

422  
2 ej.

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES**

**ARAGON**

**AREA DE DERECHO**

**"RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD DE LOS HIJOS  
NACIDOS DE UNA INSEMINACION ARTIFICIAL"**

**TESIS PROFESIONAL**

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO:**

**PRESENTA:**

**MARTHA ELBA TENORIO TENORIO**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

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

## **AGRADECIMIENTOS**

**Quiero agradecer al  
Lic. Juan José Hidalgo Genaro  
por su apoyo y orientación a  
la celebración de este trabajo.**

**A la Lic. Rosa María Valencia  
Granados porque tuvo fe en mí  
y en mi trabajo.**

**Así como a la familia Salcedo  
que me brindó ayuda y apoyo moral.**

**También deseo expresar un especial  
agradecimiento al jurado,  
integrado por;  
Lic. Gaudelio García Estrada  
Lic. José Luis Benites Lugo  
Lic. Luis Rodríguez Araiza  
Lic. Alejandro Ruiz Macín**

**Y a mi familia que me alentó  
con su cariño y comprensión.**

### **A MI MADRE CON AMOR Y RESPETO.**

Quiero dejar en este sencillo trabajo mi infinito agradecimiento a quien siempre supo infundirme confianza y amor, ya que con el ejemplo de mujer fuerte y valiente ante la vida supo dejarme en mejor legado; mi madre, que con honradez y respeto supo darme su mejor ejemplo, por eso y por muchas otras cosas, deseo que quede como un testimonio para los tiempos venideros.

# **"RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD DE LOS HIJOS NACIDOS DE UNA INSEMINACION ARTIFICIAL"**

## **INDICE**

PAGINA

INTRODUCCION _____	1
--------------------	---

## **CAPITULO PRIMERO**

1.- INSEMINACION ARTIFICIAL _____	3
a) ANTECEDENTES _____	5
b) CONCEPTOS _____	9
c) FORMAS DE INSEMINACION _____	15
d) PRESUPUESTOS _____	20
e) RESULTADOS CLINICOS _____	25

## **CAPITULO SEGUNDO**

2.- LAS FORMAS DE RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD EN NUESTRA LEGISLACION _____	36
a) LOS HIJOS NACIDOS DE MATRIMONIO _____	36
b) LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO _____	44
c) LA FILIACION DE HIJOS NACIDOS DE UNA INSEMINACION ARTIFICIAL _____	55

### **CAPITULO TERCERO**

<b>3.- INSEMINACION ARTIFICIAL EN EL DERECHO COMPARADO</b> .....	<b>69</b>
a) EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA .....	<b>74</b>
b) EN ESPAÑA .....	<b>82</b>
c) EN ITALIA .....	<b>93</b>
d) EN INGLATERRA .....	<b>100</b>

### **CAPITULO CUARTO**

<b>4.- ANALISIS LEGISLATIVO DEL PROCEDIMIENTO</b> .....	<b>105</b>
a) LEY GENERAL DE LA SALUD .....	<b>106</b>
b) CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL .....	<b>110</b>
c) CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL .....	<b>116</b>
d) LEY ORGANICA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DEL FUERO COMUN PARA EL DISTRITO FEDERAL .....	<b>120</b>
e) PROPUESTA PARA UNA MEJOR REGULACION .....	<b>124</b>

**CONCLUSIONES**

**BIBLIOGRAFIA**

## **"RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD DE LOS HIJOS NACIDOS DE UNA INSEMINACION ARTIFICIAL"**

### **INTRODUCCION**

Pensamos que para el empleo de tales técnicas no lleve a su utilización con otros fines que no sean las de suplir deficiencias orgánicas que impiden la procreación natural, es menester, que el Derecho ejerza su función de control, estableciendo las condiciones para su uso y sancionando la desviación de propósitos. Este riesgo se advierte en otra situación, como en el trasplante de órganos. La Ley tiene entonces, la misión de evitar la desnaturalización de los procedimientos procreativos, fijando los modos y fines de realización.

A nuestro entender, la sociedad debe asumir la responsabilidad de asegurar, a través de la regulación legal, la necesaria protección a los interesados, de modo tal que no permanezca una situación incierta para la pareja, el médico, el dador y el niño concebido. Cuando el peligro de una manipulación científica es mayor, el control social debe intensificarse.

Las condiciones establecidas para el empleo de la Inseminación Artificial Heteróloga. En tal sentido, se recomienda el uso de la técnica cuando: a) El marido es absolutamente estéril o su espermatozoides es de una calidad tan pobre que puede ser considerado como tal; b) La infertilidad de la pareja es de largo tiempo y se hace menester acreditar que se han agotado todas las otras medidas para solucionar el problema; c) Es posible también utilizar semen de un dador, por que existe una gran enfermedad hereditaria, en línea paterna que puede ser transmitida. Igualmente si hay incompatibilidad del factor Rh respecto de una mujer sensible Rh negativa. En este caso es forzoso utilizar un donante con Rh negativo; d) Se establecen diversas reglas para la elección del dador : debe ser el mismo grupo racial y religioso del esposo, tener la probada la fertilidad, no haber sufrido enfermedades venéreas, desórdenes endocrinas, cáncer, tuberculosis, diabetes, enfermedades de al sangre o mentales poseer características físicas similares al marido y en lo posible el mismo grupo sanguíneo; e) Es indispensable realizarse el examen de las reacciones emocionales de los conyugues antes de practicar el procedimiento. Debe tratarse de una pareja bien adaptada y sentir que el matrimonio es satisfactorio y duradero. De ninguna manera, es conveniente utilizar tales técnicas con donante para salvar el matrimonio.

Es necesario que cada uno de los miembros de la pareja prefiera por mismo este método a la adopción; es decir que el procedimiento debe ser elegido siempre que ambos esposos sientan que es la mejor solución para su carencia de hijos, y tengan la suficiente madurez y responsabilidad para adoptar la decisión.

Es síntesis la situación médica, psíquica y emocional de cada pareja tiene que ser evaluada por personal competente, siendo indispensable examinar las relaciones matrimoniales y determinar si realmente la carencia de hijos constituye un serio obstáculo para su armonía. Se insiste en el consentimiento de pareja y de ser posible que dicha voluntad sea asentada ante la autoridad civil por algún arrepentimiento tardío en particular con respecto al padre para evitar el desconocimiento paterno del menor.

Piénsese que si acordara el marido que ha otorgado su conformidad del procedimiento fecundante, el derecho al negar su paternidad por ausencia del nexo biológico, no será difícil que se planteen esta situación a raíz de una disidencia o ruptura con la esposa.

Como instrumento educativo la Ley tiene que estimular la formación de una conciencia que impide, en asuntos tan serios como la materia filial, la revocación de una decisión que debe meditarse cuidadosamente antes de ser adoptada.

Cabe presumir que la inseminación no se hubiera llevado a cabo sin el consentimiento del marido, pero si el acuerdo ha sido suministrado, constituye una carga muy injusta para la madre y para el hijo un posterior desconocimiento, ya que para la primera significa asumir por sí sola la responsabilidad de crianza y formación del niño y para el último convertirse << en un hijo sin padre >>, ya que nunca podrá reclamar su filiación del dador, el cual debe permanecer en el anonimato. Estos efectos implican, consecuencias graves e insuperables, al pasar por alto el consentimiento del esposo al haber permitido que su esposa fuera inseminada, si la acción de impugnación para el desconocimiento del menor es procedente y se olvidan de los requisitos esenciales, estaremos ante una improcedencia legal por falta de regulación jurídica, la laguna legal en la que nos encontramos nos llevaría por resultado a un irremediable desconocimiento del menor.

## CAPITULO PRIMERO

### I. INSEMINACION ARTIFICIAL.

Es una técnica de reproducción animal, mediante la cual, utilizando aparatos o instrumentos adecuados, se sitúan las células germinales masculinas <<espermatozoides>>, en conclusiones de poder realizar la unión fecundante las femeninas <<óvulos>>, estando, por tanto, ausente la acción directa del macho en el proceso reproductivo.

Los animales han sido en todos los tiempos lo que se diría conejillo de práctica para la experimentación de cualquier nueva técnica investigada, ya que comparte nuestro mismo hábitat y forma de vida por lo que en sus inicios de este método de una nueva forma de vida que es todo un éxito en nuestros tiempos reproductivos.<sup>1</sup>

Un Médico Británico, Douglas Bevis, anunció públicamente en 1974, tres implantaciones de embriones en tubos de ensayo que culminaron en nacimientos normales., lo cierto es que el hecho no fué comunicado científicamente a los centros de investigación.

Lo que ha constituido factor de autentica conmoción, ha sido la posibilidad de concebir, extrauterinamente y obtener después que el embrión pueda ser implantado en el útero en condiciones biofisiológicas tales que permitan un desarrollo fetal uterino regular.

Hacia 1790 Cary comenzó las investigaciones; Le siguieron J. Honter Gault en 1838.

---

<sup>1</sup>Zannoni Eduardo A., "Inseminación Artificial y Fecundación Artificial Proyección Jurídica". Austria. Buenos Aires 1990 2a. Edición Pág. 30.

En 1860 Sims por vez primera hablo de un embarazo por inseminación artificial, en una mujer que terminó, sin embargo.

Hasta 1927 se cuentan en todo el mundo 88 casos. A partir de entonces sobre todo en los países anglosajones este procedimiento se va extendiendo.

En 1934 en Estados Unidos fueron fecundadas artificialmente unas diez mil mujeres y no faltan países en las que actualmente se pretende legalizar como en latinoamérica en la que se pretende dar a estas técnicas una legislación.

A partir de la década de 1940, las experiencias e investigaciones en este sentido se extendieron a seres humanos. Se computan las de científicos como Rock y Menkin en 1944, Landrum y Shettles en 1953, Petrou en 1958 y Maricard en 1954. Todos ellos logran fecundaciones in vitro aunque no pudieran prolongar la vida del embrión más de cinco ó seis días.

Es claro, la posibilidad de manipular con éxito los componentes genéticos de la fecundación altera concepciones científicas tradicionales, provoca planteo ético y, desde luego, crea situaciones jurídicas nuevas.

Un recién libro de Vance Packard plantea, una alternativa alucinante: el alquiler de úteros. Si el embrión humano puede obtenerse in vitro nada impediría luego su implantación en un útero adecuado para su gestación que no fuera el de la madre, y, después del nacimiento del bebé, la entrega de este a los progenitores, previo pago, del correspondiente "alquiler".<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup>ob.cit. pag.31

### **a) ANTECEDENTES**

Esta perspectiva como lo es la venta de óvulos o de esperma. Como en países del Japón, Estados Unidos, La Unión Soviética, cuenta ya con bancos de espermias masculino obtenida de donantes de hombres seleccionados conforme de salud y familiares.

En la información en el Congreso de Diputados, Comisión Especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humana, precedida en Madrid, España el 6 de marzo de 1986, es en definitiva, la ética que se podría aplicar desde la perspectiva de esta Comisión Especial, más orientadora que doctrinal, en la medida en que va a dar recomendaciones que puedan servir para elaborar un Proyecto de Ley.

Estamos de acuerdo con el autor del libro Fecundación Artificial de Derecho, que nos dice "que la ética civil, debe fundamentarse en la persona alegándose al respecto que todo proyecto ético consiste más, en la realización, del hombre como persona".<sup>3</sup>

El propio Consejo de Europa, en un informe elaborado en 1981, concluye como línea directa que la utilización de las técnicas aludidas se limitan a parejas casadas. No obstante, no ha sido este un crítico firme, puesto que el propio Consejo de Europa, en un proyecto de recomendaciones de 1984, extiende su ámbito a parejas no casadas <<uniones estables>>. Incluso, la primera ley en Europa, sobre inseminación artificial humana corrobora lo expuesto extendiendo su campo de aplicabilidad a parejas que constituyen una realización similar a matrimonios.

Uno de los puntos principales que toca el autor es aquel en la que la paternidad responsable se da desde el momento en que tenemos la seguridad o al menos la confianza en aquel hijo procreado, de

---

<sup>3</sup>Lledo Yague Francisco. "Fecundación Artificial y Derecho". Tecnos S.A. Madrid España 1991. Prologo de Rodrigo Bercovitz. Rodríguez Cano colección ciencias jurídicas. pag. 35

una inseminación artificial, estaría en manos de una pareja que le puede proporcionar no solo una estabilidad económica segura, sino que también moral, se entiende que un hijo debe nacer y desarrollarse en un ambiente de seguridad emocional que le permita desarrollarse libremente. Señalaremos que uno de los puntos a tratar, puesto que para adoptar no es condición no tener hijos, aunque seguimos pensando que incluso tras la reforma de la adopción el juez, valorará siempre su conveniencia para el adoptado conforme a las circunstancias de cada caso, y, muy especialmente, si el adoptante tuviere hijos.

En la fecundación asistida, la razón de su aplicación es casualmente la esterilidad e impotencia irreversible; por lo que queda plenamente señalada, el porque se daría tan fuertemente la iniciativa de dar paso a tan importante técnica en la que se llamaría fecundación asistida.

Existe un mandato constituyente en la que solo se habla de la paternidad nacida de una relación sexual pero no se habla de una paternidad nacida de una donación de semen, esto es nacida de una inseminación artificial, en la que el donante, se convierte en padre de un ser que está condenado a no conocer a su padre genético.

La mencionada de legislación constituyente solo prevee la paternidad nacida de una relación sexual entre un hombre y una mujer, pero nuestra observación se dá desde el momento en que existe una impotencia u esterilidad por alguno de los cónyuges

Ahora bien, en otro orden de cosas, para que la futura ley de la reproducción humana asistida no nazca viciada de inconstitucionalidad, debe conocer el hijo las características biológicas de su progenitor, es decir, tener conocimiento de los datos inmológicos y caracteres hereditarios del donante, sin olvidar, que quien contribuye decisivamente a que sea él el progenitor, en todo caso, el médico del centro autorizado.

Con toda seguridad el hecho de que el hijo que nace bajo circunstancias de este tipo es necesario que tenga un conocimiento de sus raíces, no ya tan solo para darle a conocer alguna herencia probable sino como la de tener una opción en caso de necesitar auxiliarse de su padre genético.

En la presunción de paternidad legítima, tan cargada de acentos humanos y sociales, adquiere particular interés por reflejar la sensibilidad jurídica y social de cada pueblo y en cada momento respecto de algo tan importante y a veces dramático como es la paternidad y la filiación en matrimonio, la duda del marido acerca de la paternidad de los hijos de su esposa: ¿cuándo se ha planteado el hombre el problema de la paternidad? ¿cuándo ha empezado a atribuirse los hijos de su esposa como coma y en obra suya, y cuando a comenzado a dudar de tal paternidad.

En los pueblos primitivos, Hubo una época en que el matrimonio, la paternidad y la filiación fueron completamente ignorados. El parentesco <<primitivo>> es una participación mítica en un grupo y en todos los valores religiosos, morales, que representa el grupo. En las sociedades totémicas todos los miembros del clan son considerados participantes de la naturaleza de su antepasado mítico. En estas sociedades, <<la unidad social no es el individuo, sino el grupo>>. El individuo toma en él, sencillamente, los parentescos de su grupo: el parentesco es de grupo a grupos.

Esta concepción y organización social se prolongo hasta etapas históricas mejor conocidas. En Grecia y Roma durante algún tiempo fué la religión la que determinó el parentesco; el culto, y no el lazo de sangre: era el parentesco agnaticio. Sólo más tarde, cuando las ideas religiosas fueron cambiando y el culto de los antepasados dejó de ser el aglutinante del grupo familiar, fué destacándose el parentesco de sangre y con él la familia cognaticia. Hoy no cabe ninguna duda de que el hombre primitivo, durante largo tiempo, no relacionó el acto sexual con el nacimiento, y que ignoró el papel de padre en la fecundación.

La apariencia y la preocupación por el hecho de la paternidad surge con la evolución de la sociedad, en la que es decisiva lo económico. El desarrollo de la agricultura favorece la formación de la familia; la mujer y los hijos adquieren un valor económico: El varón ya no va a visitar a la mujer al clan de ésta, sino que la lleva a su propio clan. Va apareciendo de forma cada vez más definida la autoridad del marido, y con el tiempo el grupo doméstico se va restringiendo y los lazos que lo unen adquieren más fuerza. El marido tiene un poder dominical, y en algunas sociedades un derecho de vida y muerte sobre los miembros de su grupo. Las relaciones y lazos se van definiendo y concretando.

De esta forma, poco más o menos, fué dibujándose la idea de paternidad, no siempre igual, evolucionando por distintos caminos, sin duda alguna, hasta llegar a estudios históricos donde tal preocupación comienza a reflejarse en momentos literarios, y luego en textos jurídicos, que iremos viendo.<sup>4</sup>

Es conveniente que el hombre moderno ha llegado a adquirir de las civilizaciones antiguas y que representa una de las más admirables conquistas de la ciencia

Efectivamente, las investigaciones y descubrimientos más recientes, de los últimos cincuenta años, han alumbrado un mundo nuevo, muy viejo por otra parte, de vida e historia mucho más rica de lo que nadie hubiera podido sospechar. En el aspecto jurídico, se han descubiertos textos muy antiguos, algunos de ellos sólo fragmentados.

Quizá el monumento jurídico más antiguo que se conoce es el código de Lipit-Ishtar, de mediados de siglo XIX a. de c., anterior incluso al Código de Ham mu-rabi, tenido hasta hace poco como el

---

<sup>4</sup>Revero Hernández Francisco. "La Presunción de Paternidad Legal". Tecnos s.a. España estudio de derecho comparado y derecho español. Prólogo de José Luis La Cruz Verdujo 1190. pag.159.

cuerpo legal más antiguo. Ese código redactado en sumerio en la época del rey de que lleva el nombre, del Sur de Mesopotamia, expresa ya en el prólogo las <<conquistas sociales>> de Lipit Ishtar <<fin de establecer la justicia...">>: "yo he obligado al padre a mantener a sus hijos, y a los hijos a mantener a sus padres...".

Aparece en este código perfectamente definida la relación paterno-filial, individualizando la paternidad y la maternidad; habla de los hijos de la esposa, son los hijos de la esclava, todos ellos hijos del marido, señor. al parecer de todos.

Del código de Hammu-rabi <<S. XVII a.de c.>> se tiene uno más antiguo y mejor conocimiento; es un texto más amplio y completo. Conoce también este cuerpo legal la paternidad y la maternidad, mejor diferenciadas quizá que en el de Lipit-Ishtar. No solo habla de los hijos del marido y de los de la mujer sino que distingue entre los del primer marido y los del segundo. No aparece, pues, en el Código de Hammu-rabi disposición alguna referente a la presunción de paternidad legítima o que permita saber en qué forma o criterio se atribuía la paternidad. Dependerá en todo caso del sentido que tuviera la paternidad en aquella sociedad babilónica.

Es curioso anotar que un derecho que conoce la relación paterno-filial de forma tan concreta y definida, no se plantea en ningún momento el problema de la maternidad ó la paternidad como problema..

#### **h) CONCEPTOS.**

Vocablo de la raíz latina sperilis, es decir infecundo, que no da fruto.

Esterilidad; calidad de esteril; incapacidad del hombre para fecundar o de la mujer para concebir.<sup>5</sup>z

Los aspectos médicos de la Inseminación Artificial en los seres humanos es <<un método o artificio de los usados por la naturaleza para lograr introducir el espermatozoide en el interior de los órganos genitales de la mujer>>.

En medicina legal y práctica forense, resulta de considerar la inseminación artificial como la <<introducción del semen en el interior del canal genital femenino, por procedimientos mecánicos y sin que haya habido aproximación sexual>>.

Gemelli dice la fecundación artificial es un constante en estos "procedimientos mediante los cuales se introduce el espermatozoide dentro de los órganos sexuales, con el fin de favorecer o facilitar el encuentro de los espermatozoides con el óvulo, haciendo posible la fecundación de este.<sup>6</sup>

Desde el punto de vista biológico la inseminación artificial es la unión de dos células germinales procedentes de individuos sexualmente opuestos, por lo que la ausencia de conjunción carnal no le priva de su carácter sexuado.

La falta de un acto copulatorio y la introducción de los gametos masculinos en la mujer, se le conoce el aspecto artificial de esta técnica de reproducción humana llamando a la producción asexual.

Si se piensa que todo ser humano tiene derecho a identificar y vincular a sus padres genéticos, en todo momento, de su vida y a través de cualquier medio de prueba, estaremos ante un medio de

---

<sup>5</sup>Mascaro y Parcar, José Ma., "Diccionario Tecnológico de Ciencias Médicas", Mexicana de Ediciones S.A. México 1978. pag.375.

