad de que haya éxito, si se niega se puede acudir al Ministerio de Salud y Bienestar, para poder lograr su aprobación y su decisión será inapelable.

La donación es gratuita y se limita el número de ellas para evitar riesgos de consanguinidad, se coloca como mínimo 20 años la edad del donador y las edades de la pareja receptora deberán oscilar entre 25 y 45 años para ser candidatos. La información se guardará en un diario especial guardado por 70 años, para el acceso del menor en su madurez, sin producir filiación.⁸⁹

El Código Civil Suizo en el artículo 256 del Libro Primero señala que el marido no puede desconocer a un hijo por acción legal si consintió la concepción por obra de un tercero por escrito. Su uso en caso de infertilidad involuntaria de la pareja y con el apoyo de doctores especialistas en la materia, en hospitales públicos solamente protegidos por la ley.

La fecundación *in vitro* se permite solamente en el uso de la inseminación artificial homóloga (Ley del 14 de junio de 1988, reformada en 2006) y la maternidad

⁸⁹ Cárcaba Fernández, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. José María Bosch editor, S.A. Barcelona. 1995. pp. 47-48.

gestacional está prohibida, garantizando principalmente los derechos del menor.⁹⁰

Esta restricción se encuentra en el artículo 119.2, letra d de la Constitución federal y por el artículo 4 y 31 de la Ley antes referida.⁹¹

5.5 Alemania.

La legislación alemana utiliza una ley de naturaleza penal y no civil para reglamentar la reproducción asistida, esta es la Ley sobre la proporción de Adopciones y la Prohibición de Servicios de Intermediarios para procurar madres sustitutas creada el 30 de noviembre de 1989. Contiene las sanciones penales respecto a la inseminación artificial y a la maternidad gestacional, en la que sanciona punitivamente la transferencia de algún óvulo de una mujer a otra.

Su legislación protege de sobremanera al embrión desde la concepción, esto señalado en el inciso 3º de su artículo 1º en el que menciona que la vida humana comienza desde la introducción del espermatozoide en el óvulo hasta la culminación del proceso de fecundación.⁹²

El 13 de diciembre de 1990, además crea una Ley (745/90) que protege a los embriones utilizados en la inseminación artificial (*Embryonenschutzgesetz-Eschg*), prohibiendo la constitución de bancos de éstos y obliga a transferir todos los obtenidos al útero de la madre biológica y que no pueden ser más de tres.

⁹⁰ Guzmán Ávalos, Aníbal. ob. cit. pp. 96-105.

⁹¹ Lamm, Eleonora. ob. cit. p. 127.

⁹² Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. p. 137.

Sólo son válidas las técnicas en parejas unidas en matrimonio y en el caso del concubinato necesita un permiso especial por parte de la autoridad regional y sólo por excepción.⁹³ En esa misma Ley se prohíbe la donación de óvulos, que es sancionada penalmente y la donación de semen requiere una autorización especial.

Continuando con esa misma Ley sobre Protección de embriones, el Parlamento Federal decide aplicar con sanción privativa de la libertad a las personas que realicen la maternidad gestacional, la inseminación *post mortem*, la fecundación *in vitro* con fin diferente a producir un embarazo o cualquier técnica de reproducción asistida sin el respectivo consentimiento. Sólo un médico puede llevar a cabo las diferentes técnicas de reproducción asistida.⁹⁴

5.6 Estados Unidos.

Es en la décima enmienda de la Constitución de los Estados Unidos en la que se autoriza que cada estado legisle en su territorio y cada uno es muy variable respecto a otro. Sobre la maternidad gestacional los estados en que está completamente prohibida es Arizona, Kentucky y el distrito de Columbia, Michigan incluso persigue criminalmente a los partícipes.

Es en los Estados de Nebraska y Nueva York donde está prohibida si se realiza a título oneroso. Pero está permitida en Texas y Utah quienes adoptaron la *Uniform Parentage Act*, la cual contiene los requisitos para llevarse a cabo, entre ellos son

⁹³ Guzmán Ávalos, Aníbal. ob. cit. pp. 105-106.

⁹⁴ Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. p. 194.

que se realicen por parejas heterosexuales, que no puedan engendrar por sí mismas y que la gestante haya tenido por lo menos un hijo sano.

Se debe firmar un acuerdo por el que la madre gestante y su esposo, si es el caso, renuncian a sus derechos parentales y el certificado de nacimiento se expedirá a nombre de los comitentes. Es el Estado de Illinois el que no autoriza la maternidad subrogada sino sólo la gestacional, permitiendo solo la práctica a mujeres que no aporten su célula germinal y al menos un comitente debe aportar su gameto.

Además de Illinois que actualmente autoriza que el contrato sea oneroso, igualmente en el caso del estado de Virginia quien también regula su práctica y pide los mismos requisitos antes mencionados; la misma situación para el estado de Florida y New Hampshire, con la variante que éste último otorga 72 horas después del nacimiento del menor para que la gestante resuelva el contrato.

Los Estados que no tienen legislación pero si jurisprudencia a favor en caso de gestación por sustitución onerosa son California, Carolina del Sur, Pensilvania, Massachusetts y Ohio. En California se realiza la acción en el segundo trimestre de embarazo por medio de una sentencia que declare la filiación en el momento del nacimiento y se inscribe en la Oficina Estatal de Registros Vitales y los comitentes pueden ser pareja homosexual.