<sup>6</sup>Soto La Madrid Miguel Angel "Biogenética Filiación y Derecho". Astrea del alfredo y ricardo de palma. Buenos Aires 1990 impreso en Argentina pag.19.

filiación abierto. Si se considera, que esta relación pierde trascendencia cuando el niño sin padre o madre registral llega a la edad adulta, o se prefiere la estabilidad de los vínculos establecidos, aunque no respondan a la realidad dando prioridad a la protección de la familia antes que el interés individual de quien no tiene filiación, entonces hablaremos de sistemas cerrados.

Por esto que las normas sobre filiación y en general sobre el estado civil de las personas son de orden público y de interpretación estricta, aunque el esposo demostrara la existencia de una inseminación artificial sin su consentimiento y más aún, aunque se produjera una prueba hematológica que pusiera de manifiesto la incompatibilidad sanguínea con el del hijo-supuesto, esto carecería de relevancia jurídica.

En el artículo 234 del código Paraguay, que admiten con aparente liberalidad que "los hijos tienen acción para ser reconocidos por sus padres, que esta acción es imprescriptible e irrenunciable, y que en la investigación de la paternidad o de la maternidad se admitirán todas las pruebas aptas para probar los hechos", pero a la vez prohíbe diciendo "cuando se pretenda atribuir al hijo a una mujer casada".

La acción de desconocimiento de la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio, es exclusivamente al marido, de donde se advierte que la amplitud probatoria es proporcional a la hipótesis de investigación o impugnación de la filiación como cerrado o abierto, deriva no sólo de la amplitud de las pruebas permitidas, sino también de los plazos y condiciones impuestas para planear las acciones relativas, así como de las personas legitimadas para ejercerlas.

Refiriéndose a las reglas para impugnar la paternidad matrimonial, que no es una diferencia relativa a los medios de prueba que el marido puede producir, sino de los extremos u objetos a probar. En base a ello se delinearán fundamentalmente dos sistemas:

El abierto, que permite al marido probar la inexistencia del nexo biológico, sin limitarlo a ciertos supuestos predeterminados y el cerrado, que fija ciertos presupuestos de la acción que, si resultan acreditados, permiten al juez considerar probado el vínculo biológico, y a falta de los cuales no puede intentarse la prueba de este fenómeno.

Países que apoyan estas reglas para impugnar la paternidad matrimonial, como en Argentina que en la reforma introducida por la Ley 23.264 dice "se ha producido un vínculo fundamental en la materia que establece el régimen abierto a la impugnación de la paternidad del marido".<sup>7</sup>

A diferencia de los sistemas cerrados de impugnación en las que la defensa se centra en la imposibilidad de ver realizado el acto sexual, los sistemas abiertos contradicen estas presunciones o desplazan el vínculo formalmente constituido, a través de varios tipos de pruebas, particularmente los biológicos. Estas, obviamente, tienen un mayor poder de convicción, ya que demuestran que la relación jurídica no existe, lo que era casi imposible pocos años atrás.

Estas conclusiones, válidas en los sistemas abiertos que se apoyan en las pruebas científicas para determinar la filiación, no son aplicables a todos los códigos latinoamericanos, pues muchos de ellos no han aceptado todavía las pruebas biológicas. De aquí la importancia de explicar en qué consisten y como operan estos instrumentos científicos.

En Argentina se ha sepultado toda idea de la que sería <<voluntad procreacional>> por no tener ninguna relación biológica de los participantes que sería lo que nos interesaría en nuestro tema a tratar, pero no hay que dejar a un lado la importante aportación que dió Díaz de Hujarro con su teoría ya que se califica como lo más aprobechable, desde el punto de vista de reflexión sobre el peso psicológico que tiene la voluntad de asumir el vínculo parental.

---

7  
op.cit. pag.62.

Es verdad que el reconocimiento del hijo matrimonial, constituye una manifestación de voluntad que produce consecuencias jurídicas en el área del derecho de familia, toda vez que implican un reconocimiento tácito de esta relación por parte de los padres putativos.

En realidad, los únicos títulos reconocidos hasta ahora por la mayoría de los códigos latinoamericanos, son los previstos por el artículo 240 del código civil Argentino, al disponer que "la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción".

La voluntad que aprovecha las vías legales del reconocimiento, tácito o expreso que no recurre a las acciones de impugnación, no es una voluntad reconocida por el derecho como fuente formal de la filiación. Tanto es así, que el hijo o los terceros, cuando la Ley lo autorice, puede impugnar y desplazar este tipo de filiación originada en la sola voluntad, sin ningún apoyo genético.

La eugenesia positiva, esto es que existe la negativa que trataría de la eliminación de los seres defectuosos, pero existe otra forma de eugenesia la positiva, que propone a favorecer la multiplicación de sujetos portadores de mejores atributos hereditarios.

En este ordenamiento de ideas han sido propuestas diversas medidas, de las cuales, la más eficaz, pero también la más extrema es la que se practique en un gran número de mujeres, la inseminación artificial como semen proveniente de hombres superiores. Es de presumir que con este procedimiento se lograría, al cabo de varias generaciones, elevar en grado apreciable el nivel intelectual de la población, pero está claro que chocaría con enormes dificultades de orden social, moral, y sentimental.

La eugenesia jamás se dará la mano con la democracia esto es que sería; ideal, justo y sino que sea tanto mejor comprendido, aceptado y adoptado, cuanto más igualitaria y humana sea la sociedad

a lo que se proponga, por lo que en el futuro es de desear, que se inscriba en sus códigos y al menos que tenga la suficiente difusión, en la conciencia y espíritu de los hombres, no solo hablando de una raza superior afamar sino para unas investigaciones científicas que mejoren el ritmo de vida de nuestra sociedad.

La indignación justificada de algunos autores, han planteado sugerencias para que se establezcan sanciones personales, a la manipulación genética en general, o a los posibles abusos de la investigación científica.

Los experimentos negativos o indeseables en lo que hace a la investigación de la eugenesia se debe algunos tipos que se clasifican de la siguiente manera: La clonación, entendida como el método que, partiendo de la manipulación química-celular, nos permite obtener individuos idénticos a partir de un solo sujeto.

Esta posibilidad quedó demostrada en los setentas, al eliminar el genoma de los gametos femeninos <<óvulos>>, e introducir al interior el gameto de otras celular no germinales, procedentes de un animal de cualquier edad o fácil de desarrollo.

La gestación en el varón otro tema controvertido, es la posibilidad de que en el futuro la gestación pueda desarrollarse en el varón, pues a ello nos conduce in vitro. El transplante puede realizarse en la matriz de la mujer o al interior de la cavidad abdominal del varón.

Es indiscutible la información aportada a este caso, es muy rudimentaria y de nula validez científica. Por lo que salta a la vista además, que el intento de realizar este tipo de embarazo es absurdo y éticamente inaceptable.

La gestación en cadáveres es por último, lo que fue calificado de iniciativa escalofriante, por la prensa nacional Argentina. Recientemente, el 24 de junio de 1988, un científico australiano sugirió que se utilizaran mujeres cerebralmente muertas como incubadoras, para ser un mejor uso de los cadáveres vivientes.

Esta sugerencia provocó una reacción inmediata y mirada de otros médicos, abogados y religiosos, y es que, para comprender no necesariamente para apoyar, este tipo de reconocimiento, es necesario distinguir la posición de la ética médica clásica frente a estos fenómenos y adoptada por la más reciente bioética.

#### e) FORMAS DE INSEMINACION

Cuando se hude a la inseminación artificial, habrá de distinguir entre inseminación homólogo e inseminación heteróloga. La primera surge cuando el hombre recurre al médico sin ser estéril, puede no obstante generar de suerte que la mujeres fecundada artificialmente con el semen de aquél (cónyuge) a esto se le llamará fecundación asistida.

Existe una incorrecta denominación, ya que desde una perspectiva médica, homólogo es lo que acontece dentro de la misma especie; heterólogo es lo que se realiza entre dos especies distintas.<sup>8</sup>

Inseminación Artificial Heteróloga, a diferencia de la homóloga no solo se presentara un problema de copulación sino también de generación de espermas, en tal sentido, el semen del varón de la pareja paciente será sustituido por el semen de un tercero de modo que este será introducido en el útero o vagina de la esposa o compañera del paciente impotente.

---

Fecundación Artificial y Derecho ob.cit. pag.15

Es decir el esposo o compañero varón padece una enfermedad irreversible, impotencia e incapaz de producir espermias por lo que existe la posibilidad de que un tercero intervenga en auxilio de esta situación que no tiene cura alguna, y done espermias para la cónyuge de la pareja impotente (varón).

La fecundación in vitro, a diferencia, de la inseminación artificial heteróloga se produce mediante la extracción del óvulo maduro (humano) para que se fecunde in vitro con el semen de su esposo y/o consorte, de manera que una vez que hubiere ocurrido la fecundación se transfiera el embrión al útero, de la mujer que lo necesita o bien en el útero de una tercera persona que lleve a cabo con aquella pareja un contrato de gestación.

En primer lugar, igual que la inseminación en la que tratábamos inicialmente el supuesto de la fecundación con semen del propio cónyuge, de igual modo, en la fecundación in vitro, los gametos (semen y óvulo), pueden provenir de la pareja citada, con el problema de la esterilidad.

Existe una donación de gametos, en el primer supuesto, el óvulo es donado, pero el semen o espermia proviene de la pareja paciente. Se recurre a dicho método cuando la paciente puede a dar a luz, pero es incapaz de producir óvulos, o existe el riesgo de que trasmita alguna enfermedad hereditaria.

Esta es una técnica que ha cobrado, en los últimos tiempos un extraordinario auge en los países de Australia y Estados Unidos de América, para que de alguna manera respecto a la donación, de óvulos, se puede presentar un problema de maternidades; es decir como al respecto se ha llegado, por razones humanas; por razones de desarrollo biológico parece igualmente importante, el componente de la gestación.

Finalmente, otra técnica de tratamiento, para la esterilidad en el procedimiento que hemos venido en denominar el ya comentado alquiler de útero.

En primer lugar, si los gametos provienen de la pareja comitente o de la madre gestante que incluso puede donar sus óvulos y por último, el donante de los gametos, desconocido aquél para la pareja beneficiaria.

Si el patrimonio genético es de la pareja obviamente el padre es el progenitor biológico y genético y la madre desde un punto de vista genético, aunque examinando tal situación desde el aspecto de la gestación, no sería uterivamente hablando, la madre la que ha alumbrado.

Existe sin embargo otra categoría que sería Di Cío: La inseminación artificial confusa mixta o combinada, en la que se utilizan una mezcla de espermias de dos o más personas, usualmente del marido de la mujer que va a ser inseminada o de uno o varios donantes.

La razón de esta práctica, sostiene que se cubren más adecuadamente los aspectos legales de la cuestión, ya que quizá el esposo de la mujer es el padre de la criatura nacida por inseminación artificial, por otro lado desde el punto de vista sociológico, la inseminación artificial combinada ayuda a consolidar la personalidad del esposo, al permitirle suponer que tal vez él sea el padre del hijo de su mujer, siempre y cuando tenga el padre o esposo de la mujer inseminada, este acuerdo con tal coordinación.

Existe gran difusión en la inseminación heteróloga, ya que la gran necesidad del paciente lleva a arrojar la siguiente cuantificación: En la Gran Bretaña se dieron 2396 casos en 1977, en Francia 1800 casos en 1978, en los Estados Unidos de América 25000 casos en 1979.

Actualmente se reciben unos 10000 pacientes anuales en Estados Unidos y en Francia 25000 y se afirma que existen 250 mil niños nacidos por este procedimiento en el mundo.

La inseminación artificial realizada crece, pues, la esterilidad humana, es cada vez más frecuente, y recurrir a estas técnicas es cada vez más usual por lo que no se puede seguir ignorando y el derecho tiene la obligación de buscar una regularización, pues afecta directamente los sistemas básicos de la filiación y la fecundación.

El doctor Milpan Nakamura, de la Universidad de San Pablo, señala que en Brasil esta, practicando la inseminación artificial humana por medio de pellets que no es otra cosa que píldoras de espermatozoides, inventadas por él mismo, no apunta trabas legales. En el aspecto social se realiza una encuesta entre pacientes y médicos y se verificó en el 99% que el 99% acepta la inseminación homóloga por lo que se ha creado un banco para la inseminación humana con grandes perspectivas. Así también existe un 43% quién acepta la inseminación artificial por dador y se presisa que en el

Japón el cónyuge acepta que aparte del dador desconocido, así como de él mismo también se realice con semen del cuñado o del suegro de la receptora.

En Bogotá, existe ya un banco de semen dirigido por el Centro Colombiano de fertilidad y esterilidad se sabe, además que en el mes de febrero de 1979 vino al mundo el primer ser humano nacido en Colombia, producto de una inseminación artificial heteróloga con semen congelado en nitrógeno líquido.

Se cree que en la actualidad, puede haber nacido por este procedimiento unos 800 seres humanos en Colombia, y así como en este país, en otros se realiza este procedimiento para dar vida a más seres humanos que darán fin a la frustrante idea de padecer por vida la esterilidad.

Recientemente se comenzó a emplear un nuevo método: Denominada por lo estudiosos de la transferencia intratubaria de gametos, técnica que fué ideada por el médico argentino Ricardo Ash,

y que consiste en captar los óvulos de la mujer a través de laparoscopia y, al mismo tiempo, el espermia del marido. En la misma operación se coloca a ambos gametos en una cánula especial, debidamente preparada, y se introduce en cada una de las trompas de falopio, lugar donde naturalmente se da la fertilización. Si todo transcurre naturalmente, los espermatozoides penetran en uno o más óvulos formandose el embrión. Este descenderá dentro de las trompas hacia el útero, de forma tal que la concepción se producirá íntegramente en el cuerpo de la mujer.

El éxito de esta técnica alcanza el 35 y el 40% de los casos, y esta encargada de tratar la esterilidad por factores masculinos, como problemas de en la cantidad o movilidad de los espermatozoides y trastornos que impiden su ascenso por el canal femenino el único requisito imprescindible para que esta técnica obtenga buenos resultados, es que la mujer presente trompas de falopio sanas.

Ahora se habla de la inseminación intraperitoneal como una técnica más simple y efectiva, la técnica consiste en colocar el semen en la cavidad peritoneal para que caiga directamente en la trompa, hablando de esta técnica diremos que es totalmente ambulatoria esto es que no requiere ser internada a la persona y es indolora ya que la molestia es nínima, ya que no requiere anestesia.

El nuevo sistema surge entonces como una opción, más fácil que la fertilización in vitro partiendo de la salud en que se encuentran las trompas de la mujer, que servirá como conducto del semen del hombre para llegar al útero y realizar la fecundación, y así el 13 de mayo de 1986 nació Manuel Campos, mediante la transferencia de gametos directamente a las trompas de su madre.

La Fecundación y Gestación Interspecies, ahora se discute la posibilidad de fecundar óvulos de manera feroz con gametos humanos, o viceversa, para observar el resultado de este cruzamiento genético, aunque ya se realizan experimentos de este tipo, pero con fines terapéuticos: Se

diagnostica la hipofertilidad masculina, usando espermatozoides del paciente para fecundar óvulos de Hamster.

La transferencia de embriones humanos al útero de animales para procurar su gestación sería la lógica prolongación de la fecundación interespecies, si tuviéramos que seguir el razonamiento de nuestro autor, por lo que nada impediría, para justificar esta nueva aberración que utilizaríamos el argumento significativo de liberar a la mujer de la pesada carga de la maternidad, aprovechando integralmente a otros seres vivos, con aptitud orgánica para subrogarse en esta fecundación.<sup>9</sup>

#### d) PRESUPUESTOS

Los avances científicos y espectaculares logros, pueden llegar a conmover y buena prueba de ello nos lo da el tema de la inseminación artificial en los seres humanos. Tanto esta como la fecundación humana extrauterina replantean aspectos jurídicos y éticos comunes y encierran una problemática a fin: Tal avance científico ante circunstancias naturales que impiden al hombre y a la mujer en circunstancias completas lograr la procreación de un hijo mediante la copulación normal. La inseminación artificialmente está estrechamente unida al descubrimiento de que el semen puede fecundar mucho tiempo después de su eyacuación si es adecuadamente conservado (por ejemplo por congelación).

Es un procedimiento al cual recurren numerosos matrimonios frente situaciones concretas de infertilidad o esterilidad, se le llama como ya lo hemos mencionado, homóloga cuando el semen que se preserva se le inyecta a la esposa por pertenecer al marido. Por si esta fuera estéril se recurre

---

<sup>9</sup>"Biogenética, Filiación y Derecho" ob.cit. pag.249

a la llamada inseminación heteróloga en la cual el semen fecundante es de un tercero donante.<sup>10</sup>

Esta segunda especie de fecundación artificial tiene como fin realizar experiencias sobre el desarrollo embriológico humano y preparan una futura creación en vitro de seres humanos, con o sin trasplante sucesivo en un organismo humano que serviría como incubadora. Otros autores tratan de defender la fecundación artificial en vitro, deduciendo la posibilidad de contar de este modo con órganos y tejidos humanos susceptibles de empleo en terapéutica; trasplante e injertos, proponiéndolo de esa corremos el riesgo de metalizar las ideas y de olvidarnos del principal motivo que tendrían estos avances científicos, como el la procreación de un ser humano.

Respecto al conflicto de paternidad, si bien hemos establecido en el principio de maternidad siempre se tiene como cierta, dejaba de ser cuestionada, ante el conflicto maternidad genética o gestante que se desencadena, con la paternidad, ocurre lo mismo al darse la posibilidad de que el gameto (semen) provenga de un donante.

Como se ha dicho con oportunidades anteriores en las reformas de 1981, existen pruebas irrefutables para determinar la paternidad lo mismo se daba en la paternidad ya que se tenía como alternativa cualquier medio de prueba, y, fundamentalmente, la prueba biológica. Con lo que dichas reglas requiere establecer que padre es aquél que generalmente se comprueba que lo es.

Una resolución del consejo de Europa, se manifestaba en términos ermeticos de suerte que establecía que la regla de anonimato tenía por objeto evitar la eventualidad de remordimiento de conciencia sea en el donante, sea en el receptor, en particular, que alguien abusara de la situación

---

<sup>10</sup> "Inseminación Artificial y Fecundación Artificial, Proyección Jurídica ob.cit. pag.25.

a través del chantaje.

Debemos tomar una postura más abierta en la que consiste de desdramatizar la cuestión del anonimato; como exponente de la misma se nos muestra la reciente Ley seca (Ley de Inseminación Artificial dictada 20 de diciembre de 1981 ordenada su impresión y publicación el 22 de diciembre de 1985, en la que señala en caso de abrirse un proceso acerca de la paternidad del niño, fuera necesario tener acceso a los informes de una inseminación, es el responsable de la inseminación quien tiene que proporcionarlos).<sup>11</sup>

Existe un sin número de motivos que pueden orillar a un ser humano para tener que auxiliarse de las técnicas de la inseminación artificial como los hombres que padecen oligoastenospermicos, es decir hombres cuyo líquido seminal contiene un bajo número de espermatozoides y de reducida movilidad así como los hombres que estuvieron sujetos a tratamientos químicos o radioterápicos, que podrían tener repercusiones negativas en su descendencia o sujetos con problemas anatómicos o sexológicos que les impide realizar adecuadamente el acto sexual.

En el segundo caso, se trata principalmente de importancia del hombre o vaginismo en la mujer, como en los casos de eyaculación retrógrada esto es cuando el semen es receptado por la vejiga que puede darse como consecuencia de enfermedades y, especialmente, en el caso de parapléjicos, y por último hablaremos de personas afectadas por esterilidad de origen inmunológico. Esta claro que el uso de dicha técnica es usada por hombres que la naturaleza les ha privado de cualquier forma de remedio.

existen enfermedades que son incurables como la azoospermia secretora esto es que un hombre no

---

<sup>11</sup> "Fecundación Artificial y Derechos ob.cit. pag.30.

BIBLIOTECA LEGAL

produzca espermatozoides; así como los que sufren los que se llamaría en términos médicos criptorquidia; por alguna razón los espermias no han descendido al escroto permaneciendo en el abdomen a una temperatura de 37 C. demasiado elevada para el buen funcionamiento. En otro caso como la azoospermia excretora, que consiste en que se encuentra obstruidos los conductos secretores, los espermatozoides no pueden ser expulsados, esto es producto de una infección producto de tuberculosis o gonorrea.

La inseminación heteróloga constituye la única forma de que la pareja pueda acceder a la paternidad partiendo de la esterilidad del varón, que puede tener una solución a que la pareja puede recurrir para ver realizados sus anhelos paternales nacidos de sus propios genes.

En la mujer, la esterilidad es bastante compleja, procede normalmente por ausencia completa de ovulación, o también por falta o atrofia de los óvulos, así como por causas de naturaleza psicológica, esto se presenta con más frecuencia en la mujer que en el hombre. En este caso, puede ser más fácil el uso del método de la fecundación que se realiza in vitro para un mayor éxito en el proceso de reproducción, esta decisión de elegir esta técnica es por ser la más adecuada al caso presentado, y en la que la pareja asegura su resultado.

Cuando la cuestión radique exclusivamente en la infertilidad o sea en la incapacidad de la mujer para retener el cigoto y sobre llevar la gestación, entonces podría recurrirse al arrendamiento de útero a fin de sustituir esa función aportando la pareja infertil el material genético, y en el caso de que la mujer sea estéril en estos casos de esterilismo unido a la infertilidad, la maternidad subrogada con aportación de óvulo y vientre por parte de otra mujer, usando espermatozoides del marido de la estéril para inseminar a la subrogatoria, podría ser una solución al problema, aunque resulte un tanto difícil de cuestionar.

En todos estos casos, a excepción de la maternidad subrogada plena en la que se acude a la inseminación heteróloga en seres humanos, nos resulta necesario recurrir a la fecundación extracorporia del óvulo, así como también es verdad que la fecundación in vitro se llevan a cabo cuando la mujer es estéril, como consecuencia de la obstrucción de sus trompas así como también casos de esterilidad masculina. Se puede hablar de esterilidad en ambos sexos de la pareja sin embargo se puede ser fértil a través de una fecundación artificial.

La técnica de la FIV (fecundación in vitro) se desarrolla en tres pasos que serian; la obtención de óvulo u óvulos, estrayéndolos de la cavidad abdominal es decir se trata de obositos próximos a su maduración, la fecundación in vitro es propiamente, la puesta en contacto del óvulo con los espermatozoides y el logro de la fecundación y la transferencia del embrión de pocas horas, al interior del útero, para que allí se realice el proceso de anidación o implantación y continúe el desarrollo embrionario.

De este modo, nos ha sido posibles demostrar que la ruptura folicular u ovular, ocurre en 37 horas después de la descarga ovulatoria y en un momento del día que varía según la estación; casi siempre al final de la tarde durante todo el año, y por tanto da una mayor facilidad para proceder a realizar en el organismo humano la maravillosa forma de poder dar vida en forma extracorporia.

El principio de la verdad biológica contrasta con la toma de la postura, en muchas leyes extranjeras y en todos lo proyectos que se ocupan de la inseminación artificial con donante, a favor de la paternidad legal del marido de la madre inseminada con el consentimiento de aquél, unida a la negación de la posibilidad de reconocer o reclamar su paternidad al varón del semen, a quién también podría imponerse vínculo legal de paternidad respecto de su descendientes genéticos.

En consecuencia, parece necesario reflexionar sobre el apuntado contraste entre la verdad biológica

BIBLIOTECA NACIONAL

y la forma que debe realizarse la inseminación artificial, decidiendo si la voluntad de los particulares puede fundar relaciones de paternidad-filiación que no quieren diferenciarse social ni jurídicamente, de los basados en la procedencia genética, sin importar que pretendan ocultar en absoluto secreto la peculiaridad de su constitución.

Sin embargo, la reforma argentina fué más lejos que la producida en el Código Civil en lo que toca al peso adjudicado a la verdad biológica, pues dispone su artículo 256 que "la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo biológico", mientras que en la legislación hispana carece de un precepto como éste, haciendo prevalecer la posesión de estado sobre el vínculo genético.<sup>12</sup>

Lo cierto es que la reforma del derecho de filiación argentina, como también ocurrió en la reforma del código español, no parece haber advertido el impacto que las nuevas técnicas de inseminación artificial pueden producir, quizá a corto plazo un cambio en su criterio por propia necesidad en el campo de la filiación.

#### e) RESULTADOS CLINICOS

" Aún no se conoce a fondo la fecundación de los órganos reproductores accesorios en relación con la fecundidad masculina.

Los espermatozoides separados del plasma feminal y lavados conservan su poder fecundante, pero la tasa de fecundación es muy superior en presencia de las secreciones de los órganos reproductores

---

<sup>12</sup>  
Soto la Madrid Miguel Angel. ob.cit. pag.55.

necesarios. Toda vía no se conocen las causas de ello".<sup>13</sup>

Esta técnica fue y segura siendo los primeros experimentos que se tienen de antecedentes en relación a la inseminación artificial realizada primeramente en animales, por lo que como se puede observar se ha ido reformando y cada día se ha ido investigando y teniendo una amplia visión sobre el tema a tratar, el hecho de practicar en animales es por tratarse más que nada en ser el segundo animal sobreviviente que comparte nuestro habitac, respira y se alimenta en el mismo universo que el nuestro y uno de ellos es el chango o simio que según los estudiosos de nuestras costumbres es el más parecido al hombre.

"La mayoría de las investigaciones sobre la regulación de la fecundidad en el macho se han efectuado en animales de laboratorio, utilizando métodos químicos e inmunológicos.

Debido a su toxicidad conocida o potencial, ninguno de los agentes químicos puede administrarse al hombre. De manera análoga, los procedimientos inmunológicos son peligrosos para el hombre y carecen de especificidad. En consecuencia, no se dispone actualmente de ningún método de acción general que permita regular la fecundidad en el hombre".<sup>14</sup>

El Doctor Velasco relata:

"Eran casos terribles de desesperación, había mujeres con graves problemas en sus órganos de reproducción, había algunas sin trompas de falopio, con ellas trabajamos en un inicio: Ahora no nos damos abasto. Las mujeres estas convenidas de los resultados de nuestro programa".<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Organización Mundial de la Salud, Sede de Informes Técnicos. "Estudios recientes sobre regulación de fecundidad", pag. 7.

<sup>14</sup> Serie de Informes Técnicos, O.M.S.ob.cit. pag.7

<sup>15</sup> Robles Mammel. "Controversia entre la medicina privada y oficial sobre embarazos no naturales", pags.

BIBLIOTECA CENTRAL

Como se puede observar en renglones anteriores el método de la inseminación, por siempre polemizada y difícil de llevar a cabo por las dificultades que se mencionan, sin contar que desde 1971, miles de parejas acuden a clínicas especializadas con un sin número de problemas internos que no son fáciles de superar y que en la mayoría de ellos son irremediables por no poder ser renovables y que muchos de los casos los tratamientos son dolorosos que desgastan el físico y la moral del individuo, por lo que es recomendable en la mayoría de los casos imposibles de reestructurar, la inseminación artificial que es un método que después de haber sido ensayado desde 1954, practicado en animales y posteriormente en humanos, se ha dado una nueva oportunidad a los matrimonios que carecen de impotencia o esterilidad para procrear, y disfrutar de una familia propia.

Tales son los casos que nos habla el Doctor Rutz Velasco "Se ufana de los éxitos alcanzados en su Centro para el Estudio de la Fertilidad, en donde, asegura, han nacido ya los primeros mexicanos con la técnica de fertilización In Vitro".

"El problema ha sido un éxito; aquí ha habido un embarazo al día" dice el especialista en su consultorio de esa clínica en la Colonia Polanco de esta Ciudad, que en su decir ha roto todos los pronósticos: 100 embarazos de mujeres con diagnóstico de esterilidad. Apenas en los tres primeros meses de 1985.

En 1982, acudió a esa clínica privada un joven matrimonio de Evano, Veracruz, padre del primer niño mexicano concebido con la técnica de fertilización IN VITRO, según el Doctor Velasco. El mismo y su equipo de biólogos realizaron, en 1981, los primeros experimentos con siete parejas,

cuya edad oscilaban entre los 38 y 39 años y que representaban "desesperados" casos de esterilidad, de 15 a 20 años antes.

Ruiz Velasco, estudió las técnicas de Inseminación Artificial en la Universidad de Virginia del Este de los Estados Unidos.

"El Doctor Alberto Kalby, Jefe del Servicio de Hospitalización y Coordinación del "Departamento de Esterilidad del Instituto Nacional de Perinatología <<INPER>>, anunció optimista que en julio de 1985 se aplicaría en México la Inseminación Intratruvaria <<método "GIFT">>.

La feundación intratruvaria consiste en tomar el óvulo y el espermatozoide para fertilizarlos y, posteriormente, introducir el óvulo en una de las trompas de falopio, a fin de que espontáneamente se aloje en la matriz para su desarrollo normal, no obstante que desde hace años, se realiza con relativo éxito en Instituciones del Sector Salud, como el Centro Médico, La Raza del I.M.S.S."

Como se ha señalado, no solamente en los países altamente industrializados y tecnológicamente desarrollados como lo son Inglaterra, Estados Unidos, Australia, etc.; se utilizan la diversidad de técnicas de Inseminación Artificial, sino que, actualmente los países latinoamericanos como Colombia, Venezuela, Argentina, Brazil y México, emplean con marcado éxito las técnicas Inseminatorias.

Desde el 25 de julio de 1978, en que a través de los medios masivos de comunicación se anunció el nacimiento de la "Niña de Proveta" Louise Brown en el Hospital Manchester en Inglaterra, se han registrado infinidad de nacimientos de este género en diversos países del mundo.

Ultimamente en 1985, en la policlínica de Cour-Lanoy de Reims, en Francia, Jerome, Johan y Renaud, tres hermanos, nacieron al mismo tiempo. Lo interesante del caso es que no se trata de un embarazo triple, si no del nacimiento de tres niños que fueron concebidos IN VITRO, sólo siete meses y cuatro días antes en el Hospital Antonio Beclere de Clamart, Hauts-de-Seine Francia.

El nacimiento de estos trillizos "de proveta" es el segundo que tiene lugar en ese país, el primero ocurrió en el Hospital Tenon de París a principios de 1985, aunque los tres bebés nacieron mediante una intervención quirúrgica <<cesaria>>, tanto ellos como su madre se encuentran en perfecto estado de salud.

Al analizar la infinidad de casos en las que han sido necesario la utilización del método de la procreación asistida que diremos que México al igual que otros países que desde años anteriores se han venido realizando, diremos que nos encontramos en una constante evolución por lo que el uso de tal método es urgente que las autoridades se detengan a analizar las necesidades de nuestra sociedad por las que atraviesan y dar una cavidad jurídica de reconocimiento que el método de la Inseminación Artificial es necesaria en nuestros tiempos de vida.

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

Los diversos sistemas sanguíneos funcionan en forma independiente, por un ejemplo una persona que pertenece al grupo B en el sistema ABO, puede tener cualquier factor en el sistema M y N y ser a la vez, Rh positivo o negativo; esto permite concluir que cuanto mayor sea el número mayor número de factores que se utilicen en una prueba ematológica, más elevada será la posibilidad de descartar a quién no es el padre.

Estas conclusiones, válidas en los sistemas abiertos que se apoyan en las pruebas científicas para determinar la filiación, no son aplicables a todos los códigos latinoamericanos, pues muchos de ellos no han aceptado todavía las pruebas biológicas. De aquí la importancia de explicar en que consisten y como operan estos instrumentos científicos.

El acto jurídico del reconocimiento, con todo y su carga volitiva esta basada en la admisión del hecho jurídico de la procreación, no en el acto sexual, pues como bien dice Grosman "La procreación no se funda en la cópula, de donde se desprende que no es esta la que debe probarse para corregir la existencia del nexo biológico, sin aceptar que el lazo sanguíneo se demuestra por la acreditación del origen de la sustancia fecundante".

Así la mujer violada será la madre del producto, aunque proceda de una vejamiento sexual, independientemente de la ausencia de la voluntad copulatoria o procreacional, a causa del carácter objetivo de la fecundación jurídico-filial. Esto es injusto, y ha sido resuelto por los códigos penales de nuestro continente decretando de que esta ultima circunstancia la releva de responsabilidad procreacional, autorizándola para que aborte.

También en el caso de inseminación o fecundación homóloga, en donde no existe un acto copulatorio, la parentalidad surge la aportación de los gametos utilizados para producir al nuevo ser aún sin que exista su consentimiento pero usando sus espermatozoides, en este caso, y a pesar de la ausencia absoluta de voluntad procreacional, el vínculo paterno-filial quedara constituido.

La voluntad solo tiene relevancia como confesión del nexo biológico, como prueba calificada pero no como título o fuente de filiación, tanto es así que diremos que al escribir el nacimiento de un hijo matrimonial basta que uno de los conyuges comparezca e invoque un vínculo conyugal, para que el otro sea anotado como padre registral, por disposición de la ley, aplicando la presunción que favorece a los hijos matrimoniales.

Lo que en un momento dado puede ser criticado es que, a través de enfoques subjetivos y muchas veces sentimentales se sostenga, como si fuera el texto de la ley, que la voluntad "es actualmente fuente de la filiación" o que ésta pueda resolver los problemas de paternidad cuestionada, no solo

porque el discurso acciológico resulta erróneo, sino porque induce a graves confusiones en la doctrina y en los fallos de los tribunales.

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

El hijo nacido de una inseminación heteróloga, o de fecundación in vitro con óvulo de la mujer o semen de un donante, debe ser considerado en una forma legal, como hijo matrimonial. La paternidad del marido de la madre se apoya en su voluntad de asumir el rol paterno, exteriorizado a través de su conformidad para el empleo del procedimiento fecundante y esta intención debe ser reconocida por el ordenamiento jurídico como génesis del lazo paterno-filial.

Pese a que se ha acudido a la sustancia de un tercero, se observa una voluntad conjunta la de ambos conyuges, destinada a suplir la imposibilidad biológica del marido y dar origen a una nueva vida, de donde se desprende lo que Dias de Gijarro llama "responsabilidad procreacional" o sea, la asunción consciente de la paternidad". Esta responsabilidad nace del haber querido que la mujer consiva por lo que el consentimiento del esposo tendría la categoría de acto jurídico familiar.

Sabemos que, para muchos el consentimiento es una terrible afrenta a la dignidad y estabilidad del matrimonio, pero es un tema que no se está discutiendo en este momento por lo que podemos decir que en lo que se refiera a la inseminación heteróloga, el concordado entre una pareja libre de matrimonio, con pretención de permanencia, existen todos los elementos esenciales y también la misma necesidad del matrimonio estéril para acceder a la inseminación artificial, sin perjuicio visible para la descendencia.

Y es que si los argumentos principales en contra de la inseminación artificial de la mujer sola hacen referencia al inconveniente de que el niño venga al mundo privado anticipadamente de un padre o de un ambiente familiar en el que ambas figuras paternas sirva de referencia socializadora, entonces nada impide que, como dispone la Ley Sueca de 1984, en su artículo 2o. "la inseminación se puede hacer únicamente a la mujer casada o a la que convive con un hombre en pareja", siempre que éste asuma la paternidad de la creatura.<sup>16</sup>

La inseminación artificial, según a nuestro entender y en las condiciones a las cuales la pareja conyugal tiene derecho a acudir a tales procedimientos, si no puede tener descendencia por los medios naturales. No existe prohibición alguna al respecto y en consecuencia la elección de una alternativa de carácter privado que debe ser respetado, ya sea cuando se aspira a su realización o cuando, por el contrario, se rechaza esta posibilidad porque lesiona sentimientos religiosos, o no está de acuerdo con la consecuencia y el criterio personal de los interesados.

No se puede repudiar tales procedimientos de plan, se ha dicho, ni afectarlos como una rutina, es necesario tener en cuenta la circunstancia del caso, por ser la única posibilidad que existe contra la esterilidad cuando todos nosotros, medios terapéuticos han sido ineficaces. La procreación es una aspiración legítima de todo individuo, se ha dicho, por lo que debe sopesarse los riesgos del tratamiento con los de la misma esterilidad; es el criterio médico y no una opinión abstracta respecto de la aplicación de una técnica, lo que ayuda a definir los límites de un procedimiento aceptable.

Condiciones establecidas por el empleo de la inseminación artificial condador: El marido es absolutamente estéril o su espermatozoides es de una calidad tan pobre que puede ser considerada como tal.

---

"Biogenética, Filiación y Derecho" ob.cit. pag. 143

ARQUIVO NACIONAL

La enfermedad de la pareja es de largo tiempo y se hace menester acreditar que se han agotado todas las otras medidas para solucionar el problema. Es posible también utilizar semen de un dador porque existe una gran enfermedad hereditaria en la línea paternidad que puede ser transmitida a la descendencia. Igualmente si hay, incompatibilidad del factor Rh respecto de una mujer sensible Rh negativa. En tal caso es forzoso utilizar un donante con Rh negativo.

Se establecen diversas reglas para la elección del dador; debe ser del mismo grupo racial y religioso del esposo, tener probada fertilidad, no debe haber sufrido enfermedades venéreas, desordenes endócrinos, cáncer, tuberculosis, diabetes, enfermedades de la sangre, mentales, poseer características físicas similares al marido y en lo posible del mismo grupo sanguíneo.

La relación de filiación legítima no es una relación jurídica siempre, sino compleja, la más compleja de las variantes relaciones de filiación; no presupone sólo el lecho fisiológico de la procreación <<paternidad y maternidad>>, sino que debe ir precedido por o acompañado de la existencia de matrimonio entre los progenitores, los requisitos y presupuestos de ésta son: matrimonio de los progenitores, maternidad de la esposa, concepción o nacimiento en matrimonio, y paternidad del marido.

En seguida se observa que hay una notable diferencia entre ellos en orden a la prueba de su existencia y mientras unos son, por su propia naturaleza de fácil prueba <<el matrimonio y la maternidad>>, otros son todavía difícilmente probable, al menos de forma directa y positiva <<la concepción y la paternidad>>. Y siendo todas, sin embargo, requisitos esenciales, imprescindibles, y aún la paternidad del marido el más característico de esta relación jurídica, ha debido prevalecer el Derecho a resolver ese grave problema en alguna forma especial.

Como la participación del hombre en la gestación no puede demostrarse por medios directos, se le

LIBRERIA CENTRAL

infiere de la cohabitación exclusiva de la mujer con su marido. En el caso de la inseminación artificial, ya sea mediante semen del marido <<inseminación homóloga>> o semen de un tercero <<inseminación heteróloga>>, ya no es posible hablar de una presunción de paternidad, porque el responsable de la procreación no se extrae por inferencia de las relaciones sexuales habidas entre hombre y mujer durante la época de la concepción, sino por verificación directa del cual ha sido el semen fecundante.

De igual modo, en la inseminación artificial o fecundación extracorpórea no se requiere la operatividad de una presunción como modo indirecto de determinar la paternidad, porque hay certidumbre sobre quién es el autor de la procreación, conforme al esperma empleado. Si ha sido semen del marido, su paternidad, o sea el nexa biológico, surge en forma inmediata.

Si valoramos los resultados generales de la experiencia científica recogida en el empleo del procedimiento el panorama no es desalentador. En 1959 Haman, investigó a 216 niños nacidos de inseminación artificial condador, y encontró menos problemas que en la adopción. Gottmacher halló que sobre 340 mujeres, sólo cuatro sufrieron perturbaciones psíquicas, Bahrman, en el año de 1961, en una investigación sobre 101 casos no observó ningún incremento neurótico ni en la mujer ni en el marido.

El mismo autor, en el año de 1966, en un seguimiento de la situación familiar de 393 casos de inseminación artificial con donante demostró que no se apreciaban disturbios emocionales en los conyuges <<sólo se encontraron dos casos>> y que en general había una situación familiar satisfactoria.

En otra investigación, sobre 800 parejas entrevistadas con posterioridad a la práctica del

procedimiento hubo un único caso de divorcio, lo cual contrasta notablemente, dice el autor del estudio, con el promedio de un divorcio por cada cinco matrimonios en Estados Unidos, todo lo cual evidencia, según el investigador mencionado, los excelentes resultados sociológicos y psíquicos de la inseminación artificial con donante cuando los casos son convenientemente seleccionados.

Esto no significa que el procedimiento por muchas parejas por profundos sentimientos religiosos, quienes no pueden modificar, pece a cualquier persuasión científica, su modo de pensar y de sentir. Frecuentemente, han observado los médicos, es el marido al que va a consultar sobre una posible inseminación artificial. Un hombre que realmente ama a su mujer, aduce un especialista, rara vez objeta el procedimiento cuando responde al deseo de su esposa y es sorprendente, conque rapidez olvida que no es su propio hijo. La prueba del éxito, es que las parejas que han tenido un hijo con tal método fecundante, a menudo desean otro poco tiempo después.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> P. Guzmán Cecilia, "Acción de Impugnación de la Paternidad del Marido", Edit. Abaco de Rodolfo de Palma. Buenos Aires 1929. pag. 110.

LIBRO DE ACTAS

## CAPITULO SEGUNDO

### II. LAS FORMAS DE RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD EN NUESTRA LEGISLACION.

#### a) LOS HIJOS NACIDOS DE MATRIMONIO

La filiación legítima es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres. En nuestro derecho se requiere que el hijo sea concebido durante el matrimonio de los padres.

La filiación legítima es aquella que corresponde a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, nacen durante él o éstos los reconocen antes de celebrarlo, durante el matrimonio, o posteriormente a su celebración.

Los hijos nacidos después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, su presunción de legitimidad es muy fuerte, por lo que solo el padre podría impugnar la legitimidad, demostrando que le fue físicamente imposible tener cópula carnal con su esposa.