Tiene dos leyes al tópico que son: *Clinical Laboratory Improvement Amendments Act* de 1988 que establece los estándares de calidad de los laboratorios que realizan las técnicas y la *Fertility Clinics Success Rate and Certificación Act* de 1992, que se encarga de monitorear a las clínicas que se dedican a realizar las técnicas de

reproducción asistida y el manejo del material genético. Los Estados que regulan principalmente las técnicas son Florida, Virginia y New Hampshire.⁹⁵

Sobre la técnica de inseminación *post mortem* podemos mencionar que está sujeta a la legislación de los diferentes Estados, pero es la *American Society of Fertility*, que es el organismo que influencia en la materia, quien se pronuncia completamente en contra de ella.⁹⁶

Ésta última aprobó en 1994 las Consideraciones Éticas de las Técnicas de Fecundación Asistida, quien afirma que las personas tienen el derecho de procrear y por ello pueden recurrir a las diferentes posibilidades que la ciencia les ofrece incluyendo todas las diferentes técnicas de reproducción asistida.

Se han multiplicado las clínicas de fecundación *in vitro*, con publicidad engañosa, con cifras de éxito manipuladas y exageradas los precios son los más elevados del mundo.⁹⁷ En el estado de Michigan al cumplir 18 años de edad, los menores nacidos por la técnica de inseminación artificial heteróloga, deben de recibir la historia clínica del donante completa incluyendo su nombre. Si es autorizada la crio-conservación de embriones.

En el Estado de Arkansas respecto a la maternidad gestacional se dispone que si una pareja contrata una madre portadora soltera para que lleve a cabo la maternidad

⁹⁵ Almazán Cué, Juan Pablo. ob. cit. pp. 124-125.

⁹⁶ Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. p. 196.

⁹⁷ Lema Añón, Carlos. ob. cit. pp. 207-208.

de un menor, se determinan como padres legales a aquellos que contratan y no a ella.⁹⁸

5.7 Argentina.

La normatividad que rige actualmente en este país es la Ley 26.862 emitida en el Decreto 956/2013 que regula el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.⁹⁹ Entendiendo por éstas a todos los tratamientos para la consecución de un embarazo (artículo 2).

La autoridad competente para aplicarla es el Ministerio de Salud apoyada por la Superintendencia de Servicios de Salud. Existirá un monitoreo que funcionará en el ámbito del Registro Federal de Establecimientos de Salud en la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en Servicios de Salud. La autoridad establecerá los requisitos de los establecimientos.

Los beneficiarios deben otorgar el consentimiento informado que puede revocarse hasta antes de la fertilización, pudiendo efectuar tres como máximo con donaciones inscritas en el registro antes mencionado y que no pueden ser con fines lucrativos o comerciales.

Existen en este país leyes de carácter provincial que contemplan alguna parte de las técnicas, como la ley 11.028 de la provincia de Buenos Aires del 12 de diciembre

⁹⁸ Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. pp. 105-127.

⁹⁹ Información Legislativa. *Reproducción médicamente asistida.* 2013. <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217628/norma.htm>

de 1990, que en su artículo 1º señala que a ella le compete las técnicas de reproducción asistida.

Se deben desarrollar las técnicas en hospitales públicos o privados, que cuenten con el personal calificado, al igual que las instalaciones adecuadas, con previa autorización del Ministerio de Salud de la provincia que será la autoridad competente para el resguardo de los gametos y su registro.

Los usuarios de las técnicas deberán ser debidamente informados de las técnicas y sus consecuencias, deberán firmar su consentimiento por escrito. Habrá un Comité de Ética Provincial, conformado por investigadores y expertos en la materia que serán los encargados de ser los asesores de la autoridad. Para la Ley 6222 de Córdoba se prohíbe a los profesionales de la salud, realizar la inseminación artificial por medio de métodos no naturales.¹⁰⁰

Existe, además la Ley del 26 de diciembre de 1990 en la provincia de Buenos Aires en la que se especifica que el estudio de seres humanos debe ser con respeto a su dignidad y a sus derechos de bienestar, que cualquier investigación en bebés, fetos o embriones deberá realizarse con consentimiento de sus tutores legales, previa autorización del juez competente en juicios sumarísimos.

El Código Civil Argentino considera que se adquiere la personalidad desde el momento mismo de la concepción en el seno materno, incluso antes de ésta, con la

¹⁰⁰ Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. pp. 48-49.

condición de que nazca con vida. Así lo confirman las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Rosario en 2003.¹⁰¹

A diferencia de nuestro Código Civil, el cual menciona en el artículo 22 “Desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido...” Por lo que se hace notar que los menores creados por medio de la fecundación *in vitro* se consideran con personalidad jurídica al no especificar el lugar de la concepción.¹⁰²

Los Estados que han regulado las técnicas heterólogas piden capacidad plena, gratuidad y anonimato por parte del donador y consentimiento en instrumento público por parte del marido, para la validez, además de la no impugnación a la filiación.¹⁰³

Respecto al menor procreado por ésta técnica, tiene la facultad de investigar su origen ya que la Ley de filiación 23.264 incorporada al Código Civil, da preeminencia para determinar el vínculo biológico, igualmente el artículo 12, inciso 2° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, otorga el derecho de todas las personas a conocer su identidad de origen.¹⁰⁴

La maternidad gestacional es nula absoluta por ilicitud de su objeto, la filiación se fija por el parto, artículo 242 del Código Civil del país, se considera como madre a la que gestó al niño, por lo que la maternidad subrogada no procede ya que si se

¹⁰¹ Chiapero, Silvana María. ob. cit. p. 84.

¹⁰² Chávez Asencio, F. Manuel. ob. cit. p. 83.