Los hijos nacidos después de los trescientos días siguientes a la separación judicial en los casos de divorcio o de nulidad de matrimonio, se presenta una situación especial. El hijo fue concebido por la esposa durante su matrimonio. Solo que debido a la separación judicial de los consortes, nació después en los trescientos días de que se llevó a cabo esa separación por consiguiente existe aún el matrimonio.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Rojina Villegas Rafael, "Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia", Primera edición, México 1962 pag.429.

LIBRERIA UNIVERSITARIA

Siendo la prueba perfecta la que requiere el artículo 340 del Código Civil, consiste en la presentación de las actas de nacimiento y matrimonio y siendo en principio la única manera de acreditar el estado civil de las personas según dispone al artículo 39 del Código Civil en el Distrito Federal, que habla de la presentación de acta de nacimiento, porque no se haya hecho el registro del hijo, o porque habiéndose registrado, el libro correspondiente esté mutilado, o el acta se encuentra ilegible.

La presunción de hijo legítimo será el hijo nacido dentro de los plazos establecidos y por tanto se le reputa como matrimonial. En criterio la inscripción de la filiación se regirá por las normas registrales vigentes obvinmente quedará acreditada la filiación matrimonial paterna y materna en favor del hijo, mediante la certificación del matrimonio de los padres.

En relación al hijo nacido en un constante matrimonio, pero concebido antes de las nupcias, es decir el caso del artículo 117 del Código Civil, referido al supuesto nacimiento dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, así como el hijo que nazca, habiéndose reunido a la técnica de la inseminación artificial homóloga, a la fertilización in vitro, pero por los gametos de la pareja casada.

Se puede o debe tomar en cuenta que primero fue concebido cuando todavía no estaban casados, de tal forma que al haber recurrido a la técnica de la inseminación o fecundación asistida tuvo que tener el consentimiento de la pareja conviviente, que aún no son cónyuges, lo cual, obviamente, se supone un reconocimiento del padre y madre del hijo. Y que al nacer dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, tendrá que inscribirse la paternidad matrimonial del marido.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup>  
"Fecundación Artificial y Derecho " ob.cit. pag.168.

SECRETARÍA DE JUSTICIA Y FALSA

La relación de filiación legítima, es la paternidad quizá el más importante, el decisivo y sin duda alguna, el más imprescindible en un plano teórico o ideal, en el terreno de la concepción. El matrimonio de los padres es un requisito legal, formal ensi, el substrato social en la que se inserta la filiación legítima, donde lo social, lo finalista y pragmático pesa tanto como lo ético. Los verdaderos elementos de la filiación legítima son la maternidad de la esposa y la paternidad del esposo <<el matrimonio actúa en cuanto hace a la mujer esposa y al progénitos esposo; por eso nos referimos antes al valor adjetivo, casi formal, del matrimonio en este caso>>.

Me atrevería a decir que la entidad de la filiación legítima está, precisamente en que el progenitor sea el marido, y no otro hombre. El hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio es legítimo porque ha sido concebido por obra del marido <<que no lo era en el momento de la concepción>>, y deja de serlo, o no lo es cuando el marido niega su paternidad al desconocerlo.

Por no haber sido concebido ni nacido en matrimonio, o resultar completamente ajeno al matrimonio o a la familia legítima, se entiende que no solo se puede considerar legítimo al hijo concebido después de la disolución del matrimonio <<no se dice nacido después de los trescientos días siguientes a la disolución, porque respecto a este hijo creo admisible la prueba de la gestación superior a los trescientos días y con ello la prueba de la concepción en matrimonio del hijo nacido trescientos cinco días, por ejemplo, después de su disolución>>. <sup>20</sup>

Si la concepción fue obra del exmarido <<en los casos en que sea posible la disolución por causa distinta de la muerte del cónyuge>>, entonces la legitimidad cae por falta de matrimonio; si la disolución fue por muerte del marido, la concepción posmatrimonial fue con intervención de un

---

<sup>20</sup>  
"La presunción de la Paternidad Legítima", ob.cit. pags.68, 69.

tercero, y no puede haber legitimidad sin paternidad del marido.

Para una parte de la doctrina, el hijo legítimo es solo el concebido después del matrimonio o de sus progenitores, aunque nazca después de la disolución del matrimonio con tal de que ello ocurra en un plazo de que no haga imposible el que la concepción ocurriera en constante matrimonio. Para otros autores, es también legítimo, como vimos, el hijo de concepción ante nupcial que nazca en matrimonio.

Admitida por buena parte de la doctrina y de las legislaciones por el hijo concebido antes del matrimonio puede ser legítimo, no se podrá negar tal entidad al hijo que nazca no ya en matrimonio, sino después de su disolución y dentro de los ciento ochenta días siguientes a aquél en que se celebró.

La prueba del matrimonio de los progenitores se hará en la forma ordinaria prevenida por el Código Civil y la Ley del Registro Civil. Pero especial interés presenta la cuestión de si el acta de nacimiento es título suficiente que acredite plenamente la legitimidad y si lleva incorporado, entre otras referencias y datos documentados, el del matrimonio de los padres.

Legítimos eran también los hijos nacidos de matrimonio civil contraído contra la vigencia de la Ley del 28 de junio de 1932, legitimidad, por otra parte, que sancionó la orden del 29 de julio de 1938; igualmente legítimos son los hijos nacidos de segundo matrimonio contraído por persona que obtuvo sentencia de divorcio de un matrimonio anterior, al amparo de la Ley del 2 de marzo de 1932, aunque se anule la sentencia de divorcio vincular, <<de la ley del 23 de septiembre de 1939, que derogó la citada ley de divorcio del 2 de marzo de 1932>>.

En el elemento característico, definidor de la filiación legítima frente a la ilegítima. Por ello, en

LIBRERIA UNIVERSITARIA

algunas legislaciones y autores se prefiere la terminología de la filiación matrimonial o extramatrimonial a la clásica de legítima o ilegítima. Es el factor que da un tinte ético a esta clase de filiación, sin dejar de ser eminentemente social.

En principio, ha de tratarse de matrimonio válido, cónico o civil <<en los casos en que se éste pueda legítimamente ser contraído>>. Pero también el matrimonio declarado nulo puede ser fuente de legitimidad: "Es la institución del matrimonio putativo, cuando alguno de los cónyuges lo contrae de buena fe, cuya justificación no está sólo en la protección a la buena fe sino también en el interés del hijo y el interés social".<sup>21</sup>

La familia es una clase de sociedad completa cuya acción se extiende tanto sobre nuestra actividad económica, como sobre nuestra actividad religiosa, política, científica; todo lo que hacemos de alguna importancia, incluso fuera de la casa, tiene eco en ella y provoca ahí reacciones apropiadas, la familia es el medio educativo por excelencia; ahí las obligaciones morales se confunden con los sentimientos naturales, la autoridad misma adquiere una forma afectuosa, y el yo coincide más fácilmente con el nosotros. Es en la familia como el hijo aprende a someterse a una disciplina colectiva a refrenar su egoísmo, sobre todo si hay hermanos, y como es iniciado en las grandes creencias morales y en los ideales de grupo.

La legitimidad es algo íntimamente ligado al matrimonio; hijo legítimo es aquel que aparece vinculado al matrimonio. Toda la legitimidad encuentra su fuente en el matrimonio; en principio, no puede ser atribuido a un hijo cuyos padres no se han unido en lazos conyugales o que depende de esa unión. La legitimidad es el efecto del matrimonio, nace con él.

---

<sup>21</sup>  
ob.cit. pag. 72.

En primer lugar, la carga histórica del concepto de legitimidad. Aquella razón metajurídica justificadora no ha sido siempre la misma. En otro tiempo hasta fines del siglo XIX quizá estuvo fuertemente impregnada de ideas éticas, y la concepción de la filiación legítima muy vinculada a la idea de la moralidad de las relaciones sexuales que vinculada a la idea de la moralidad de las relaciones sexuales que la originaban. Con esta mentalidad, sólo podían ser hijos legítimos los concebidos en matrimonio; y los concebidos antes; pero nacidos después de su celebración, considerados naturales por principio, sólo accedían a la legitimidad a través del expediente de la legitimación, por la virtud sanadora del matrimonio.

Este criterio parece estar hoy superado, derecho y moral son campos distintos y sus afinidades se dan más del Derecho Penal que del Civil. En este, la legitimidad de sus instituciones y sus normas tiene un trasfondo social más que ético. La función de seguridad no es ajena, como la protección de ciertos intereses humanos y socialmente valiosos. La lógica, lo meramente racional, con frecuencia resulta insuficiente para justificar o explicar instituciones o valores jurídicos.

Las definiciones de filiación legítima que da a la doctrina oscilan entre dos polos: para unos, son hijos legítimos solamente los concebidos en matrimonio. Los autores toman partido por una u otra posición sin justificar la mayor parte de las veces, su opción: es toda una concepción de legitimidad y la de las fuentes de la legitimidad.

En ambos casos se hace referencia al matrimonio de los progenitores, idea central, como veremos, de la legitimidad: La filiación legítima es una relación jurídica íntimamente vinculada al matrimonio, un efecto de éste, para muchos. Sin matrimonio de los padres no puede haber legitimidad del hijo. El momento de la concepción o del nacimiento va perdiendo importancia a medida que se destaca la del matrimonio, no tanto como situación o estado civil, sino como origen

fundacional de la familia a que llega el hijo.<sup>22</sup>

El único medio de entrada del hijo de la familia, ese nombre que adquirió en Derecho romano, aunque no fue procedimiento exclusivo de éste la expresión jurídica de tal paternidad. Por otra parte, ver una expresión de ese elemento voluntarista en el ejercicio facultativo por el marido de la acción de impugnación de maternidad, no deja de ser un tanto exagerado, con cierto defecto de óptica: con el mismo motivo debería considerarse elemento voluntarista en la propiedad de la facultad del propietario de ejercitar o no la acción reivindicatoria en el caso en que ha sido privado de la cosa que le pertenecía.

En la filiación natural, la voluntad del progenitor para ercar el lazo de filiación tiene todavía, y señaladamente nuestro derecho, demasiado campo de acción. Pero no debe olvidarse cuanto tiene también de arrastre histórico, cada día más indefinible, en contraste con los nuevos criterios, doctrinales y legislativos, en materia de investigación de la paternidad legítima, que se van abriendo camino progresivamente comparado, en cuyo terreno también vamos a la zaga, desgraciadamente.

El elemento biológico no es, sin embargo, el único fundamento de la relación paterno-filial, ni el único lazo que une al hijo con sus padres. La relación paterno-filial, como relación humana que es, es mucho más rica y compleja, y a ella se incorporan elementos varios: afectivo, espiritual y social, ninguno de los cuales deja de tener influencia en la regulación de esta materia. El elemento afectivo pesa jurídicamente en forma de interés del hijo, de notable trascendencia a la hora de resolver cuestiones de filiación, en el orden práctico particularmente.

---

<sup>22</sup>  
Rivero Hernández Francisco, ob.cit. pag.33.

Este elemento voluntarista adquiere especial trascendencia en la filiación extramatrimonial, para la que el reconocimiento por parte del padre aparece como medio fundamental para la determinación de la paternidad en muchas legislaciones.

Constituye la relación paterno-filial, con su doble vertiente, una de las más ricas en consecuencias jurídicas, y cumplida, en cuanto se introduzcan en ella elementos factores y condiciones múltiples y variados que disciplinan e influyen en esta materia. No hay, sin embargo, equivalencia entre relación biológica y relación jurídica de filiación: la procreación no siempre crea una filiación jurídica trascendente para el derecho. Y así, hay progenitores no, padres <<jurídicamente>>, y padres para el derecho que no son progenitores.

Cuestión muy importante ésta en la que no puede entrar aquí detenidamente. Conste, sin embargo, si opinión contraria a esa situación, que estimo injusta e ilógica: no creo incompatible la plena y aún especial protección de la familia legítima con el hecho de declarar la paternidad en todo el caso en que se compruebe la relación de generación; lo contrario sitúa el derecho frente a la naturaleza innecesariamente, al tiempo que parece conceder una patente de impunidad a quien corresponde máxima responsabilidad.<sup>23</sup>

Aún sin reducir la filiación jurídica a manera filiación biológica, la generación del hijo legítimo por el medio de la madre es un presupuesto de la legitimidad, conceptualmente imprescindible. En efecto de prueba directa, o para suplir la dificultad de prueba, la paternidad viene atribuida al marido por una presunción. Mientras ésta no es impugnada es lógico que surta efectos plenos y debe ser respetada.

---

<sup>23</sup> "La presunción de la Paternidad", ob.cit. pag.35.

Pero cuando es impugnada, en los restringidos casos en que ello es posible «pienso en las legislaciones latinas», debe buscarse la verdad real con todos los medios que puedan llevar a ella, hoy mucho más accesible que en otros tiempos. No utilizar esos medios que hoy proporciona la ciencia biológica, es querer ignorar una realidad que el propio derecho pretende traducir en términos jurídicos por principio.

Los varios intereses en juego en los casos de disolución judicial de la paternidad parecen converger también en favor de la verdad real. Debe pensarse que no es hoy ya preponderante ese abstracto interés por la legitimidad, que tanto se ha esgrimido, a veces un poco gratuitamente. Intereses verdaderos en juego son el familiar y el del hijo, sobre todo y ambos reclama la autenticidad y la verdad más que la filiación y la mentira forzada.

La cohesión y estabilidad de la familia se levanta sobre sentimientos auténticos y situaciones claras; la mentira legalizada, el formalismo, la ficción mantenida contraviento y marca en un terreno tan profundamente humano, falsearan y perjudicarán las relaciones familiares, no devolveran la paz perdida si no hay un perdón y un olvido autentico.

#### **b) LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO**

La filiación natural es la que la que corresponde al hijo que fue concebido cuando la madre no estaba unida en matrimonio.

La filiación legitimada por matrimonio de la Ley, corresponde el caso especialísimo del hijo que nació dentro de esos ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y que no fue reconocido, pero que tampoco fue impugnado ejercitando el marido la acción contradictoria de paternidad y sin que haga una declaración expresa en el Código Civil, a este hijo se le llama legitimado por ministerio de ley.

El hijo nacido después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, por muerte

LIBRERIA VALLARTA

del marido, por sentencia definitiva de divorcio o de nulidad.

Este es un caso especial en que cualquiera que tenga interés jurídico y no sólo el marido, podrá impugnar no la legitimidad que ya de pleno derecho queda desconocida, sino la paternidad.

La prueba de la posesión de estado de hijo legítimo, conforme al artículo 341, la prueba supletoria de la filiación legítima puede ser a través de la posesión de estado del hijo legítimo o en su defecto, se puede acreditar la filiación por otros medios de prueba, incluso por testigos. Nuestro Código Civil pide dos elementos que desde el derecho antiguo se vienen señalando; "nomen, tractatus ifama: es decir, nombre, trato y fama".<sup>24</sup>

Ahora bien, en el artículo 343 en su primera parte se requiere siempre como elementos de la posesión de estado, la fama, que está enunciada en los siguientes términos "Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio, por la familia del marido y en la sociedad". Esto es, gozar públicamente del carácter de hijo, especialmente en la familia del marido que es la que juzgará más estrictamente el caso, ya que la familia del marido a quien se va atribuir la paternidad, se le da al hijo el trato de legítimo, será porque tiene datos y elementos para juzgarlo así.

Es importante observar que la ley es más exigente para la posesión de estado de hijo legítimo, que para la posesión de estado del hijo natural. En el artículo 384, para los hijos naturales, sólo se exige que se justifique por los medios ordinarios de prueba que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia, como hijo del primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación,

---

<sup>24</sup> Rogina Villegas Rafael, (El autor llama posesión de estado, refiriéndose a la relación de convivencia y manutención del menor ya sea por la relación de hijo-progenitor y/o adoptado y adoptante), ob.cit. pag.430.

y establecimiento.<sup>25</sup>

Si el niño nacido después de los trescientos días de la celebración del enlace es inscripto, como matrimonial, es decir, ostenta tal calidad de acuerdo con el título de posesión de estado, se podrá desconocer la paternidad con la sola prueba de la fecha de disolución o anulación del matrimonio cotejado con la fecha de nacimiento del hijo: está vedado arguir que el marido es el padre de la criatura acreditando que la preñez superó el término de trescientos días, lo cual, como ya se ha señalado, impondrá un emplazamiento, acorde con la verdad biológica.

Cuando el matrimonio se ha anulado o disuelto podrá demostrarse, bajo las mismas reglas y condiciones exigidas en la acción del emplazamiento de hijo extramatrimonial, que el marido es padre de la criatura porque ha cohabitado con la que fuera su esposa durante la época de la concepción.

El hijo, en este caso, será cuestionado como extramatrimonial, porque si bien ha sido procreado por el marido, no fue concebido durante el matrimonio.

A partir del principio de verdad biológica se ha producido algún cambio en el esquema legal: antes el hijo nacido después de los trescientos días de la disolución o anulación del matrimonio era considerado legítimo, aunque ciertamente su legitimidad se hallaba debilitada y podía ser contestada por cualquier interesado legítimo. De la denegación de paternidad no tenía lugar antes de la caducidad de la acción, el carácter matrimonial del hijo quedaba consolidado.

En nuestro país, los textos legales permiten afirmar el carácter extramatrimonial del hijo nacido después de los trescientos días de la disolución o anulación del matrimonio, por lo que, en el de

---

<sup>25</sup> "Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia" ob.cit. pag.430.

supuesto de ser inscripto como legítimo, tal calidad puede ser disentida por cualquier interesado no extinguiéndose la mencionada acción.

En el artículo 250 del Código Civil disponía que: "En caso de divorcio, si la mujer después de su separación definitiva o provisorio, tuviera algún hijo nacido después de los trescientos días desde aquel en que la separación se realizó de hecho, el marido o sus herederos tienen derecho a negar la paternidad, a menos, que se probase que hubo reconciliación privada de los esposos". La norma comprendía también el cese de la vida, en común en caso de una acción de nulidad de matrimonio. El hijo, entonces, conservaba su condición de legítimo y poseía definitivamente esta calidad, si el marido o sus herederos no promovían la acción de impugnación de paternidad antes del plazo de caducidad.

En estos términos sólo facilitaba la prueba a los legitimados para obrar, quienes estaban facultados para promover la acción simple de desconocimiento de paternidad, la cual triunfaba ante la sola verificación de haber transcurrido el plazo anunciado en la regla, a menos que la madre o el hijo acreditaran la conciliación de los esposos. Si tal demanda no era promovida, subsistía la presunción de la paternidad del marido y, consiguientemente, el menos podía ser reconocido por quien realmente era su padre biológico.

Los requisitos exigidos por la ley para que no opere la presunción de la paternidad del marido son: La existencia de un juicio de divorcio o nulidad de matrimonio, el nacimiento del hijo después de los trescientos días desde que la separación tuvo lugar, si el primer recuento no ofrece dudas interpretativas, en cambio, se observan diversas posiciones respecto del momento a partir del cual se deben computar los trescientos días para que cese la presunción de la paternidad del marido.

La reforma introducida por la Ley 17.711 alteró substancialmente el sistema anterior al consignar

REPUBLICA ARGENTINA  
SECRETARÍA DE JUSTICIA Y LEGISLACIÓN

al cese de la presunción de la paternidad del marido en la hipótesis referida. El contenido del artículo 250 del Código Civil dice: "Si hubiera juicio de divorcio o nulidad de matrimonio y la mujer tuviere algún hijo nacido después de los trescientos días desde que la separación tuvo lugar, no se presume la paternidad del marido salvo que se probare que se dio reconciliación privada al tiempo de la concepción". Es decir que el hijo nacido después de dicho plazo tiene la calidad extramatrimonial.

En el supuesto del artículo 250 del Código Civil, la presunción de la paternidad del marido, subsiste si se prueba que se dio reconciliación privada al tiempo de la concepción. Sobre esta cuestión se observan dos tendencias. En una no es necesario la reanudación de la vida conyugal, siendo suficiente el encuentro circunstancial de los esposos, o sea, la unión sexual de los mismos, para que reconozca la presunción, en la otra, la reconciliación debe importar la efectiva reiniciación de la convivencia.

El reconocimiento de la vida en común con la ausencia de los derechos deberes matrimoniales hacen renacer la presunción de la paternidad del marido. Si por el contrario, se trata de una unión de hecho circunstancial, subsiste la presunción de ilegitimidad, debiendo el interesado probar que la concepción es producto de dicha unión.

La presunción de la paternidad del marido frente al hijo nacido después de los trescientos días de la separación, habiendo demanda de divorcio o nulidad de matrimonio sólo resurge si se reinicia la vida conyugal, circunstancia ésta que borra los efectos que sobre la presunción ha tenido de tales juicios, por lo que la suposición de la ley opera nuevamente, debe darse el presupuesto que la fecunda: la vida en común de los cónyuges durante la época de la concepción.