¹⁰³ Córdoba, Jorge Eduardo. ob. cit. pp. 37-42.

¹⁰⁴ Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. p. 103.

implanta el óvulo de otra mujer con semen de su marido puede ser impugnada por este motivo.¹⁰⁵

Este país sólo cuenta con casos jurisprudenciales en caso de maternidad gestacional, en donde si han existido fallos que determinan la filiación a favor de los comitentes porque se apela a la voluntad procreacional y al aporte genético, poniendo en crisis la regla de “madre es quien da a luz”.¹⁰⁶

Para la legislación de este país los gametos tienen el carácter de cosas al ser separadas del cuerpo humano pero no tienen valor comercial, aunque si jurídico y científico. La persona comienza desde la concepción dentro o fuera del seno materno artículos 16 y 70 por lo que resulta antijurídica toda manipulación humana lesiva.¹⁰⁷

Toda técnica aplicada deberá garantizar la máxima seguridad para el feto y la mujer embarazada. Pero para tener derecho a heredar debe estar concebido, ya sea dentro o fuera del útero materno, en el momento de la apertura de la sucesión, artículos 3287 y 3290 del Código Civil.¹⁰⁸

5.8 México.

Actualmente en la Ciudad de México se han expedido diversas iniciativas con proyecto de decreto para expedir leyes respecto a la reproducción asistida, como la realizada por la Diputada Maricela Contreras Julián, que sólo se refiere a la

¹⁰⁵ Córdoba, Jorge Eduardo. ob. cit. pp. 42-47.

¹⁰⁶ Lamm, Eleonora. ob. cit. pp. 104-108.

¹⁰⁷ Córdoba, Jorge Eduardo. ob. cit. pp. 27-34.

¹⁰⁸ Sambrizzi, Eduardo A. ob. cit. p. 191.

maternidad subrogada y la emitida por el Diputado José Fernando Mercado Guaida, que aún siguen en espera de su aceptación.

En México existen 25 centros de reproducción asistida que cuentan con cerca de 1,500 casos de parejas que necesitan de sus servicios, en el Centro Médico Nacional 20 de Noviembre se cuenta con una Unidad de Reproducción Asistida en donde su Laboratorio ofrece cuatro alternativas de solución: La inseminación artificial intrauterina, la fertilización *in vitro*, transferencia intratubárica de gametos y la inyección intracitoplasmática de espermatozoides.¹⁰⁹

Son seis, aparte de la Ciudad de México, las legislaciones que regulan actualmente más a fondo a la reproducción asistida, entre ellas se encuentran los Códigos Civiles de Tabasco, Estado de México, Jalisco, Coahuila de Zaragoza, Querétaro y Sinaloa, siendo el primero el que más técnicas regula y el último el más actualizado que existe.

En el Código Civil de Tabasco en el Libro Primero de las Personas, Título 8º de la Filiación, a partir del artículo 324 se abordan las normas referentes a la reproducción asistida, donde se consideran hijos de los cónyuges a los menores creados por medio del uso de cualquier método de reproducción humana artificial, si nacen dentro de los 180 días del inicio del matrimonio o 300 posteriores a su terminación.

No puede alegar adulterio el cónyuge varón si fehacientemente dio su consentimiento para llevar a cabo dichos métodos de reproducción e imposibilidad de desconocer su paternidad (artículo 327). Igualmente en el caso del concubinato

¹⁰⁹ Pérez Carbajal y Campuzano, Hilda y Rodríguez López Dina. ob. cit. p. 50-52.

se consideran hijos de la unión los creados antes de 300 días de que cese la vida en común por medio de cualquier método de reproducción humana artificial.

Continuando con el concubinato ya sea que se tenga o no un nexo biológico con uno o ambos padres y exista el respectivo consentimiento, no se puede desconocer la paternidad. Confirmando con ello el uso de las técnicas de fecundación artificial homóloga y fecundación artificial heteróloga, incluso la fecundación *in vitro*.

El artículo 92 del mismo Código en los párrafos segundo a quinto se refiere al método de maternidad gestacional, en donde se ordena que no se califique la filiación de los menores nacidos por esta técnica. Se presumirá como madre a la contratante que la presente, esto en maternidad gestacional por sustitución y en la maternidad subrogada se usarán las reglas de la adopción plena.

Entendiendo por madre gestante sustituta la mujer que lleva el embarazo a término sin aportar la célula germinal; la madre subrogada es la que aporta ambos, tanto la maternidad como el óvulo y por último la madre contratante que es la que utiliza los servicios de cualquiera de las dos antes mencionadas.

El artículo 347 del Código Civil de Tabasco continúa con la autorización de la maternidad gestacional al afirmar que si en el uso de la técnica participa una segunda mujer, se presumirá madre legal a la persona femenina que contrata, ya sea que ésta última provea el óvulo o no, aceptando tanto la maternidad por sustitución y la subrogada.

Y sigue el Código afirmando que cuando la mujer sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la fémina

contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de aquella que contrató.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo de otro hombre diferente de su marido, artículo 360. Rompiendo así con la tradición histórica jurídica de determinar la maternidad por efecto del parto.¹¹⁰

El artículo 349 del mismo Código autoriza la inseminación *post mortem*, al afirmar que se puede reconocer a un hijo aunque éste no se encuentre en ese momento en el útero materno e incluye a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización *in vitro*. Los hijos creados por estas técnicas tienen los mismos derechos de filiación que los nacidos naturalmente.

Siguiendo con el mismo Código Civil de Tabasco el artículo 31 otorga capacidad de goce del ser humano desde que nace y hasta que muere pero desde que es concebido queda bajo la protección de la ley incluyendo a los que son creados por técnicas de reproducción asistida, aunque no se encuentren en el útero materno, autorizando así la maternidad gestacional.

Se aprueba en el artículo 165 a que los integrantes de matrimonio o de concubinato planifiquen el número y espaciamiento de su familia de la forma que quieran, incluso con el uso de los métodos de reproducción asistida, excluyendo así a las a las personas solteras.

¹¹⁰ Guzmán Ávalos, Aníbal. ob. cit. p. 158.

Así mismo se coloca como causal de divorcio el que la cónyuge llegue a utilizar algún método de reproducción asistida sin contar con el debido consentimiento expreso de su marido, esto lo encontramos señalado en el artículo 272, dentro de la fracción XVIII.

Se señalan hijos de matrimonio los nacidos después de ciento ochenta días del inicio del matrimonio y trescientos días posteriores a su disolución, incluyendo a los nacidos por el uso de algún método de reproducción asistida (artículo 324). Y en el caso del concubinato aplica para los trescientos días posteriores al cese de la vida en común (artículo 340).

Cambiando al Código Civil de Jalisco es donde también localizamos la legislación sobre reproducción asistida en el Libro Segundo de las Personas y de las Instituciones de familia. Título Sexto de la Paternidad y filiación Capítulo I De los hijos de matrimonio.

En el artículo 456 se determinan los mismos 180 días desde el inicio del matrimonio para presumir como hijos a los nacidos de la unión, también a los nacidos 300 días después de la disolución, siendo una de las excepciones el haber utilizado la fecundación asistida con semen del marido no pudiendo el marido desconocer su paternidad (artículo 457).

De igual forma en el Código Civil del Estado de México localizamos los lineamientos de este Estado para regular la reproducción asistida en el Libro Cuarto del Derecho familiar Título Cuarto del Parentesco y los alimentos, Capítulo I Disposiciones Generales Consentimiento de la mujer para la inseminación artificial.

El artículo 4.112 del Código Civil del Estado de México indica que solo la mujer a quien se practicará el procedimiento podrá otorgar el consentimiento para llevar a cabo la reproducción asistida, si es casada necesitará además del consentimiento de su cónyuge y al menor nacido por estas técnicas no podrá darlo en adopción una vez que nazca. Tales métodos prohibidos para menores e incapaces aún con aprobación de sus tutores.

Queda prohibida la identidad del donador, ni alguna investigación por paternidad y la donación debe hacerse en bancos o instituciones legalmente autorizados (artículo 4.115 del ordenamiento antes citado). El consentimiento deberá otorgarse judicialmente para ser válido legalmente artículo 4.116.

El estado de Coahuila de Zaragoza es el único ordenamiento legal que contiene específicamente una sección, la tercera, dedicada a la filiación resultante de la fecundación humana asistida y se localiza en el Libro Segundo del Derecho de familia, Título Segundo Del Parentesco y de los Alimentos, Capítulo III De la filiación.

El cual define a la asistencia médica para la procreación a las prácticas clínicas y biológicas que permiten la concepción *in vitro*, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente que permita la procreación fuera del proceso natural, artículo 482.

Sólo autoriza el uso de las técnicas a personas unidas en matrimonio o concubinato y que después de cinco años, por razones biológicas no puedan concebir, aún sin ser estériles o infértiles. Se autoriza la fecundación heteróloga en

caso de infertilidad o esterilidad solamente y está prohibida la filiación con el donante.

A los destinatarios de las técnicas la Secretaría de Salud del Estado deberá darles una guía que contenga la descripción de las técnicas, las disposiciones legales aplicables, disposiciones relativas a la adopción, las posibilidades de éxito o fracaso, que sólo se permite la fecundación de un ovocito que será insertado y que además, se prohíbe todo diagnóstico pre-implantatorio.

Antes del uso de las técnicas otorgar consentimiento en escritura pública ante notario público y justificar ante tres médicos especialistas, del cual uno será de la Secretaría de Salud, la necesidad del uso de estas técnicas. El consentimiento no puede impugnar la filiación a no ser que se base en que el hijo no nació como consecuencia del tratamiento o que la autorización fue privada de efecto.

El concubino que dio su consentimiento para el uso de las técnicas está obligado a reconocer la paternidad del hijo procreado y sólo se revoca si muere el que lo está autorizando y también si sucede antes de realizarse la fecundación que ya fue autorizada previamente.

Si el matrimonio se disuelve por la causa que fuere, la cónyuge no podrá ser inseminada con material genético de su exmarido, pero si existe un óvulo fecundado por técnica *in vitro* deberá ser implantado a la viuda o mujer cuyo matrimonio se anuló y si el menor nace dentro de los 300 días quedará atribuida la paternidad al que fuera el marido.

No habrá ningún vínculo filial entre el receptor de gametos donados y el emisor de éstos al utilizar las técnicas y además se autoriza cualquier prueba biológica para aceptar o rechazar alguna prueba de paternidad o de maternidad para establecer una filiación (artículo 490 del Código antes citado).

La maternidad gestacional está prohibida, es por ello que se señala que si el óvulo fecundado se implanta en una mujer de la que no proviene el material genético y sobreviene un embarazo, la maternidad se atribuirá a ésta y no a la persona que si aportó la célula germinal, artículo 491.