Es de considerar el comportamiento de muchas parejas cuando se separan, las cuales mantienen

relaciones sin recomenzar la convivencia de modo abierto y público: perdura un vínculo constante e íntimo, pese a no vivir bajo el mismo techo. En estos casos, el contacto estable y exclusivo que pueden generar los esposos convertiría en razonable la operatividad de la presunción de la paternidad del marido.

Para la estructura procesal del caso, tiene importancia el título de estado que ostente el hijo. Si éste se halla inscripto ó registrado como matrimonial, pese a que han nacido después de los trescientos días de la separación de los cónyuges, el marido deberá promover por fuerza una acción de desconocimiento simple de paternidad, donde acreditará la existencia del juicio de divorcio o nulidad de matrimonio y el nacimiento del hijo después del término fijado en el artículo 250 del Código Civil que tanto se ha mencionado, no existe otra vía, ya que es insuficiente la petición de rectificación del acta civil.

El hijo nacido en las condiciones del artículo 250 del Código Civil, al no funcionar la presunción de la paternidad del marido, puede ser reconocido por un tercero, quién a su vez, está en condiciones de hacer dejar sin efecto la filiación matrimonial que ostenta el marido para reclamar la declaración de su paternidad extramatrimonial, demanda que se resolverá de acuerdo con las probanzas que a la mano se tengan.

La separación de hecho puede tener lugar en tres contextos: luego de haber promovido uno o ambos cónyuges un juicio de divorcio o nulidad de matrimonio; antes de la iniciación de tales juicios, y la mera separación fáctica.

Las dos primera hipótesis ya han sido examinadas, por lo que aquí veremos el caso de la separación fáctica de los cónyuges, cuando ninguno de ellos hubiera iniciado demanda de divorcio o nulidad

de matrimonio.

La separación de hecho en el ordenamiento legal, debería constituir un acontecimiento de notable influencia sobre la presunción de la paternidad del marido, porque es precisamente la convivencia, de los cónyuges el presupuesto que motiva la suposición legal. Sin embargo, nuestro ordenamiento no ha dado a tal circunstancia la entidad suficiente para ser cesar la paternidad del marido. Ya se señalaba al comentar que el artículo 250 del Código Civil, que existía un vacío en aquel precepto, pues guarda silencio frente a las separaciones de hecho, las cuales, si fueren públicas y notorias, debían quedar comprendidas en la disposición y de esta manera se liberta al marido de reclamar a cada nacimiento de un hijo de su madre.

En otro proceso, el agente fiscal arguyó que si la separación de hecho evidencia la imposibilidad moral de que el marido pudiera hacer concebir a la esposa, lo que la ley exige son imposibilidades físicas y no morales, de esta manera, viviendo el marido en un punto totalmente opuesto al que se encuentre su esposa, se persive que el marido no es el padre, la ausencia del esposo, no permite demostrar la imposibilidad de acereamiento entre los esposos, en forma más contundente, se afirmó que la imposibilidad de cohabitación es una imposibilidad absoluta y no la méramente relativa y resultante de la separación de hecho de los cónyuges, por lo que el artículo 246 no incluye a esta última, tampoco se habla del hecho de vivir en concubinato prueba la imposibilidad física de tener acceso con su mujer.

En la práctica judicial no se observa un criterio uniforme, algunos magistrados consideran la separación de hecho como un supuesto de imposibilidad de acceso, pero otros no le dan tal alcance. Dentro de esta última orientación se menciona un fallo de primera instancia, luego revocado por la Cámara Civil, donde se estimó que el abandono de la mujer es tan solo una presunción contraria la paternidad del actor y que no era posible descartar que hubiera habido

acceso carnal entre las partes a pesar de aquel abandono.

La separación de hecho ha tenido repercusión sobre la exigencia de ocultación de parto, al considerar que producía aquella, el recondo se encuentra cumplido por la falta de denuncia del nacimiento al marido, <<la omisión de la cónyuge en denunciar el embarazo o el parto cuando media separación solo de hecho y sin juicio de divorcio pendiente, hasta para inferir que el hijo no es del esposo>>.

Se observa, los jueces en los fallos citados adoptando una visión exclusivamente material o abstracta de la imposibilidad de acceso, precedente de la situación real. Esta posición, que resta peso a la separación de hecho entre cónyuges como factor que demuestra la posibilidad de acceso, es contradicha por otro sector de magistrados, el cual valora aquella falta de convivencia entre los esposos, como una circunstancia que se proyecta en forma decisiva sobre la presunción de la paternidad del marido y los cuales que la excluyente; constituye una hipótesis de imposibilidad moral para que hubiera contacto entre marido y mujer, máxime si la esposa convive con otro hombre, aunque la imposibilidad física de aproximación entre los esposos no estuviera suficientemente demostrada, es posible admitir la demanda, se aduce, si aquella aparece confirmada por circunstancias morales referentes a la situación recíproca de los esposos.<sup>26</sup>

Esta vinculación de la filiación legítima al matrimonio quiere decir, que el hijo legítimo debe ser obra de los cónyuges, es decir, engendrado por el marido de la madre. Este es el punto capital de toda la materia que nos ocupa, por la dificultad de prueba de la paternidad, con lo que la concepción se convierte en el fundamento de la filiación legítima.

---

<sup>26</sup> "Acción de Impugnación de la Paternidad" ob.cit. pag.82.

En mi opinión frente a la legitimidad es no solo la concepción en matrimonio, sino también el nacimiento en matrimonio, aunque la concepción sea antenupcial siempre que sea concepción en matrimonio puede ser atribuida al marido de la madre. Y consecuentemente el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, es legítimo, y legítimo de pleno derecho, no legitimado; con legitimidad que no es, para el Derecho, de segunda fila ni de peor calidad que la del hijo concebido en matrimonio.

Para los hijos concebidos en matrimonio, la naturaleza de ambas filiaciones debe ser idéntica, o a base de argumentar en vista de las consecuencias o inconsecuencias jurídicas o legales que se producen según se atribuya una u otra naturaleza a esos hijos. Muy pocos se plantean la cuestión preguntándose, o resolviendo, en primer lugar, qué es la legitimidad, o cual es el fundamento de la filiación legítima, y algunos toman una posición en cuanto a las fuentes de la legitimidad, concepción o nacimiento en matrimonio, sin justificar suficientemente.

La razón en que se baza para considerar legítimos esos hijos: La legitimación por su subsiguiente matrimonio apareció como un expediente o procedimiento que permitirá adquirir la legitimidad a los hijos nacidos antes del matrimonio. Ninguno de esos requisitos se dan en el caso de los hijos concebidos antes y nacidos en matrimonio: no hay reconocimiento expreso, ni formal, y en el mejor de los casos, sería de uno solo de los progenitores, del padre.

La concepción, en cuanto causa, lo que determina la naturaleza y calificación de la filiación, y no el nacimiento, que solo es el efecto de aquélla, podría responderse que el Derecho no es Lógico, ni siquiera lógico jurídico, sino más bien, y sobre todo, equidad, justicia, protección de intereses, y también seguridad jurídica en cuanto sea compatible con aquellas. El Derecho es vida, y por la vida, y en ella ha encontrado motivos suficientes para pronunciarse en favor de la legitimidad de los hijos de matrimonio nulo, matrimonio que solo existe formal o aparentemente, pues en realidad,

en muchos casos no existe.

El hijo solo es jurídicamente hijo, como solo es persona, después del nacimiento. Antes de nacer no existe, y tiene el mismo valor, biológica ontológica y moralmente, pero para el Derecho no es siquiera persona, y únicamente lo tendrá en cuenta y se le tendrá por nacido para aquellos efectos que le sean favorables para la legitimidad, por ejemplo frente a la ilegitimidad. Sólo puede contemplarse, pues, su naturaleza jurídica después del nacimiento, ya que solamente entonces es relevante para el Derecho.

La clasificación valorativa de los hijos, según sus diferentes orígenes, ordenada de mayor a menor valor, podría establecerse según la siguiente escala; los hijos legítimos, hijos legitimados, hijos naturales reconocidos o reconocibles, hijos ilegítimos no naturales <<no reconocidos>>. Si entre hijos legítimos <<concebidos y nacidos en matrimonios>> y legitimados <<concebidos y nacidos fuera de matrimonio>>.

Entre estos conceptos me parecen por ahora indiscutibles no hay categoría jurídica intermedia, ¿en cuál de los dos incluir a los concebidos antes del matrimonio y nacidos en él? Si hay que elegir entre esos calificativos, yo opto por el primero, por la legitimidad. El derecho jurídico es eminentemente relativo; no es absoluto, como la moral, la metafísica, en parte, yo encuentro que esos hijos a que me voy refiriendo están mucho más cerca del concebido y nacido en matrimonio y que del concebido y nacido antes del matrimonio y legitimado por nupcias subsiguientes. Máxime cuando el Derecho considera legítimo al hijo nacido en ciento ochenta y un días a doscientos días después de la celebración del matrimonio, aunque nazca perfectamente desarrollado y sin ningún signo de nacimiento prematuro.

Este planteamiento no resuelve, sin embargo todos los problemas de la diferencia de calificación jurídica y consideración de los hijos legítimos y legitimados; no puede dejar de aludir a una nueva dualidad, legitimidad de origen y legitimidad adquirida, en lugar de aquella, y debe conocer ciertas diferencias sobre puntos que afectan a la técnica del Derecho.

Es interesante hacer alusión a una moderna corriente doctrinal que trata de reducir o eliminar la clásica oposición entre hijos legítimos e hijos legitimados, entre legitimidad y legitimación, viendo en la primera un estado y en la segunda un procedimiento para llegar a ese estado, no hay, en realidad, una teoría de la legitimidad y una teoría de la legitimación.

La legitimidad, siempre en la misma; o es de origen, o, al contrario, es adquirida. La legitimación es un estado aproximadamente semejante al de la legitimidad, sino sencillamente la acción por la que el hijo es admitido a este último estado, no hay nada más que hijos legítimos, no hay hijos legitimados.

Es interesante hacer una referencia a ciertos casos de legitimidad sin matrimonio, posibles en algunas legislaciones extranjeras, como en los casos en que se reservan esa legitimidad a los hijos nacidos de personas muertas a consecuencias de heridas recibidas en algún hecho de guerra, y aún a los hijos de personas muertas durante la guerra. En estos casos se exige probar que los progenitores tenían la intención de casarse y que no fuera posible por circunstancias debido a la guerra.

Esta legitimidad debe ser pronunciada por los tribunales, víctima de las circunstancias, justifican esa legitimación, donde la equidad parece compensar cuanto de ilógico pueda parecer. Esta legitimidad parece en contradicción con el conjunto de las reglas de la materia «la filiación legítima»; pero es sólo una aplicación un poco especial de ella. Aquí, como en el caso del matrimonio putativo,

oma en consideración la intención de los padres.<sup>27</sup>

### **e) LA FILIACION DE HIJOS NACIDOS DE UNA INSEMINACION ARTIFICIAL**

La filiación, partiendo de ese hecho biológico, impone estabilidad a la relación paterno-filial, que enpalabra de Ciriaco de Ciriaco "sobre para la vida individual y contribuye a formar el núcleo social básico de la familia a través de un complejo de relaciones jurídicas que nacen del estado civil o del estado de familia".<sup>28</sup>

El término filiación tiene en el derecho una amplísima connotación, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado; además de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta: la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo.

Este concepto, tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima como en la natural, un estado jurídico es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud, el hecho físico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo.

La filiación natural corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio. Se vuelve a tomar en cuenta el momento de la concepción que la ley determina a través de presunciones, dentro del término mínimo o máximo del embarazo, para considerar que el hijo fue concebido cuando la madre no estaba unida en matrimonio.

---

1. "La Presunción de la Paternidad Legal" pag.62.

2. de Investigaciones Jurídicas., "Diccionario Jurídico Mexicano", Edit.Porrúa, S.A., México 1985, p.14.

La filiación legitimada, es aquella que corresponde a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, nacen durante él o éstos los reconocen antes de celebrarlo, durante el mismo, o posteriormente a su celebración.<sup>29</sup>

Caben dos casos, por consiguiente, de hijos legitimados: para los hijos que nazcan dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio de sus padres y para los hijos que hubieren nacido antes de dicho matrimonio.

En cuanto estos puntos hablaremos más adelante por lo que se hablara en forma detallada.

En el artículo 354 dice: "El matrimonio subsecuente de los padres, hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración". Hay aquí una equiparación del hijo legítimo con el legitimado por virtud del matrimonio subsecuente de los padres, pero además se agrega que deberá existir el reconocimiento.

Respecto de la madre no se necesita, cuando conste su nombre en el acta de nacimiento. Tampoco el del padre, si también se hubiese asentado su nombre en la misma. Por lo que en los artículos 355 y 356 del Código Civil son claros en cuanto a este punto:

"Para que el hijo goce de derecho que le concede el artículo que precede, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él haciendo en todo caso el reconocimiento a ambos padres junta o separadamente", "Si el hijo fue reconocido por el padre y en su acta de nacimiento consta el nombre de la madre, no se necesita reconocimiento expreso de ésta, para que la legitimación surta efectos legales. Tampoco se necesita reconocimiento de padre, si ya se expresó el nombre de éste en el acta de nacimiento".

Se distinguen diferentes formas de filiación natural: la simple, la adulterina, y la incestuosa. La

---

<sup>29</sup>  
P. Guzmán Cecilia, ob.cit. pag.91.

filiación natural, siempre es aquella que corresponde al hijo concebido cuando su madre no se habrá unido en matrimonio, pero puede legalmente celebrarlo con el padre, es decir no había ningún impedimento que originase la nulidad de ese matrimonio, si se hubiese celebrado. Simplemente el hijo fue procreado por un hombre y una mujer que pudieron unirse en matrimonio, pero no se unieron. En cambio, la filiación natural se llama adulterina, cuando el hijo es concebido por la madre estando ésta unida en matrimonio y el padre es distinto del marido, o cuando el padre es casado y la madre no es su esposa.

El hecho de que uno de los progenitores esté unido el matrimonio con tercera persona, hará que el hijo sea natural-adulterino. Por último, la filiación natural puede ser incestosa cuando el hijo es procreado por parientes en el grado en que la ley impide el matrimonio, sin celebrar éste. Es decir entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado. De no haberse dispensado y no habiéndose celebrado el matrimonio, como el hijo fue procreado por esos parientes fuera del mismo, se le considera incesto.

En el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres en nuestro derecho se requiere que el hijo sea concebido durante el matrimonio de los padres, y no simplemente que nazca durante el matrimonio, porque pudo haber sido concebido antes del mismo, naciendo cuando sus padres ya habían celebrado el matrimonio.

Como podremos ver este hijo puede considerarse, como legitimado, o bien, puede el marido impugnarlo. Por la misma razón, el hijo legítimo puede nacer cuando el matrimonio de los padres está ya disuelto, por muerte del marido, por divorcio, o por nulidad, y en estos casos su legitimidad se determina por virtud de su concepción, nunca del nacimiento.<sup>40</sup>

---

Rojina Villegas Rafael, ob.cit. pag.429.

La esencia original de la filiación es el vínculo biológico. A través de él nos identificamos con nuestros descendientes porque, sin negar la importancia de la socialización y la bondades de la adopción, la capacidad de crear vida, y las coincidencias genéticas que caracterizan a la parentalidad natural, tienen esa indudable trascendencia a que ya nos habíamos referido al hablar del significado psicosocial de la esterilidad humana.

Por lo que el legislador, al reglamentar su investigación e impugnación al vínculo paterno-filial, hace constante referencia a fenómenos que suponen una identificación entre padres e hijos.

Analizaremos la situación en que el hijo nacido con materia genética cuando sus progenitores no eran casados, faltando la presunción de paternidad por el varón de quien procede los gametos. Estrictamente, la filiación, que por naturaleza, le corresponde al hijo es la extramatrimonial a falta del vínculo formal en sus progenitores: por lo que no cabe duda alguna que al haber manifestación de voluntades existe el reconocimiento de ambos manifestantes.

La afirmación clásica del reconocimiento que se da cuando el consentimiento antes de la fecundación puede valer, junto con el expediente médico que se abre en este caso, esto es siempre cuando conste en documento público, como lo sería una escritura pública.

La situación que se presenta que paternidad se puede achacar a un menor nacido por las técnicas de inseminación artificial, cuando la pareja que fue sometida a dichas técnicas de mujer casada y hombre soltero, por lo que tendría que acreditarse que la mujer casada se encontraba separada de su esposo durante un tiempo superior a trescientos días anteriores a la fecha del nacimiento por lo que se le puede imputar paternidad al esposo.

Se pretende inscribir la filiación no matrimonial del hijo nacido como consecuencia de la

inseminación artificial homóloga y la fecundación en vitro, ya que siendo los gametos otorgados por el marido casado y varón soltero, no sería necesario probar la desación de la separación de los esposos.

La situación del hijo a los efectos de la interposición de la acción por éste debería asimilarse por analogía a lo que ocurre con la determinación del vínculo adoptivo, es decir, la declaración de paternidad genética no debería tener otros efectos que los puramente de fijación biológica de filiación, sin que el hijo pudiera reclamar jurídicamente, las consecuencias legales de la derivación del vínculo gésico al donante.

El consentimiento que presta el marido en orden a querer ser padre del nacido, supone la aceptación de un vínculo paterno filial fundado sobre el matrimonio con la madre y la asunción de responsabilidad correspondiente frente al hijo: El asentamiento del marido debería equivaler al consentimiento del adoptante; el marido que asiente no debería poder desconocer la paternidad, y lo, según entiendo, tanto cuando el donante sin identificar, como cuando ha sido identificado.

En el caso de que hubiera algún vicio de consentimiento para impugnarse el reconocimiento realizado por el marido <<padre formal>>. La posesión de estado es oportuna ya que la relación familiar en la que está inserto el hijo, de igual que ocurre en la relación por cohabitación carnal, en la inseminación artificial humana, y en la fecundación extracorporea debe ponerse en plazo tope el ejercicio de la acción que pudiera competirle al padre formal.

En el caso del vicio de la voluntad, el criterio general del régimen ordinario de las acciones de nulidad en concreto el artículo 140 del Código Civil, en el cual la acción caduca pasando cuatro

ción desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente.<sup>31</sup>

La prueba directa del nexo biológico en la inseminación artificial y filiación extrauterina, incide por fuerza en todo el sistema de desconocimiento de la paternidad del marido. Concluimos, entonces, que la procreación originada por la inseminación artificial o fecundación extrauterina, excede la previsión tenida en cuenta por el legislador y que no es posible su regulación en base a un sistema presuncional.

Esta opinión no significa la imposibilidad de aplicar la presunción de la paternidad del marido cuando se han empleado tales métodos, pero el uso de la suposición legal tiene otro fundamento y alcance; no se basa en las relaciones íntimas y exclusivas de la mujer con su marido, sino que nace como un efecto del matrimonio y se mantiene en ausencia de conflicto.

El hijo nacido de inseminación heteróloga o fecundación in vitro con óvulo de la madre y semen de un donante, debe ser considerado, en una forma legal, como hijo matrimonial. La paternidad del marido de la madre se apoya en la voluntad del esposo de asumir el rol paterno exteriorizado a través de su conformidad para el empleo del procedimiento fecundante, y esta intención debe ser acogida por el ordenamiento como génesis de lazo filial paterno. Pese a que ha acaecido para la concepción o la sustancia de un tercero, se observa una voluntad conjunta, la de ambos cónyuges, destinada a suplir la imposibilidad biológica del marido y dar origen a una nueva vida.

De esta voluntad procreacional que ha sido definida como el deseo de engendrar directa o indirectamente, surge para el esposo de la madre no obstante la falta del nexo biológico con el nacido, lo que Díaz de Guíjarro ha llamado «la responsabilidad procreacional, o sea, la asunción

---

<sup>31</sup> Véase el artículo 154 del Código Civil de Chile.  
Código Yague Francisco, ob.cit. pag.181.

consciente de la paternidad>>. Esta responsabilidad nace por haber querido que la mujer conciba; el consentimiento del esposo tendría la categoría de <<Acto Jurídico Familiar>>.

Luego, el niño nacido de una inseminación artificial, tendrá derecho a que se reconozca su vínculo con el esposo o de la madre y a conservar dicha relación filial. Partimos de la idea de que la inseminación heteróloga o fecundación extra uterina con semen de un dador, da origen a un sistema de filiación respecto del marido de la madre que se aparta del presupuesto biológico.

Claro está que para que la voluntad de marido en este tipo de concepción signifique la determinación de una relación jurídica de filiación, el orden legal debe darle entidad suficiente para lograr el emplazamiento.

Si la ley, en el caso del empleo del semen de un donante, decide restar efectos al lazo biológico, considerando solo como presupuesto de la filiación la voluntad compartida de los cónyuges que han decidido criar y formar la nueva vida así originada, no cabe acceder a posteriori a desplazamientos en el estado de familia, basados en la inexistencia de nexo sanguíneo con el marido.

Como ya lo han señalado varios autores, respecto del marido, se daría una situación similar a la adopción; compartiendo la idea que se trataría de una hipótesis semejante a la adopción plena, pero de donde la voluntad de los interesados es emitida antes de la concepción. No existe una filiación de sangre que luego se extingue, sino que directamente y por mandato legal se niega relevancia al nexo biológico con el dador.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Verruno Luis y Emilio J.C.Haas, "Manual para la investigación de la Filiación. Actualización Médico Legal". Buenos Aires. pag.57.

Es indudable que la inseminación heteróloga puede acarrear al marido problemas psíquicos, si la aceptación del procedimiento conlleva al mismo tiempo el rechazo inconsciente del mismo. También es factible que el sistema de adopción ocasione a uno o ambos esposos dificultades que no son de fácil solución; no obstante tales inconvenientes el derecho no puede fomentar con su permisón el cese de la responsabilidad tomada.

El hijo no tiene la culpa por la forma en que ha sido engendrado, requiere un padre para su formación y nadie más adecuado a este fin que el marido de la madre quién, conforme a su acuerdo, ha permitido el nacimiento. Ya nadie discute que el niño necesita de la figura materna y paterna, en el proceso de su conlización, por lo que la ley no puede consentir el desprendimiento voluntario de la filiación paterna, después de haber expresado su intención de asumirla a través del consentimiento expresado.

Otros autores se unen al criterio mencionado, en lo que hace al valor del que se le da al consentimiento, porque juzgan la inseminación heteróloga partiendo del fundamento biológico que normalmente opera en la filiación: por ello se piensa que el lazo filial no depende del consentimiento del marido, sino de la realidad biológica, y que no es posible aplicar el principio de que nadie puede alegar su propia torpeza, ya que no se trata de una revocación del consentimiento <<acto torpe del marido>> sino que al ponerse en evidencia el autentico vínculo sanguíneo, debe caber la paternidad y el hijo debe considerarse extramatrimonial.<sup>33</sup>

Este reconocimiento, coherente con una filiación ordinaria como presupuesto biológico no puede ser aplicado a una paternidad social que aparece, precisamente, porque el marido expresa su acuerdo para que se supla su incapacidad de procrear con el uso de sustancia ajena fecundante.

---

ob.cit. pag.58.

En los Estado Unidos de Norteamérica, se práctica la inseminación artificial en gran escala, no existe una reglamentación general que contemple este procedimiento, aún cuando diversos Estados tienen disposición sobre este problema. En seis Estados como en Nueva York, Kansas, North Carolina, Oklahoma, Georgia y Connecticut, se establece que cualquier niño nacido de inseminación artificial heteróloga con consentimiento del marido será considerado como hijo legítimo de los cónyuges. El estado de California preceptúa que el marido de una mujer en la cual se inseminó con semen de un donante pero con el consentimiento del marido, es responsable de la obligación alimentaria y de su asistencia médica.<sup>11</sup>

Audiremos al siguiente precepto en la cual se propone una legislación en los siguientes Estados: Cualquier niño concebido y nacido como resultado de la concepción de la madre por medio de la inseminación artificial practicada por un médico autorizado o bajo su dirección y consejo, con el consentimiento de ambos cónyuges, tendrá todos los derechos, privilegios y obligaciones al igual que el hijo que ha nacido de la relación sexual entre los esposos. Ninguna prueba relativa a dicha inseminación artificial será admitida en acciones u otros procedimientos legales que puedan perjudicar sus derechos, privilegios y obligaciones.

La inseminación heteróloga o inseminación extracorporia con semen de un tercero no se edifica sobre el nexo biológico, negamos al dador de probar el vínculo de sangre con el objeto de reclamar el emplazamiento paterno filial. Es conveniente arbitrar los medios para que el donante permitezca en el anonimato y se desconozca, en consecuencia, de quién ha sido el semen utilizado.

No debe interesar el donante, pues su función solo ha sido fisiológica casi bioquímica, pero nunca ha querido ser padre, como quién contribuye a una vida ajena si da sangre ante una intervención

---

<sup>11</sup>  
P. Guzmán Cecilia, ob.cit. pag. 120.

quirúrgica. Se le debe negar también al tercero dador el derecho de impugnar la paternidad del marido para reclamar su filiación paterna respecto del nacido, le otorga tal facultad, sin embargo, el marido triunfa en una acción de desconocimiento de paternidad, al donante le estaría vedada toda reclamación en función de la prohibición de ir contra sus propios actos.<sup>35</sup>

La fecundación llevada a cabo sin consentimiento del marido, ya sea mediante el sistema de inseminación artificial, heteróloga o fecundación in vitro con semen de un dador, demuestra que el esposo de la madre no ha tenido la intención de afrontar la responsabilidad paterna. Por lo tanto, no es posible imputarle una paternidad cuando no existe el nexo biológico y tampoco ha querido asumir el vínculo socio-afectivo.

El hijo gestado de esta manera tendrá el carácter extramatrimonial. Si fue inscrito como nacido del matrimonio, el esposo de la madre podría desconocerlo, no porque la situación equivalga a adulterio sino por la falta de voluntad procreacional del marido.

En el nuevo ordenamiento y la posibilidad de desconocer la paternidad con fundamento en la voluntad procreacional y consiguiente ausencia de responsabilidad, el niño será considerado como hijo extramatrimonial de la mujer, pero sin que pueda considerarse cometido el adulterio porque no hubo unión sexual, por lo que la acción de divorcio solo podría apoyarse en la de injurias graves. El plazo para la acción de consentimiento correría desde que se tuvo noticia de la inseminación artificial. En la hipótesis presente como en la ya tratada, el dador no podría reclamar su filiación paterna en base al nexo biológico, ni aún en el supuesto de que el marido desconociera su paternidad.

---

<sup>35</sup> *ibid.*, pags. 121, 122.

Pensamos que ésta es la solución más adecuada no es el nexo biológico el respaldo de la filiación paterna en la inseminación heteróloga o fecundación extracorpora con semen de un dador, sino en la voluntad de crear el vínculo socio-afectivo y cumplir el rol paterno. El dador, reiteramos, debe permanecer anónimo; será necesario, pues, tomar precauciones a fin de impedir la identificación.

En el caso de que una mujer casada que desea tener un hijo se vea en la necesidad de emplear el óvulo de otra mujer, pero utilizando en la fecundación el semen del marido, el nacido debe ser considerado vástago del matrimonio. El elemento intencional, la voluntad de tener el hijo y asumir el rol paterno es, a nuestro entender el soporte de la relación fecundante. El elemento fecundante no consideran el proceso fisiológico de la preñez para decidir la maternidad. Los verdaderos padres afirman, son los que han proporcionado el espermatozoide fecundante y el óvulo fecundado respectivamente. En razón del principio de que nadie puede ir en contra de sus propios actos; de esta manera el marido no podría impugnar una paternidad que ha asumido mediante su consentimiento, si se hubiera empleado semen del esposo de la mujer, que incubo a la criatura o de un tercero con su consentimiento. Se concluye que el niño jamás podrá tener laso filial materno en el supuesto en que se discutiera la calidad de madre de la gestante pese a que el niño es criado y formado por el matrimonio que tuvo la mira procreativa.

Si la mujer que concibió en su seno es la que albergó el propósito fecundante y utilizó el óvulo de otra mujer a tal fin, resultará poco valioso considerar al nacido hijo de quién no tuvo el designio de engendrar ni de asumir la función materna. Si, por el contrario, la mujer que proporciona el óvulo, fecundado mediante el semen del marido, es la que ha querido ser madre y otra mujer incubó a la criatura así concebida, por dificultades orgánicas o funcionales de la primera, entonces la filiación materna se establecerá respecto de quien tuvo la voluntad procreacional.

Se puede, según nuestro criterio, dividirse el proceso de gestación y dar prioridad al óvulo sobre la incubación por encerrar aquél todo el material genético de los progenitores, ya que éste no podría

existir sin el desarrollo del embrión en el seno materno que es parte inseparable de todo el proceso de gestación. No es en estos supuestos el elemento biológico, reiteramos, quién define el lazo filial, sino la voluntad de crear el vínculo socio-afectivo. Para establecer cual es la situación jurídica del hijo, es indispensable tomar en cuenta su interés, y éste se halla en la concordancia del emplazamiento filial con quién cumple el rol materno o paterno.

A la comunidad le interesa, determinar quién, en los hechos, ejerce la función materna y, por tanto, busca su control a través de la concordancia del vínculo socio-afectivo << posesión de estado >> con el lazo jurídico de filiación.

La familia, fundada en el matrimonio de la pareja constituyente, estívese el ambiente más propicio para la crianza y educación de los hijos, y es por ello que se valora la legitimidad, procurándose su resguardo en beneficio del hijo. El marco de estabilidad otorga a la sociedad mayor confianza en cuanto al modo en que se llevará a cabo la función paterna; por ello el emplazamiento como hijo matrimonial tiene descendencia social en cuanto representa la efectiva asunción en el campo empírico de los roles materno y paterno dentro del hogar constituido, dicho de otro modo, cuando el lazo jurídico concuerda con la posesión de estado.

Tratar al nacido como hijo, constituye el signo visible del vínculo biológico que le une a los progenitores ya que, normalmente, si descartamos el supuesto de adopción, la madre o el padre se comportarán como tal si han engendrado la criatura. Es decir que el comportamiento real de los sujetos el cumplimiento de los roles que la sociedad asigna a los esposos hacen presumir un lazo de sangre. La posesión de estado de hijo matrimonial hace entonces verosímil que el marido de la madre sea padre del nacido, es decir, que se trata de un hijo del matrimonio. Es el reconocimiento de hecho de dicho parentesco.

Los jueces no han concebido fuerza operante a la posesión de estado del hijo, y este elemento

amente ha actuado como dato coadyuvante para decidir sobre la existencia del vínculo filial matrimonial. Se le ha dado peso, por ejemplo, cuando se sostuvo que <<no obstante la existencia de adulterio y ocultación de parto, no debía necesariamente admitirse el reconocimiento de paternidad si el marido le ha dado trato de hijo>> y, por el contrario tal pretensión podía ser rechazada si el extraño denunciado como padre, le hubiera dado el mencionado trato, llegándose, en tal caso, a afirmar en una sentencia que <<el reconocimiento voluntario de paternidad de un tercero, efectuado a la celebración de un matrimonio aunque nulo por nuestra ley, viene a dejar sin efecto la declaración de paternidad del marido>>.

Además se valoró implícitamente la posesión de estado en un caso de que un tercero, que había reconocido al hijo y lo había tratado como tal, fue demandado siete años después del nacimiento de la criatura por el marido de la madre, quién reclamaba se declarara su paternidad respecto del niño.<sup>36</sup>

El reconocimiento de un hijo es un acto jurídico familiar por el cual una persona declara que otra es su hijo suyo. La naturaleza jurídica del reconocimiento está implícitamente en el concepto empujado. Es un acto o negocio jurídico porque constituye un acto lícito con el fin inmediato de producir el efecto jurídico del emplazamiento del reconocido en el estado de hijo matrimonial del padre o madre, y el de éste en el de su padre o madre, confiriendo juricidad a la relación biológica existente. Es un acto jurídico familiar porque se trata de una relación jurídica de Derecho de Familia.

Aladejo García dice en su obra "A la voluntad privada no se le puede reconocer otro poder jurídico como que el de dar vida a la relación de paternidad, la cual a su vez, como acto jurídico, en

---

Aladejo García, ob. cit. pag. 199.

cuanto su mera existencia es considerada por el ordenamiento jurídico como a causa de determinados efectos jurídicos, producen, pues, ex lege y no ex voluntate. Se producen porque se reconoció independientemente de que aparezcan o no como queridos a diferencia de los efectos del negocio jurídico, que, en tesis de principio, se producen porque aparecen como queridos por su autor, siempre que sean conformes y no contrarios a las disposiciones del ordenamiento jurídico".<sup>27</sup>

El hecho de que idénticos efectos se produzcan en virtud del ejercicio de la acción de estado simplemente responde a que existe más de una forma para el emplazamiento en la relación paterno-filial extramatrimonial y, en cuanto a la ineficacia del reconocimiento que no coincide con la verdad biológica, ello encuentra su paralelo en el carácter declarativo del acto. Es preciso señalar también la amplitud en la capacidad para otorgarlo, excepción a los principios generales que se registra en otros negocios jurídicos como, por ejemplo el testamento.

En la catelegenesia o inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del marido tenemos el caso opuesto. No suele dudar la doctrina en negar la legitimidad del hijo nacido de esa fecundación, al menos en un plano teórico. Bajo ningún concepto puede tenerse al marido por padre:

Ni biológicamente, ni en el orden afectivo ni por voluntad suya. El hijo le es ajeno.

Ha entrado en su casa, además, por obra de una ocultación, cuando no un engaño. Es un poco fuerte tenerlo como adulterino, pues la inseminación heteróloga no puede asimilarse al adulterio, el delito sexual y no contra la familia en nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, hijo natural tampoco parece calificativo. Y legítimo sería en todo caso teóricamente aceptado.

Caso más complicado y discutido caso más complicado y discutido es el de la inseminación heteróloga con consentimiento del marido. Los Códigos, por no haber podido prever esto, la

---

<sup>27</sup>  
Léñdez Costa Ma. Josefa, "La Filiación", Edit. Argentina pag. 213.

mayoría, no brindan en esta ocasión más y mejores soluciones que en los anteriores. Prescindiendo del donante del semen y del consentimiento del marido, nuestro Código atribuye la paternidad al marido sino hubo imposibilidad física, y le permite impugnar si tal imposibilidad de acceso duró todo el período legal de concepción.

Para un sector de la doctrina, el hijo, fruto de la heteroinseminación practicada con consentimiento del marido, sería ilegítimo, alegándose razones varias: ya por considerar intrascendente el consentimiento del marido, habida cuenta de la indisponibilidad de los derechos de familia, ya porque el hijo es ajeno biológicamente, en todo caso al marido, o porque toda inseminación heteróloga es contraria a los principios naturales y jurídicos en que se basa la familia legítima.<sup>38</sup>

Parece predominante, sin embargo, la tesis contraria, que valorando el consentimiento del marido en una u otra forma, atribuye a ésta la paternidad como legítima, o le impide impugnar la paternidad que resulta del juego de la regla <<pater is est>>. Aún hay quien ve en este consentimiento una especie de adopción, concierta base biológica: la que resulta de una verdadera y propia maternidad de la esposa, que ha concebido y alumbrado el hijo que respecto de su marido tendrá más de adoptado que de real.<sup>39</sup>

### CAPITULO TERCERO

#### III. INSEMINACION ARTIFICIAL EN EL DERECHO COMPARADO.

---

"La Filiación", ob.cit. pag.214.

Rivero Hernández Francisco, ob.cit. pag.392.

La forma en que se ha efectuado la inscripción del nacido es un dato que los esposos ven como un factor de apoyo a sus pretensiones afirmativas o negativas de la paternidad del niño. Al respecto podemos partir de los siguientes supuestos: 1) El hijo es inscripto en la partida de nacimiento como hijo de ambos cónyuges, interviniendo directamente el marido de la madre en la inscripción; 2) El hijo es registrado a nombre de la madre como mujer casada, denunciándose el nombre del marido; 3) El niño es inscripto como hijo de mujer soltera y padre desconocido; 4) El hijo es registrado como hijo de madre soltera y de un tercero reconocido, y 5) La criatura es solo inscrita por el tercero, sin denunciarse el nombre de la madre.

La hipótesis de los puntos 3, 4 y 5, evidencian una situación que escapa a la normalidad establecida por la presunción de la paternidad del marido. Si éste es padre del nacido y se comporta de tal modo, resultado impensable de su aceptación para que el niño ostente el apellido de un tercero desconocido de la madre. Indudablemente las inscripciones llevadas a cabo de ese modo se relacionan posteriormente con la ausencia de nexos biológico-social entre el nacido y el esposo de la madre. En el caso inverso o sea, cuando la criatura es inscripta con el apellido del marido << 1 y 2 >> tal forma de registro no siempre constituye signo de paternidad del esposo de la madre.

La mayoría de los Códigos Latinoamericanos disponen ya que en relación al marido, la presunción de paternidad es la única forma de procrear hijos es la exclusivamente sexual entre la pareja, por lo que esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días, de los 300 que han precedido al parto, así como el artículo 325 del Código Civil para el Distrito Federal dice: " que estaba físicamente imposibilitado para cohabitar con la mujer ".

El artículo 340 del Código Brasileño señala: " que estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer ".

En el artículo 290 del Código de Ecuador igualmente que el Guatemalteco en su artículo 200 incluye elementos de comprensión que menciona, "contra la presunción del artículo anterior no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia".

Sin embargo la prueba negativa está a cargo del marido ya que como se observa en leyes de países diversos sólo hablan de un acceso carnal con su pareja, ya que las legislaciones no toman en consideración los posibles resultados de una Inseminación Artificial realizada.

En su artículo 236 del Código Civil de Paraguay dice: " el marido podrá desconocer al hijo concebido durante el matrimonio, en los siguientes casos:

- Si durante el tiempo transcurrido entre el período máximo y mínimo de la duración del embarazo se hallaba afectado de impotencia o esterilidad;
- Si durante dicho período vivía legalmente separado de su mujer, aunque por efecto de una medida judicial precautoria, salvo que halla habido entre los cónyuges cohabitación, aunque sea temporal.
- Si en ese período la mujer ha cometido adulterio y ocultado al marido su embarazo y el nacimiento del hijo. Podrá el marido probar, además, cualquier otro hecho que excluya su paternidad".

Atendiendo al artículo transcrito señala las formas en que puede excluir la paternidad del marido el artículo 187 del Código de Familia Boliviano que va más allá de los artículos mencionados, en una posición avanzada no sólo abre ilimitadamente la posibilidad de impugnación, sino que tocan el punto de la reproducción asistida al mencionar que " el marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio, demostrando por todos los medios de prueba que no puede ser el padre del mismo ". Agregando, sin embargo, el desconocimiento no es admisible si el hijo fue

concebido por fecundación artificial de la mujer, con autorización escrita del marido. La sola declaración de la mujer no excluye la paternidad.

El artículo 221 del Código Guatemalteco resume que en la investigación de la paternidad menciona lo siguiente, "la paternidad puede ser judicialmente declarada:

- 1.- Cuando existan cartas, escritos o documentos en que se reconozca.
- 2.- Cuando el pretensor se halle en posesión notoria de estado de hijo del presunto padre.
- 3.- En los casos de violación, estupro o rapto, cuando la época del delito coincidan con la concepción.
- 4.- Cuando el presunto padre haya vivido maritalmente con la madre durante la época de la concepción".

En realidad, la investigación de la paternidad ha sido autorizada por todos los Códigos latinoamericanos, en función de hechos que presuman la vinculación genética, esto es que a partir de todos los casos que han mencionado para la investigación de la paternidad se enfrenta a un caso en particular como lo es la inseminación artificial, en lo que se opone en disputa el reconocimiento o desconocimiento de un hijo nacido de una inseminación artificial.

Es por eso que el Código Civil Peruano dispuso en su artículo 413 que " en los juicios sobre declaración de paternidad extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otras de validez científica ".

Así como el Código de Costa Rica admite igualmente en su artículo 98, la prueba de los grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos para negar la paternidad. Sin embargo, si bien << hoy en día ya nadie discute que el examen de estos marcadores, realizados mediante las pruebas hematológicas, permite excluir en forma segura la paternidad de un sujeto, esta exclusión solo

constituye un aspecto de un problema más vasto el de cuantificar el grado de certidumbre respecto a la paternidad >>.

Las pruebas biológicas han sido aceptadas también por algunos Códigos latinoamericanos como la Ley Colombiana de 1968 y su respectiva reglamentación de 1969, dispone que " en todos los juicios de paternidad o de maternidad, el juez ha solicitado de parte o cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará los exámenes personales del hijo, sus ascendientes o tercero que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y el presunto padre, y ordenará peritación antro-heredobiológica, con análisis de los grupos sanguíneos, los caracteres biológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles, que valorará según su fundamentación y pertinencia. Se establece además que la negativa a practicar tales exámenes será apreciada por el juez como indicio, de acuerdo a las circunstancias ".

Aún faltando el supuesto padre << en caso de estar muerto o ausente >>, si los abuelos paternos se presentan, la prueba puede realizarse extrayendo sangre de ellos, pues el índice de abuelismo permite conocer del vínculo de paternidad. En ese caso, también, podría ser el padre de la criatura o hermano del demandado, por lo cual la prueba consistente en el sistema HLA <<Human lymphocyte Antigen>>, deberá robustecerse con la prueba de las relaciones entre el demandado y la madre del niño, o de la posesión de estado.