El 6 de febrero de 2013 fue publicado el Decreto número 742 del Congreso del Estado, en el que se expide el Código Familiar del Estado de Sinaloa, el cual regula la reproducción asistida.¹¹¹ En el Libro Primero de las Personas Físicas y Familia, Título Octavo de la Filiación, Capítulo V De la Reproducción Humana Asistida y la Gestación Subrogada.

En el artículo 282 del ordenamiento antes citado conceptualizan a la reproducción asistida, admitiendo el uso de todas las técnicas que actualmente existen, la fecundación homóloga, heteróloga, maternidad gestacional e incluso la inseminación *post mortem*, si se realizan por medio de la Secretaría de Salud, afirmando que el consentimiento será válido sólo en vida del que lo otorga.

El artículo 284 del Código Familiar del Estado de Sinaloa divide la maternidad por sustitución en cuatro modalidades: I. Subrogación total, la mujer que aporta su célula y es fecundada por unos contratantes para llevar a término un embarazo,

¹¹¹ Lamm, Eleonora. ob. cit. p. 181.

entregando al menor al nacer; II. Subrogación parcial, cuando a una fémina le es implantado un embrión de unos contratantes, ya fecundado y lo gesta.

III. Subrogación onerosa, la fecundación que tiene como efecto un pago por llevar a cabo la gestación y entrega de un menor nacido IV. Subrogación altruista, cuando una mujer es fecundada por cuenta de otra sin ningún tipo de intercambio pecuario a cambio.

La mujer a ser partícipe debe reunir una serie de requisitos, entre ellos tener entre 25 y 35 años, tener al menos un hijo propio, tener buena salud física y psicológica, no tener adicciones, otorgar su consentimiento, buen entorno social y económico, tener como mínimo 365 días sin embarazo, no haber participado dos veces consecutivas en un mismo procedimiento y en el caso de ser casadas contar con el consentimiento del marido.

El instrumento de maternidad subrogada lo firmarán los padres subrogados, la madre subrogada gestante, el notario y director de la clínica, además estar libre de vicios, deberá ser notificada la Secretaría de Salud y el oficial del Registro Civil, para efectos de su filiación.

Es el Código Civil del estado de Querétaro el que regula la adopción de embriones de los artículos 400 a 405 autorizando sólo la acción para parejas unidas en matrimonio o concubinato o la mujer soltera mayor de edad y se rechaza la maternidad gestacional, así mismo no se puede manipular el sexo del menor, ni rechazar en caso de tener alguna enfermedad o malformación.

La adopción sólo se realiza en caso de embriones supernumerarios crioconservados por técnica *in vitro* homóloga en los casos en que los padres los hayan cedido para adopción, que hayan fallecido, o en su caso que estén ausentes o que no hayan sido reclamados en el plazo estipulado.

La forma legal de llevar a cabo la adopción es cuando los donadores ceden mediante escrito ante testigos su consentimiento, información que conservará la Secretaría de Salud, con ello demuestran su renuncia a su filiación y además no debe ser lucrativo.

Las personas que van a adoptar deben acudir a la Secretaría de Salud para apuntarse en una lista de espera y que sean avisados cuando exista un embrión disponible y firmar también el consentimiento respectivo para después acudir con un Juez de lo Familiar quien declare la adopción provisional.

Una vez que se logre el embarazo y consecuentemente nazca el menor se avisara al Juez dentro de treinta días posteriores al nacimiento para que declare la adopción. Se le otorga a la persona creada por este método el derecho a conocer su origen al ser mayor de edad.

5.8.1 Proyecto de decreto para adicionar la gestación subrogada a la Ley General de Salud del 31 de marzo del 2016.

Las Comisiones Unidas de Salud y de Estudios Legislativos junto con la opinión de la Comisión de la Familia y Desarrollo Humano, de la LXIII Legislatura de la Cámara de Senadores enviaron la iniciativa con proyecto de decreto para que se adicionen

los artículos 61 ter y 462 ter a la Ley General de Salud, en materia de gestación subrogada.

Dentro de ella toman como antecedente la propuesta de Senadores del Partido Revolucionario Institucional quienes les turnan a ellos el emitir su dictamen en materia de prohibir la gestación por sustitución y en el que las mujeres participantes no tengan que renunciar a su derecho de filiación a favor de un contratante.

Todo esto fundamentado en la protección a la salud, artículo 4º Constitucional, anteponiendo la dignidad humana, los derechos humanos y la vida del embrión. Se trata de evitar la explotación de mujeres por esta práctica y se propone a la Secretaría de Salud como rectora para tal fin.

También colocan como ejemplo la legislación del estado de Tabasco que ya la regula junto con los artículos que forman parte de ella, además menciona los países que ya permiten su práctica, anexando también una jurisprudencia sobre la dignidad humana.

Los artículos que se pretenden adicionar son el 61 ter dónde se proporciona el concepto de gestación subrogada el cual debe realizarse sin fines de lucro y con un acuerdo entre los solicitantes y la mujer gestante de la compensación de gastos que abarque el embarazo, parto, puerperio y post-parto, la Secretaría de Salud regulará el proceso.

Además el artículo 462 ter el cual impondrá una pena de 6 a 17 años de prisión y multa de 8 mil a 17 mil veces unidad de medida a quien: pague, ejerza violencia, se

aproveche de pobreza o ignorancia para transferir embriones al útero de una mujer o que después del nacimiento renuncié a derechos al entregar el menor a terceros.

Además a quien transfiera uno o más embriones por gestación subrogada o se haya sometido a dos embarazos previos por la misma técnica. Al que por este procedimiento le quiera hacer entrega de menores a personas de nacionalidad extranjera.