El Código Civil Argentino en su artículo 253, señala que " en la acción de filiación se admitirán de clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte". Esta disposición se complementa con el artículo 4o. en la Ley 23.511 relativo al Banco Nacional de Datos Genéticos, dice "cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será

ordenado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente".

El Código de Familia Hondureño dispone igualmente en su artículo 118, no sólo la admisión de las pruebas biológicas para excluir la paternidad, sino también aquellas que sirven para determinarla positivamente.

Por de estos ejemplos de distintos países que opinan con respecto a la prueba biológica en un primer inventario de la legislación latinoamericana, arroja un saldo negativo por lo que toca a criterios para ampliar el ejercicio de las acciones de filiación y, también, en relación con el carácter científico de las pruebas que puedan ofrecerse sería conveniente por lo tanto, una profunda revisión del derecho de familia en general y de la filiación en particular, toda vez, que después del derecho a la vida, el ser humano debería tener desde el nacimiento, siempre que sea posible, los padres que genéticamente le corresponden, sin negar relevancia al vínculo consensual como fórmula de adopción.<sup>40</sup>

#### a) EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA.

En los Estados Unidos de Norteamérica, según el informe aportado por Daniel Callaban, el Coloquio sobre Inseminación celebrada en París en enero de 1985, 33 estados habían adoptado ya una legislación sobre la Inseminación Artificial, dando efectos jurídicos a la voluntad del marido. Los estados, con excepción de la del estado de Oregón, limitan su uso a las personas casadas pero se debate actualmente si esta restricción es contraria a la Constitución, porque todo individuo tiene

---

o la Madrid Miguel Angel, *idem. ibid.* pag.67.

derecho a procrear.

En México, la Ley General de Salud dice, escuetamente, en la última parte del artículo 466, que "la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge", y si bien no especifican el tipo de inseminación ni admite expresamente que la autorización del marido constituya una nueva fuente de paternidad, sugiere, al menos, que el legislador ha tomado conciencia del tema y que por lo mismo es necesario darle el valor para que se tome en cuenta la aceptación, o lo que es lo mismo el consentimiento para llevar a cabo tal inseminación.

En el caso, sin embargo, el artículo 586 del Código Civil de Quebec, provincia de Canadá establece que "el consentimiento marital en la inseminación artificial con donante, impide el ejercicio de las acciones de desconocimiento, a fin de fortalecer la intangibilidad del conjunto familiar y dar efectos a la voluntad de quien acepta ser padre".

Por lo que se está de acuerdo que aún en otros países con mentalidades y culturas distintas a las nuestras tienen el mismo pensamiento, en lo que se refiere a la voluntad que día con día damos toma fuerza y da una iniciativa en lo que toca a la inseminación homóloga ya que la voluntad manifiesta de una persona da la categoría de elemento esencial para llevar a cabo tal acto, como lo nombra en nuestras leyes para realizar un centro común.

En otras investigaciones sobre 800 parejas entrevistadas en Estados Unidos de Norteamérica, con posterioridad a la práctica del procedimiento, hubo un único caso de divorcio, por lo cual contrasta notablemente con el promedio de un divorcio, por cada cinco matrimonios, lo cual evidencia, los excelentes matrimonios sociológicos y psíquicos de la inseminación artificial con donante, cuando los casos son convenientemente seleccionados.

Con lo que se puede decir que tal procedimiento es aceptable día con día, al reconocer las estadísticas de los estudiosos la aceptación que se va teniendo no solo en nuestro país sino en el país vecino, la que nos da una visión más clara en la que es necesario darle la importancia que debe tener en nuestros días.

En el reino unido sugiere entre otras reformas legales, que dice "la ley debe ser modificada en el sentido de permitir que el marido sea registrado como padre".

Pero en su Artículo 9 del Proyecto Preliminar de Recomendaciones del Consejo de Europa, sobre los problemas derivados de las técnicas de procreación artificial, por lo que toca al marido, sino también en relación al padre genético es decir al donante "si la mujer estuviese casada, el cónyuge será considerado como el padre legítimo, y si hubiese dado su consentimiento, ni él ni ningún otro podrán disputarle la paternidad del niño pues solo hecho de la procreación artificial", dice esta disposición, agregando que "ninguna relación de filiación podrá establecerse entre los donantes de gametos y el niño concebido como resultado de la procreación artificial. Ningún procedimiento por manutención podrá ser dirigido contra un donante o de éste contra el niño".

La Sociedad Americana de fertilidad adoptó en cambio, una posición más abierta. En su declaración ética sobre fertilización "in vitro", sostiene que "se considera éticamente aceptable examinar científicamente todo concepto donado con tal fin, siempre y cuando dicho examen sea llevado a cabo antes de que alcance el estado de desarrollo en el cual normalmente se produce la implantación", como indicación, que la experimentación científica se realice dentro de la fecha límite de 14 días después de la fecundación.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Foto la Madrid Miguel Angel, idem. ibid. pags. 67, 68.

idad los 14 días se repite en la mayoría de las recomendaciones y proyectos legislativos, referencia a la época en que normalmente surge la cresta neuronal en el embrión, y por tanto principio de sensibilidad no de conciencia, que justifica este recaudo, así como la realización ocular sobreviviente.

, de la Segunda Guerra Mundial se comprobaron una serie de atrocidades cometidas en de experimentos realizados por científicos nazis, sobre seres humanos indefensos. Como respuesta general de estos hechos, y a fin de prevenir nuevos atentados de este tipo, se crearon las reglas de Nuremberg enunciadas por el general Tedford en 1947;

requiere imprescindiblemente el consentimiento del paciente;

experiencia debe ser necesaria e imposible de realizarse en otra forma;

debe haber sido precedida de pruebas en animales y de un estudio exhaustivo de la cuestión;

debe evitarse todo sufrimiento o daño innecesario en el paciente;

debe presuponer la muerte o invalidez del sujeto;

los riesgos no deben exceder el valor de la eficiencia real buscada;

debe evitarse todo daño eventual;

el experimentador debe ser calificado;

el sujeto debe poder interrumpir el experimento;

el experimentador debe estar dispuesto a interrumpir el experimento en todo caso de peligro

condiciones pensando solo en la seguridad del mismo ser humano han sido aceptadas casi unánimemente en el Congreso de 1964 y también en la Declaración de Helsinki de la Asociación

## **Médica Mundial.**

**Las directrices más importantes Nuremberg-Helsinki son, las siguientes:**

- 1.- Necesidad de un verdadero consentimiento del individuo que va a ser sometido a un experimento, por lo que debe ser informado previa mente de las características, beneficios y riesgos que se esperan de la misma.**
- 2.- Debe tratarse de investigaciones que sean necesarias y beneficiosas para la humanidad, cuyos resultados no puedan conseguirse por otros medios.**
- 3.- Debe ir precedida por una amplia experiencia realizada en el laboratorio y en otras especies animales.**
- 4.- Nunca deberá realizarse una investigación humana, que conlleve el riesgo de la muerte o la incapacidad física del sujeto sometido a experimentación.**
- 5.- Debe existir una adecuada proporción entre los beneficios y los riesgos derivados de la experimentación.**
- 6.- Los intereses del individuo deben prevalecer sobre los de la ciencia o de la sociedad.**

**Es precisamente la de declaración de Helsinki, lo que sirve en la actualidad, aunque nadie puede asegurarlo, para regular las numerosas investigaciones que se están realizando en la especie humana, por parte de la comunidad científica internacional .**

**Aunque esta disposición no prevé la experimentación sobre embriones o fetos, tiene el mérito de fijar un nuevo modelo de moralidad en materia de experimentación sobre seres humanos, ya que la Asociación Americana de Médicos y otras muchas organizaciones admiten el hecho, siempre que:**

ESTA TESIS NO ESTÁ  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

- A) Se hubieran agotado las investigaciones sobre animales;
- B) No impliquen certeza de muerte para el sujeto;
- C) Este conozca las implicaciones y riesgos del experimento;
- D) Haya dado su libre y expreso consentimiento;
- E) Se ven como sujetos de experimento o personas cuya eventual pérdida no sea excesivamente dañosa para la sociedad (ancianos, desahuciados, condenados a prisión perpetua);
- F) Se realicen en el mayor número posible y se condicione su repetición a los resultados obtenidos y;
- G) Se trata de experiencias que haya de significar un avance importante para la ciencia y para la humanidad.<sup>43</sup>

Estos puntos resumen en gran manera todos los ángulos a cubrir, para una mayor protección al mismo ser humano que decide someterse a la experimentación a su mismo cuerpo, por lo que es de tomarse en cuenta, y tratar que se cumpla en su totalidad cada requisito a prueba para llegar a confirmarlo en el cuerpo de un ser humano.

En lo que hace a la creación de embriones para su experimentación diremos que la reproducción de cigotos para fines distintos de la procreación, se dislumbra como ilícita, habiendo recomendado la Asamblea General del Consejo Europeo a sus Estados miembros que prohibían toda creación de embriones humanos con fines de investigación.

Este criterio es de respetarse, ya que no se puede experimentar con vidas humanas por lo que estas autoridades han decidido darle el respeto a la vida y no permitir que se pierdan los valores morales ni los humanos.

---

<sup>43</sup>  
"Biogenética, Filiación y Derecho", idem. ibid. pag. 220.

ando de la ectogénesis que no es otra cosa que el nacimiento del primer ser humano fecundado  
a tubo de ensayo, pero por lo que no se crea que todo ha sido escepticismo en el mundo  
sífico apenas en 1975, el útero artificial es una realidad; ya se ha ideado uno en el Instituto  
onal del Corazón, en los Estados Unidos, se trata de una cámara llena con líquido amniótico  
ico, conectada con un oxigenador para la sangre fetal, que ha mantenido vivos a fetos de ovejas  
nte dos días.

o ectogénesis, o desarrollo fuera del útero natural, es considerada como una importante ilógica  
ongación de la inseminación artificial.<sup>44</sup>

odel Code of Evidence, redactado por el American Law Institute en 1942, sigue en su regla  
el mismo criterio: "cuando se establece en un juicio que un niño nació de una mujer mientras  
a legítima esposa de un determinado hombre, la parte que afirma la ilegitimidad del hijo tiene  
rga de probar (burden of producing evidence...)...el hecho, más allá de toda duda razonable que  
ombre no es el padre de ese niño".<sup>45</sup>

o se ha dicho para probar tal hecho la carga de la prueba le correspondería al padre que  
untamente pretende negar la paternidad del recién nacido, ya que tendría que probar su  
ilidad o su ausencia según la fecha del nacimiento del menor.

os recibido información de que la inseminación homóloga se realiza con bastante frecuencia  
cambio, el procedimiento con semen de dador solo es ejecutado por pocos profesionales, ante

---

ibid. "Biogenética Filiación y Derecho", pag.247.

ibid. pag.247.

la ausencia de bancos de espermatozoides, la falta de una regulación legal y, consiguientemente, los riesgos que conllevan para el médico la utilización de esa técnica carente de toda reglamentación, en los Estados Unidos y Europa la inseminación con semen del marido o de un donante va tomando cada vez mayor incremento.

No existen estadísticas publicadas por entidades gubernamentales, ya que tales procedimientos se practican en forma confidencial y privada. En Estados Unidos se calculaban ya que en el año 1961, 20,000 embarazos anuales por inseminación artificial y 100,000 las criaturas nacidas por este método de fecundación. Otros autores estiman que en el año de 1960, el número de niños nacidos en dicho país por tales técnicas alcanzaban de 500 a 700 por año. En 1972 se calculó que la cifra anual llegaba a 10,000 y al presente se conciben de esta manera 15,000 por año.

Las cifras mencionadas son solo aproximaciones, puesto que no puede haber información fidedigna sobre un método cuyo secreto en todas las partes están ansiosos de guardar. Sin embargo, es una idea de la magnitud de esta práctica que se realiza en los Estados Unidos y la proporciona el dato de que en una zona clínica the tailer Cline Research Fecundation Inc. (Los Angeles), se efectúan de 10 a 25 inseminaciones diarias de todo tipo, incluyendo mixtas con semen del dador del marido.<sup>46</sup>

La ausencia de una reglamentación, observan científicos de los Estados Unidos, se ha conducido a la utilización de métodos inadecuados para eludir la responsabilidad del médico que practica la inseminación artificial con donante (I.A.D.). Este deriva la paciente a otro médico quien se hace cargo del parto y denuncia al marido como hijo del matrimonio. De esta manera, el profesional que

---

P. Guzmán Cecilia, *idem. ibid.* pag.94.

lo el procedimiento de la inseminación artificial como dador salva su responsabilidad por el delito de información falsa de los registros respecto de los datos del nacimiento, ya que el otro que se encarga de atender el parto, puede ignorar las técnicas empleadas, y no correr el riesgo de ser responsable de la llamada falsificación.

lo que se llega a la necesidad de una reglamentación en la materia, por el riesgo que implica la interpretación en base a los textos actuales, por los cuales pudiera considerarse el nacimiento obtenido por inseminación artificial con donante como un acto ilegal, calificándose a la mujer de adultera, pese al consentimiento del marido y quizás al médico como cómplice de una acción ilícita. A pesar del incremento en el uso de esta terapia contra la esterilidad, la aplicación del método, resulta inseguro en la ausencia de una ley que la contemple.

de los ejemplos más claros de lo que se da en la sentencia fallada en el tribunal superior de Nueva York, división de chancillería, sección familiar, condado de Berger, en el expediente número 25314-86E con un seudónimo de bebe "M" fue fallada el 31 de marzo de 1986, y que constituye uno de los documentos judiciales más relevantes, sobre la materia de la maternidad subrogada, en relación a la gestación por encargo.<sup>47</sup>

#### b) EN ESPAÑA

formas parlamentarios españoles, presentado al Congreso de los Diputados en abril de 1986, donde se afirma que el 10-13% de las parejas en ese país son genéricamente estériles, por lo que significa que entre 600 mil y 800 mil parejas casadas no pueden tener hijos por algunas de estas causas, como la ausencia de trompas, 25-35%; trastornos en la ovulación 20%; lesiones en el cuello del útero y lesiones en el moco cervical.

---

ibid. pag.95.

En este mismo informe atribuye la responsabilidad biológica a la mujer, en el 60 o 70% de los casos y el 30% en el varón, aunque otros autores citan cifras más equilibradas, aproximadamente el 40% a cada sexo, mientras que, en el 20% restante la responsabilidad estaría compartida por ambos, ya que diremos que la imposibilidad u esterilidad es compartida tanto en el hombre como en la mujer y las posibilidades de que las técnicas de producción seminal sean de mayor uso.

En otros factores de menor entidad, la esterilidad de origen mixto debido fundamentalmente al rechazo de las células germinales de un miembro de la pareja por el otro y la de tipo ideopático de causa desconocida, estas constituyen el 5% del total de las esterilidades, sin contar con las de origen psicógeno.

De acuerdo con el informe parlamentario español, el 40% del las esterilidades podrían ser tratadas mediante la fecundación in vitro 222,000 a 317,000 parejas casadas y el 20% mediante la inseminación artificial 110,000 a 158,000 parejas casadas.

Estos datos, que se refieren a un solo país tomadas de las estadísticas más recientes y con todo cuidado, dando la idea de las necesidades biológicas de las parejas de esta país, dan una idea, sin embargo, de la gravedad del problema y de la importancia del uso de la fecundación extracorporia.

El Código Civil español intenta responder, en su artículo 108, al decir que "la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción agregando que "la filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial", pero que tanto estas como la filiación adoptiva plena, surten los mismos efectos.<sup>48</sup>

---

"Biogenética, Filiación y Derecho", idem. ibid. pag.34.

Como se puede observar existen ya en otros países la inquietud plasmada en sus ordenamientos legales lo que hace a la filiación también al igual que nuestras leyes tomar en cuenta la adopción con los mismos derechos que los nacidos de un matrimonio normal.

La cuestión no ofrece la misma claridad en el derecho español. La Cámara a hecho notar, como también los comentaristas de la ley del 13 de mayo de 1981, que las acciones de filiación conservan las características propias de todas las acciones de estado, entre ellas la inrenunciabilidad, pero no porque lo diga la ley reformadora, sino porque a esa conclusión habían llegado la doctrina y la jurisprudencia al ocuparse de las acciones relativas al estado civil en general.

Sería necesario que hubiera sido la incorporación al texto de la ley de reforma de un precepto específico.

Holanda es otro de los países que en 1972 tiene un artículo sucinto como el 201-I del Código Civil y dice no habrá derecho a la acción de impugnación si el marido a dado su consentimiento a un acto que puede tener por consecuencia la impugnación del hijo, para que el consentimiento de la inseminación artificial de la mujer casada, prestada por el marido, tuviera el efecto de impedirle la acción.

A falta de preceptos semejantes hay que entender las acciones de estado que pueden estar sujetas a un plazo de caducidad, pero que son personalísimas, indispensables, inrenunciables e imprescriptibles.

La mujer soltera puede tener un derecho constitucional a procrear y entonces, cualquier forma de prohibirle la inseminación artificial con donante sería inválido aunque fuese perjudicial para el interés del hijo. Los autores europeos tienen la tendencia a eliminar ese derecho, dando preferencia

al hijo, pero sobre todo, sosteniendo que la inseminación artificial no es un sistema de procreación, sino solo una terapéutica de la esterilidad.<sup>49</sup>

Al lado de quienes sostienen que la inseminación-fecundación artificial es la vía para materializar un derecho individual para procrear, y que este no debe ser considerado en forma alguna, también hay juristas que condenan la inseminación fuera del matrimonio.

En España, la procreación de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, fechada el 29 de abril de 1987, sobre "técnicas de reproducción asistida" admite como usuarios de los mismos a los matrimonios y a las parejas estables, con mayores restricciones y requisitos a la mujer sola prohibiéndolas a las parejas homosexuales o lesbianas.

Auguramos que la tendencia legislativa que en los Estados Unidos beneficia también a la pareja estable, continúe en el resto del continente, porque las mismas razones sustanciales por las que se admite la relación heteróloga en el matrimonio, conducen al concubinato.

Un sugestivo antecedente, surge de la memoria del Fiscal General del Estado Español, corresponde al año de 1972, puesto que critica la relevancia que el artículo 428 prevé para el consentimiento del ofendido en el delito de lesiones. "con éste artículo en mano, dice la memoria, el cirujano que hace un transplante de órgano intervivos, comete el delito contra las personas, no cuando hace la implantación sino cuando realice la aplicación del órgano extraído del cuerpo sano y este no puede ser, no solo porque suponga una traba innecesaria al progreso técnico, sino porque supone un divorcio de la ley penal y su trasfondo moral y social, que considera ya lícita esa conducta".<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup>  
idem. ibid. pag. 35.

<sup>50</sup>  
Soto la Madrid Miguel Angel, idem. ibid. pag. 188.

Lentamente, y en función de los requerimientos y avances de la medicina nacional, los países han venido creando leyes sobre trasplantes de órganos y tejidos humanos, procedentes de seres vivos, lo que significa que el consentimiento de la víctima legítima no solo las lesiones producidas en su beneficio, cuando no opera el estado de necesidad, sino también, que la voluntad del cedente ha sido reconocido por la ley.

Hay la segunda parte del artículo 28 de la ley de las reformas del Código represivo español y en comentario dice "no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal, en los supuestos de transplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley...".

Por lo que toca España se puede observar que sus leyes se vuelven flexibles al tratar el asunto de trasplantes de los seres humanos, por lo que no es de extrañarse que convierta en realidad la libertad y autorización de la inseminación artificial, que es beneficio, para un equilibrio social.

En España, el Informe Palacios, por ejemplo, propone que "solo se autorice la investigación a la experimentación en embriones no implantables". Y agrega "pueden ser objeto de investigación o experimentación científica positiva, solo hasta el 14 día siguiente de su fecundación in vitro, y siempre que manifiesten señales de imposibilidad de implantación en el útero de la mujer, por trastornos biológicos o anomalías".

Lo único aprovechable en la investigación y la experimentación científica, siempre que están no fuesen violables, se deberá contar con el consentimiento de la pareja de la que proceden, una vez que esta haya sido informada de los fines que se persigue.

En lo que toca a la creación de embriones para su experimentación diremos que esta es la idea que sigue la procreación de la ley sobre técnicas de reproducción asistida presentada el 9 de mayo de 1987 por el Grupo Socialista Español, aunque el panorama sea muy variado en el resto de los países, mientras que en algunos países ni siquiera autoriza a los progenitores y si viene cierto que el proyecto español castiga penalmente la fecundación de óvulos humanos, cuando se haga con principios distintos de la procreación, autoriza sin embargo que se utilicen los embriones sobrantes.<sup>51</sup>

Pero es de aclarar que esto solo lo permite en aquellos casos que presenten trastornos o anomalías, mientras que la Fecundación Europea de la Ciencia, en su comunicación de julio de 1986, admite la utilización científica de embriones residuales, indicando, como única condición, que se obtenga el consentimiento de los progenitores.