Al contratante que no realice los pagos médicos del embarazo, parto, puerperio y post-parto; así mismo si abandonan a los menores nacidos privándolos de la patria potestad y a quién lo realice con fines de lucro. También pena a los médicos que se presten para ser parte de alguno de estos delitos a quienes se les suspenderá de 5 a 8 años de ejercicio profesional más 6 años en caso de reincidencia.

5.8.2 Crítica a la iniciativa.

Es importante que se trate de regular a la maternidad subrogada para que se otorgue certeza jurídica a las partes que traten de utilizarla, pero se sigue dejando sin regular a las demás técnicas de reproducción asistida que existen, que aunque el artículo 162 del Código Civil vigente autoriza su uso no existe Ley aparte de esta iniciativa que norme su uso.

Al especificar que se debe realizar bajo estricta indicación médica al fundamentar la esterilidad o la infertilidad se puede estar dejando fuera a las parejas homosexuales y a las personas solas que buscan procrear un hijo con estas técnicas y con ello estar atentando contra sus derechos fundamentales como el de reproducción.

Igualmente, al regular que se impondrá una pena y multa al contratante que omita los pagos de embarazo, parto, post-parto y puerperio está infringiéndose el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el que se prohíbe ser privado de la libertad por deudas de carácter civil.

Capítulo 6. Propuesta de Regulación de los métodos de reproducción asistida en el Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, en materia de filiación.

6.1 Fundamento de la propuesta de reforma.

Habiendo analizado todos y cada uno de los métodos de reproducción asistida que actualmente existen y observando que hay muchas lagunas jurídicas en su regulación que afectan principalmente a las personas involucradas en relación a la filiación resultante de su aplicación, es importante recalcar la preponderancia de que exista una reforma que enmarque legalmente su uso.

Es vital que se regulen adecuadamente porque al existir habrá certeza jurídica para las personas que se someten a ellas y no solo para los futuros padres que las van a utilizar, que hacen válido su derecho a procrear, sino además para los menores que van a ser concebidos por medio de ellas, que también se protejan sus garantías constitucionales.

Haciendo notar que existen varios países que ya llevan tiempo regulando los métodos de reproducción asistida y que dan ya seguridad jurídica a su población y que en nuestro país algunos Estados ya lo hacen actualmente, no podemos quedarnos al margen de estos cambios de importancia legal.

Además de no dejar de recalcar que aunque los métodos actualmente no son ampliamente regulados en el Código Civil vigente, no por ello dejan de ser utilizados, colocando a los participantes de las técnicas en un estado de incertidumbre legal.

6.2 Propuesta de reforma al Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, en relación a los efectos de la filiación derivada de los métodos de reproducción asistida.

Se propone incluir en el Código Civil vigente algunos artículos como primer paso para la regulación del tema, ya que aunque ha habido diversas propuestas de reforma para implementar ninguna de ellas, como se ha mencionado hasta ahora, han sido aprobadas.

Se incorporan además algunos conceptos para explicar algunos de los términos utilizados en la reproducción asistida para que queden claros y son tomados de la bibliografía del Diccionario de términos Médicos y del de Reproducción Asistida donde funge como Coordinadora Ingrid Brena Sesma del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

La propuesta sugerida sería la de agregar al Libro Primero de las Personas, Título Séptimo de la Filiación, Capítulo II De las pruebas de filiación de los hijos una Sección Primera con título Disposiciones Generales, con sus respectivos artículos que actualmente contiene y a continuación incorporar una Sección Segunda con tema: Filiación resultante de la fecundación humana asistida, con los siguientes artículos:

Artículo 353 quintus. Se entiende como técnicas de reproducción asistida a todos aquellos mecanismos para lograr la reproducción humana a través de la unión de gametos masculino (esperma) y femenino (óvulo) de una forma distinta a la natural.

Artículo 353 sextus. Sólo podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción asistida, las personas unidas en matrimonio o concubinato y que demuestren que, por razones biológicas no han podido procrear o que en su defecto no pueden realizarlo por existir en sus historiales médicos antecedentes de enfermedades transmisibles graves o anomalías cromosómico-genéticas.

Artículo 353 séptimus. Se autoriza el uso de las técnicas de reproducción humana asistida: fecundación artificial homóloga, fecundación artificial heteróloga, fecundación *in vitro* y maternidad gestante sólo si se practican sin fines de lucro y conforme a la ley. Queda prohibida la inseminación artificial *post mortem*.

Entendiendo para tal efecto por fecundación artificial homóloga aquella que se practique con la célula germinal de la pareja de la mujer inseminada.

Fecundación artificial heteróloga la que se efectúe con la célula germinal de un donante diferente de la pareja de la mujer inseminada.

Fecundación *in vitro* cuando se realiza la fecundación de un óvulo con un espermatozoide fuera del cuerpo de la mujer.

Maternidad gestante aquel procedimiento mediante el cual una pareja encarga a una mujer la gestación de un niño, el cual será entregado a la pareja que lo solicitó después de su nacimiento.

Inseminación artificial *post mortem* aquella que se logra después de la muerte de quien aportó la célula germinal.

Artículo 353 octavius. Previo al inicio del tratamiento deberán otorgar el consentimiento de las personas que intervengan en el procedimiento de reproducción asistida firmado ante notario público.

Artículo 353 nonus. No podrá impugnarse la filiación derivado de estos métodos de reproducción asistida cuando se otorgó el consentimiento para ello.

6.3 Justificación.

Debido a las circunstancias actuales del derecho de familia y su creciente necesidad de adaptarse a la sociedad contemporánea, es cada vez más importante el estudio y análisis del presente tema, haciendo notar que no hay mucha información y que es de vital importancia para las generaciones venideras conocerlo en todos sus ámbitos, por ello no podemos dejarlo de lado.

Existen en la práctica actualmente un sin fin de clínicas que se encargan de esas técnicas de reproducción asistida, que las practican de la forma que mejor les parece, porque no existe la normatividad necesaria que las rija y que además, las personas que las requieren no encuentran a dónde acudir en caso de que no cumplan con lo pactado.

Muchas de esas Instituciones incluso prometen la devolución del dinero desembolsado si el menor procreado por esos métodos no vive más allá de 72 horas

después de nacido, esto firmado ante notario público, aunque no exista una regulación al respecto y además dando opciones de escoger las características del donador y también el sexo del bebé.

Al existir leyes que regulen su práctica estos establecimientos actuarán conforme a lo establecido y otorgarán garantías a los usuarios de las técnicas, protegiendo así sus derechos y a su vez las partes podrán saber a dónde dirigirse en caso de que éstos no cumplan con lo propuesto.

Los cambios propuestos son muy necesarios para el desarrollo y progreso de las técnicas de reproducción asistida ya que ésta crece progresivamente atendiendo a los avances de la ciencia y no así con ella los lineamientos jurídicos que la sustenten y aunque siguen hasta hoy surgiendo propuestas de leyes de reforma para normarla hasta hoy ninguna ha sido aprobada.

Es muy necesario porque es uno de los muchos ámbitos en los que se tienen lagunas legales, en donde no se encuentran todas las respuestas a las diferentes situaciones que se presentan y al ser muy contemporáneo, la ciencia avanza y los rezaga aún más y las leyes no continúan a su nivel.

El trabajo realizado nos confirma como es que las normas que rigen actualmente a la reproducción asistida son tocadas vagamente por la legislación actual y aunque se consagra a la familia como una institución de gran trascendencia para la sociedad mexicana no es así para la filiación de los menores creados por medio de éstas técnicas.

Conclusiones.

Primera. Es necesaria una reforma a la legislación para que las personas que participan en este tipo de procedimientos puedan utilizar los métodos de forma segura, confiable y que estén respaldadas por normas establecidas para que no se vulneren sus derechos.

Segunda. La filiación juega un papel predominante en la futura vida de toda persona, ya que de ella se derivarán posteriormente un cúmulo de derechos y deberes de quienes son los directamente responsables de la vida, cuidados y protección de todos y cada uno de sus garantías.

Tercera. Actualmente se practican diversos métodos de reproducción asistida a pesar de que no existe una normatividad especializada que la regule en la Ciudad de México y las personas que van a hacer uso de ellas, no pueden conocer los alcances y consecuencias a las que se enfrentaran.

Cuarta. Los antecedentes de las técnicas nos dan el panorama de cómo se manejaron las diferentes técnicas en los diversos países y cómo fueron resueltos, ya sea con éxito o sin él, para con ello conocer los alcances que se pueden lograr si se aplican a casos concretos.

Quinta. Al analizar la legislación nacional e internacional se observó que existen adelantos tecnológicos y jurídicos en los cuales la normatividad de la Ciudad de México se está quedando atrasada al no regular esta problemática y cómo otros países actualmente si lo están resolviendo de manera eficaz.

Sexta. En el ámbito nacional contamos actualmente con los Códigos Civiles de Tabasco, Jalisco, Sinaloa y Coahuila de Zaragoza que regulan los diferentes métodos de reproducción asistida.

Séptima. En razón de lo anterior, se propone la creación de una Sección Segunda con el tema: Filiación resultante de la fecundación humana asistida al Título Séptimo de la Filiación en el Capítulo II del Código Civil para el Distrito Federal en el Libro Primero de las Personas, para efecto de que regule los diferentes métodos de reproducción asistida, con los siguientes artículos:

Artículo 353 quintus. Se entiende como técnicas de reproducción asistida a todos aquellos mecanismos para lograr la reproducción humana a través de la unión de gametos masculino (esperma) y femenino (óvulo) de una forma distinta a la natural.

Artículo 353 sextus. Sólo podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción asistida, las personas unidas en matrimonio o concubinato y que demuestren que, por razones biológicas no han podido procrear o que en su defecto no pueden realizarlo por existir en sus historiales médicos antecedentes de enfermedades transmisibles graves o anomalías cromosómico-genéticas.

Artículo 353 séptimus. Se autoriza el uso de las técnicas de reproducción humana asistida: fecundación artificial homóloga, fecundación artificial heteróloga, fecundación *in vitro* y maternidad gestante sólo si se practican

sin fines de lucro y conforme a la ley. Queda prohibida la inseminación artificial *post mortem*.

Entendiendo para tal efecto por fecundación artificial homóloga aquella que se practique con célula germinal de la pareja de la mujer inseminada.

Fecundación artificial heteróloga la que se efectúe con célula germinal de un donante diferente de la pareja de la mujer inseminada.

Fecundación *in vitro* cuando se realiza la fecundación de un óvulo con un espermatozoide fuera del cuerpo de la mujer.

Maternidad gestante aquel procedimiento mediante el cual una pareja encarga a una mujer la gestación de un niño, el cual será entregado a la pareja que lo solicitó después de su nacimiento.

Inseminación artificial *post mortem* aquella que se logra después de la muerte de quien aportó la célula germinal.

Artículo 353 octavius. Previo al inicio del tratamiento deberán contar con el consentimiento de las personas que intervengan en el procedimiento de reproducción asistida firmado ante notario público.

Artículo 353 nonus. No podrá impugnarse la filiación derivado de estos métodos de reproducción asistida cuando se otorgó el consentimiento para ello.

Bibliografía.

Almazán Cué, Juan Pablo. *De la filiación resultante a través de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida*. Flores editor y distribuidor. México. 2008.

Andión, Ximena. *Omisión e indiferencia, derechos reproductivos en México, aborto, anticoncepción, mortalidad materna, violencia obstétrica, vida laboral y reproductiva, reproducción asistida*. 2ª edición. Gire. México. 2013.

Andorno Roberto. *Técnicas de reproducción humana asistida; desafíos del siglo XXI. Una mirada transdisciplinaria*. Abeledo-Perrot. Santiago, Chile. 2013.

Baqueiro Rojas, Edgard. *Derecho de familia*. 2ª edición. Oxford University Press. México. 2009.

Barbero Santos, Marino. *Ingeniería genética y reproducción asistida*. Editor no identificado. Madrid. 1989.

Biagosch Speroni Diana. *Procreación asistida o victimización*. Lumen. Buenos Aires. 1993.

Brena Sesma, Ingrid (Coordinadora). *Reproducción asistida*. 1ª edición. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2012.

Brena, Sesma, Ingrid. *La maternidad subrogada ¿Es suficiente la legislación civil vigente para regularla?* Revista de derecho privado. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Año 1 No. 1 enero-junio. México. 2012.

Brena Sesma, Ingrid. *La fecundación asistida ¿Historia de un debate interminable?* El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. vol. XII. México. 2012.

Cabrera Bach, Carlos Germán. *La reproducción asistida*. Universidad Anáhuac. México. 2003.

Cambrón Ascención. *Reproducción asistida*. Trotta. Madrid. 2001.

Cárcaba Fernández, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. José María Bosch editor, S.A. Barcelona. 1995

Chávez Asencio, F. Manuel. *La familia en el derecho: Relaciones jurídicas paterno filiales*. 6ª edición. Porrúa. México. 2001.

Chiapero, Silvana María. *Maternidad subrogada*. Astrea. Argentina. 2012.

Córdoba, Jorge Eduardo; Sánchez Torres, Julio C. *Fecundación humana asistida*. Argentina. Alveroni ediciones. 2ª edición. 2000.

Cuesta Aguado, Paz M. de la. *La Reproducción asistida humana sin consentimiento: Aspectos penales. Análisis del tipo objetivo del art. 162 C.P.* Universidad de Cádiz. Servicio de Publicaciones. Valencia. 1999.

Díaz de Terán Velasco, María Cruz. *Derecho y nueva eugenesia un estudio desde la Ley 35/88, de 22 de noviembre de técnicas de reproducción asistida*. Pamplona. EUNSA. 2005.

Diccionario de términos médicos. Real Academia Nacional de Medicina. Médica Panamericana. España. 2012.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo D-H. 4ª edición. México. Porrúa. 1991.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo D-H. 1ª edición. México. Porrúa. 2005.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo P-Z. 4ª edición. México. Porrúa. 1991.

Farnós Amorós, Esther. *Consentimiento a la reproducción asistida; crisis de pareja y disposición de embriones.* Barcelona. Atelier. 2011.

Galindo Garfias, Ignacio. *Estudios de derecho civil.* México. 3ª edición. Porrúa. 1997.

García Fernández, Dora. *La adopción de embriones humanos.* Porrúa. México. 2007.

Garzón Jiménez, Roberto. *Reproducción asistida.* Revista Mexicana de Derecho. Colegio de notarios del D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Núm. 9. 2007.

Guzmán Ávalos, Aníbal. *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas.* México. Universidad Veracruzana. 2001

Heelein, Susanne. *Contribución al estudio de la inseminación artificial*. México. UNAM, Coordinación de Humanidades. 1991.

Hurtado Olliver, Xavier. *El Derecho a la vida ¿Y a la muerte?* México. Porrúa. 1999.

Lamm, Eleonora. *Gestación por sustitución*. ¡Edicions. España. 2013.

Lema Añón, Carlos. *Reproducción, poder y derecho: Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid. Trotta. 1999.

López Faugier, Irene. *La prueba científica de la filiación*. Porrúa. 1ª edición. México. 2005.

Loyarte, Dolores; Rotonda, Adriana E. *Procreación humana artificial: Un desafío bioético*. Argentina. Ediciones de Palma. 1995.

Merlyn Sacoto, Sonia. *Derecho y reproducción asistida: Retrato de la evolución médica y sus perspectivas legales en Ecuador*. Quito. Cevallos Librería Jurídica. 2006.

Michel Fariña, Juan Jorge. *La Encrucijada de la filiación*. Argentina. Lumen, Humanitas. 2000.

Monje Balmaseda, Oscar. *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida; Ley 14/2006 de 26 de mayo*. Dykinson. Madrid. 2007.

Montero Duhalt, Sara. *Derecho de familia*. Porrúa. México 1990.

Pérez Carbajal y Campuzano, Hilda y Rodríguez López, Dina. *Técnicas de reproducción asistida y su repercusión en las instituciones del derecho de familia.*

Porrúa. México. 2015.

Ravetllat Ballesté, Isaac. *Derecho de la persona: Acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas.* Bosch. Barcelona. 2011.

Sambrizzi, Eduardo A. *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano.* Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2001.

Taboada, Leonor. *Maternidad tecnológica de la inseminación artificial a la fertilización in vitro.* Icarí. Barcelona. 1986.