El proyecto venezolano se sigue un criterio similar al francés y en el proyecto del Código Civil español se establece que el hijo nacido después de los trescientos días siguientes a la separación efectiva de los cónyuges no se halla protegido por la presunción por la paternidad del marido.

Si bien en todos los ordenamientos mencionados la separación de hecho hace cesar la presunción de la paternidad del marido y en los otros se acuerda a los interesados la acción de desconocimiento simple de paternidad, la cual se resuelve con el mero cotejo de la fecha de nacimiento del niño con aquella en que comenzó la separación.

El Derecho español, el curioso contraste con la doctrina extranjera, parece dibujarse en sentido

---

<sup>51</sup>  
ibid.idem. pag.223.

contrario la evaluación acerca de la naturaleza jurídica de estos hijos, habiendo predominado en principio, entre los tratadistas antiguos y primeros comentaristas del Código, la tesis de la legitimidad los argumentos de estos últimos son los siguientes << la legitimidad exige concepción en matrimonio. Las circunstancias que cite el artículo 110 en casos de reconocimiento tácito o expreso...>>>.

Los de aquellos son inconsistentes, por basarse exclusivamente en una interpretación literal de las primeras palabras del artículo en cita, sin otro fundamento más profundo o convincente. Ello podría explicar que la tesis de la legitimidad halla hecho poca fortuna en nuestra patria y halla ido perdiendo seguidores.

En España, la maternidad no surge para el derecho del mero hecho del nacimiento, aunque este sea en todo caso necesario básico; necesita de otros elementos o requisitos jurídicos: para la maternidad legítima, que figure el nombre de la madre en el acta de nacimiento, y en la filiación ilegítima, que halla reconocimiento.

No así en nuestro País en la que la maternidad está probada, por el mismo tiempo de embarazo como el alumbramiento en la que da a la mujer la cualidad de madre del menor nacido de su vientre, por lo que el nacimiento da la legitimidad de hijo de la mujer de quien nació.

Nuestro derecho tiene muy pobres referencias a la presunción de paternidad, tanto en los fueros y leyes antiguas como en los Proyectos y Códigos modernos. Sin embargo, si se exceptúan dos aislados pasajes de las partidas <<Part. IV, Tit. II, Ley 7a; y Part. IV, Tit. XXIII, Ley 4a.>>, no hay ningún otro texto legal español en que se aluda directa y estrictamente a la presunción de paternidad legítima o a una regla de atribución de paternidad al marido.

Por curiosa coincidencia, quizá por el silencio mismo de nuestros cuerpos legales, la doctrina científica podría, con escasas excepciones y aún algunas de éstas bastante recientes, a casi ignorado la presencia de paternidad. Suele hablar de presunción de paternidad, de impugnación de legitimidad.<sup>52</sup>

Apenas alude a la presunción de paternidad legítima, en la que se centra, en realidad, casi toda la problemática de la filiación legítima. Podría hablarse, creo que sin exageración, de cierto error, o de un vacío del derecho español a la presunción de paternidad.

Creo que el más antiguo texto legal español con una referencia, indirecta, a la presunción de paternidad, es la << Lex Romana Wisigothorum >>. Esta ley recoge, como se sabe, trozos de juristas romanos clásicos, a los que suelen seguir una interpretación, es lo único que podría tenerse por original.

Hay que saltar después al fuero juzgo y a los fueros municipales para encontrar alguna referencia a nuestra institución. Tanto en aquel como en estos falta una regla que diga quién es el padre del hijo engendrado o nacido en matrimonio.<sup>53</sup>

Volviendo al fuero juzgo, encuentro referencia en él a los << hijos legítimos, tal, lib, III, Tit. IV.1 >>, hijos que no definen ni señalan criterio de discusión, pero que en todo momento aparecen vinculados al matrimonio. Para el caso del hijo póstumo, se prevé: << ...por ende establecemos que si el marido muriese, e dexa la muier preñada, el fijo que naciere después sea heredero igualmente

---

..

Rivero Hernández Francisco, *idem. ibid.* pag. 195.

..

*idem. ibid.* pag. 197.

en la buena del padre con los otros hijos...>> << lib. IV, Tit. II, Ley 20: El Rey Don Flavio Rescindo: >> << De los que nacen después de la muerte del padre >>. No falta la correspondiente alusión a la vida que << se casa con el otro antes que cumpla el año >>, en el sentido antes señalado.

En los fueros municipales no se ha encontrado otra referencia que ésta relativa a los hijos nacidos después de la muerte del marido tiempo en el que la mujer no puede contraer nuevo matrimonio, y medidas a adoptar en favor del hijo concebido. En unos la disposición se limita a prohibir a la viuda que case de nuevo en el plazo de un año. En otros, más numerosos, se ordenan medidas a tomar en defensa de los intereses del hijo que nace de la viuda que queda en cinta; particularmente interesante es que en estos fueros se cite el plazo de nueve meses, tenido de antiguo como duración media de la gestación.<sup>34</sup>

En la misma línea se encuentra el << Fuero Real >>, de Alfonso X (hacia 1255), en el que volvemos a encontrar la prohibición de volver a casar la viuda en el plazo de un año << lib.III, Tit.I, Ley 13a. >>, y el caso de la viuda que quedase en cinta a la muerte de su marido << lib.III, Tit.VI, Ley 3a.>>, transcripción casi literal del Fuero de Soria.

Nada parece en él << Fuero Viejo de Castilla >> sobre nuestra institución, ni precepto alguno relacionado con la paternidad o la filiación legítima.

Es sin duda, en las << Partidas >> donde puede encontrarse la más completa relación de esta materia hasta las leyes, como en otros aspectos, el Código Alfonsino causa aquí también la influencia del derecho romano, del que transcribe con bastante fidelidad algunas disposiciones,

---

<sup>34</sup>  
idem. ibid. pag. 199.

particularmente en lo que respecta al plazo máximo y mínimo de gestación.<sup>55</sup>

Este cuerpo legal aparece por primera vez en nuestra patria y da una definición legal del hijo legítimo: <<fijo legítimo, tanto quiere decir como el que es fecho segun Ley; aquellos deben ser llamados legítimos, que nacen de padre, e de madre, que son casados verdaderamente, según manda Sancta Iglesia>> (Part. IV, Tit. XIII, Ley 1a.). En esta misma ley se dispone la legitimidad de los nacidos de matrimonio putativo.

También por primera vez en nuestro derecho, aparecen aquí las primeras referencias claras y explícitas a la presunción de paternidad legítima; <<...los hijos que nacen de las mugeres casadas, viviendo de consuno con sus maridos, son tenidos ciertamente por hijos de ellos>> (Part. IV, Tit..., Ley 7a.). Quizá nunca desde la célebre regla pauliana hasta las modernas codificaciones se había hablado en un cuerpo legal con tanta claridad y precisión de la paternidad del marido: las palabras <<son tenidos ciertamente por hijos de ellos>> y la oportuna alusión <<viviendo de consuno>> hacen la fórmula alfonsina superior a la máxima romana. Y en la <<Part. IV, Tit. XXIII, Ley 4a. >>, tras señalar los plazos máximos y mínimos de gestación, refiriéndose al hijo que nazca dentro de esos márgenes en el <<centeno mes>> después del matrimonio y dentro del décimo a partir de la muerte del padre: <<...e se entiende que es de su marido, maguer en tal tiempo sea nacida;... E debe ser tenida tal criatura por legítima del padre, e de la madre que eran casados, e viven en uno, a la sazón que lo conoibió>>.

Son, sin duda, estas dos las más claras y felices alusiones a la presunción de paternidad legítima que pueden encontrarse en nuestra Derecho, en el que solo implícitamente suele aparecer esta presunción. Ello realiza la importancia de tales preceptos para nosotros.

---

<sup>55</sup> "La Presunción de la Paternidad Legítima", idem. ibid. pag. 200.

Después de la Paternidad, nuestras leyes pierden altura y originalidad. Las recopilaciones anteriores apenas tratan de la materia que nos ocupa. Ni en las << Leyes del Estilo >> ni en el << Ordenamiento de Alcalá >> hay referencia alguna a la legitimidad ni a la presunción de paternidad.<sup>56</sup>

Las Leyes de Toro, tan importante en materia de filiación legítima por traer al derecho español un nuevo concepto y definición de hijo natural (Ley 11a.), son más pobres en lo que a nosotros importa. Habla con frecuencia de hijos legítimos y de hijos y descendientes legítimos, especialmente al regular sus derechos hereditarios, pero no aparece definición alguna de la legitimidad a cuales son los hijos legítimos. Sólo indirectamente se refiere al parto natural ilegítimo al regular cual no lo es: << si por la ausencia del marido, o por el tiempo del casamiento claramente se probase que nació en tiempo que no podía vivir naturalmente >> (Ley 13a.).

Llegamos así a la época de la codificación española donde el Proyecto de Código de 1851 habría de sentar las bases de la actual y vigente legalidad. El artículo 101 de ese proyecto ingresó íntegro y literalmente a la Ley de Matrimonio Civil de 1870 (artículo 56), de ésta al Proyecto de 1882-1888 (artículo 87), y finalmente, y con la misma redacción al actual artículo 108 del Código Civil. Solo la regulación de los hijos de concepción ante matrimonial (artículo 110 del Código Civil) ha variado un poco, más en la redacción de las correspondientes preceptos y en cuanto al concepto y cuestión de fondo.

Para los hijos nacidos dentro de los primeros 180 días del matrimonio, disponía del artículo 104 del Proyecto de 1851: << el marido no podrá desconocer la legitimidad...>>. El caso de los hijos nacidos después de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio ha venido regulado

---

<sup>56</sup>  
ide. ibid. pag. 201.

idénticamente desde el Proyecto de 1851 (artículo 103), Ley de Matrimonio Civil (artículo 59), Proyecto de 1882 (artículo 90), hasta el vigente artículo 111 del Código Civil. Su verdadero precedente hasta para los aspectos negativos por deficiente redacción, está en el artículo 315 del Código Francés que ha pasado casi literal a la primera mitad del precepto español. Sólo su segunda parte (posibilidad de justificar la paternidad del marido) es original y afortunada, mejorando con ello el modelo.<sup>57</sup>

### c) EN ITALIA

Los Códigos Latinoamericanos asumen que son hijos de los cónyuges: los nacidos después de 180 días, contados después de la celebración del matrimonio y los nacidos dentro de los 300 días que siguen a la disolución del matrimonio cualquiera que sea la causa o la separación judicial de los cónyuges.

Todas estas presunciones nos conducen, al vínculo biológico, ya que por lo que toca a la maternidad, era casi imposible suponer que no fuera ella la que al dar a luz no aportara el material genético. Pues la posibilidad de atraer y transferir óvulos de una mujer al vientre de otra mujer o de secundarlo in vitro o colocarlo en un útero ajeno ya que esto data recientemente.

En Italia se presentó, en 1958, un proyecto legislativo que prohibía la inseminación artificial con donante. Contaba con un solo artículo propuesto por Giuseppe Gonella, que decía "la mujer que permita la realización de prácticas inseminarias sobre su persona con semen total o parcialmente distinto al del marido, será castigada con reclusión de hasta un año. Con la misma pena será castigado el marido que haya consentido, así como el tercero aportador del semen y cualquier otra

---

<sup>57</sup>  
Rivero Hernández Francisco. *idem. ibid.*, pag. 202.

persona que realice sobre la mujer casada actos idóneos de inseminación artificial".<sup>58</sup>

Existe un profundo radicalismo en este país como se puede observar ya que tiene restricciones en lo que hace a la inseminación homóloga ya sea de su esposo o de un tercero y hasta existe una sanción tanto para la inseminada como para el tercero.

En Italia, en 1959, se presentó un proyecto de corte indudablemente persecutorio, avalado por Ricio, Russo y Furzio, entre otros, que castigaba, en realidad, todo tipo de inseminación, con el siguiente artículo:

Artículo 1o.- La mujer casada que permita sobre sí la inseminación artificial heteróloga, aunque haya existido el consentimiento del marido, será castigada con reclusión de tres meses a tres años.

Artículo 2o.- La mujer soltera que permita sobre sí la inseminación artificial será castigada con reclusión de seis meses a tres años.

Artículo 3o.- El que realice prácticas inseminatorias sobre mujer, aún con su consentimiento, será castigado con reclusión de tres meses a tres años. La misma pena se aplicará al marido que haya consentido la inseminación heteróloga de su esposa.

Artículo 4o.- Los cónyuges que soliciten y permitan la inseminación artificial homóloga, serán castigados con reclusión de tres a seis meses.

Artículo 5o.- El marido puede desconocer el hijo concebido durante el matrimonio mediante inseminación artificial homóloga, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 235 del Código Civil.

Ninguno de estos proyectos, sin embargo, alcanzó vigencia legislativa y fueron archivados como ocurre con muchas ideas que responden en principio a una teoría totalitaria incluso en el campo de la moral familiar, una vez que el espíritu se serena y la razón se impone.

---

"Biogenética, Filiación y Derecho", idem. ibid. pag. 112.

En el Código Penal Alemán en 1962, hubo un proyecto que asimilaba la práctica de la inseminación artificial heteróloga al adulterio, negando trascendencia al consentimiento de los interesados. El proyecto de referencia, disponía en su artículo 203, bajo el rubro " Delitos contra el matrimonio, la familia y el estado de las personas " decía:

- 1).- El que ejecuta sobre una mujer una inseminación artificial, será castigado con prisión hasta por tres años.
- 2).- La mujer que permitiere sobre sí misma una inseminación artificial, será castigada con prisión de hasta dos años o con arresto penal.
- 3).- Los párrafos 1 y 2 no serán aplicables cuando el médico, con consentimiento de ambos cónyuges, insemine con semen del marido a la mujer.
- 4).- Si el hecho del párrafo 1 fuera ejecutado sin consentimiento de la mujer, la pena de prisión no será superior a seis años.<sup>59</sup>

En aquellos tiempos, el disvalor moral y ético profesional imputado a la inseminación artificial heteróloga, era perfectamente comprensible, no sólo por el estado emocional creado por el desarme sino además, por la sensibilidad con que la opinión pública reaccionó en Alemania en los años anteriores al proyecto, en relación a la mujer inseminada, se dijo que su conducta constituía un "adulterio psicológico", criticando al marido su participación en ese "acto de perversión", al tiempo que se aconsejaba a los médicos que no se "ensuciaran" con acciones que contrariaban la moral y la ética profesional, como la inseminación heteróloga.<sup>60</sup>

Sin embargo, la opinión pública cambió. ya en el IX Congreso Internacional de Derecho Penal

---

"  
idem. ibid. pag. 113.

"  
"Biogenética Filiación y Derecho" idem. ibid. pag. 114.

celebrado en La Haya en 1964, la iniciativa alemana chocó con el rechazo total de las delegaciones extranjeras; los debates revelaron un verdadero "aislamiento normativo" de la República Federal Alemana. El Congreso se pronunció por una gran mayoría en el sentido de que la inseminación heteróloga no debía prohibirse penalmente, salvo caso de que la inseminación tuviera lugar sin el consentimiento de la mujer.

Nadie discute que el problema del disvalor moral y ético-profesional de la inseminación artificial subsiste todavía pero todos sabemos que las convicciones morales ya que en las sociedades pluralistas, el derecho penal ha dejado de ser la "instancia moral del ciudadano", limitándose a regular la vida en común y a proteger los intereses fundamentales del ordenamiento.

El Código Italiano de 1942, pionero en este tema dispuso en su artículo 50. que "los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos, cuando ocasionen una disminución permanente en la integridad física, o cuando fuesen contrarios en otra forma a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

Pese a la apariencia terminante del precepto, pues han de entenderse permitidos los actos que no comporten una disminución física permanente, que es lo que ocurre con las partes corporales regenerables como sería el pelo, la sangre, la leche materna e incluso la piel.

Muchos investigadores, además de Edwards y Steptoe de Inglaterra, están realizando experimentos de ectogénesis. Landrom Shettles ha hecho este tipo de trabajo en Norteamérica y Daniele Petrucci, un biólogo y genetista italiano, proclama haber mantenido un feto vivo durante 59 días en un tubo de ensayo, murió a causa de una falla técnica.

Se ha sabido en otros países de igual manera se han realizado pruebas científicas como la realizada

en Rusia en 1966, en la que anunciaron que habían logrado mantener vivo más de 250 embriones humanos; por mucho más tiempo de lo que había logrado Petrucci. Se informó que un feto había vivido seis meses y llegó a un peso de 500 gramos antes de morir.

Por el contrario, en el Derecho italiano, la presunción de la paternidad del marido no renace con la conciliación o unión de los cónyuges, habiendo rechazado la Comisión Reformadora una propuesta de enmienda del senador Carraro, la cual restablecía la funcionalidad de la presunción si en el período de la concepción hubiera tenido lugar una unión entre los cónyuges, aunque solo fuese momentánea, siempre que resultara probable la concepción por obra del marido. No se acepta la concepción con la idea de que admitirla hubiera importado desalentar las ocasiones de una posible reconciliación o aproximación entre los cónyuges por el temor de los interesados de favorecer con tal actitud situaciones de ambigüedad y sospecha.

Resulta interesante destacar el novedoso criterio adoptado por el Código Civil Francés con la reforma de 1972, la presunción de paternidad del marido no renace únicamente en el supuesto de una unión de hecho entre los cónyuges que torne verosímil la paternidad, como acabamos de ver, sino también cuando el hijo goza en relación con los esposos la posesión de estado de hijo legítimo. Es decir que la presunción no solo reclama vigencia por la cohabitación entre los cónyuges durante la época de la concepción que torna posible la paternidad del esposo de la madre, sino que se pone el acento en el trato proporcionado al hijo como signo de que el marido es el padre.

Es cierto que la posesión de estado de hijo matrimonial supone, generalmente, la reconciliación entre los esposos y la convivencia entre ellos; el legislador francés, no indaga sobre tal hecho, y solo toma en cuenta la vinculación del hijo con los esposos. Es de esta relación que induce la paternidad del marido. Queda comprendido aquella situación en la cual no hubo relaciones sexuales entre los

esposos, pero donde el marido ha perdonado el adulterio de su mujer y ha aceptado dentro del hogar a un hijo que no es el suyo.

En síntesis, la legislación francesa adopta dos caminos para restablecer la presunción de la paternidad del marido: posesión de estado de hijo matrimonial, o reunión de los esposos fueron incidentales y no configuran una verdadera reconciliación apreciable públicamente, la mejor forma de probar su existencia ha de surgir de la conducta del marido hacia el hijo

En la legislación italiana, si bien se contempla la separación fáctica, esta debe ser homologada por el juez para que cese la presunción de la paternidad del marido. El hijo nacido después de los trescientos días de la mencionada homologación judicial, es considerado extramatrimonial. Si la mentada separación no es fruto de la desición común y no tiene exteriorización judicial, únicamente puede ser esgrimida como causa para impugnar la paternidad, si se prueba que se efectivizó durante la época de la concepción.

Los comentaristas explican el criterio adoptado y lo justifican sobre la base de que de tal modo se reducirá el ámbito de las situaciones anormales no reguladas por el Derecho; teniendo en cuenta de que muchos solo se contentan con la mera separación de hecho, sabiendo entonces los interesados que de acuerdo con la nueva regla podrán evitar procedimientos por eventuales desconocimientos de paternidad, se apresuran a regularizar su situación, cumpliendo con los requisitos establecidos. En Italia a raíz de la reforma de 1975, se presentaron varios proyectos, en dos de los cuales la impugnación de la paternidad podía tener lugar solo en el caso de que el marido no hubiese prestado acuerdo.

Por lo que se considera aprobatorio que se presenta una situación de tal, ya que sin el consentimiento del padre del menor por nacer es imposible un reconocimiento.

Se observa idéntica evolución, la mayor parte de los autores modernos, desde hace unos treinta

anos, se inclinan por la legitimidad del hijo concebido antes del matrimonio y nacido después de su celebración. Lo único que discuten algunos autores es si ese hijo es legítimo desde el momento de la concepción, o desde el matrimonio.

Entre los autores italianos, la cuestión es mas debatida por la notable influencia de Cien, firme defensor de la teoría de la legitimación y la gran audiencia que ha adquirido en su propio país y fuera. Sin embargo, podría hablarse hoy de un moderno y notable predominio de la tesis de la legitimidad, con argumentos varios.

El Código Italiano de 1865, y observando que la impugnación de la paternidad solo era posible en casos limitados en numero y condiciones, sin que pudiera declararse la ilegitimidad fuera de tales situaciones, aunque pareciera evidente y aun probada o probable la falta de paternidad marital, concluía que la propia Ley no considera tal propuesta como esencial para la legitimidad, y que hay legitimidad inatacable aun en defecto de tal paternidad.

Encontraba también como argumento favorable a su tesis el precepto del artículo 169 del mismo código, en base al cual considera legítimo al hijo "aun nacido diez o veinte anos después de la muerte del marido", cuando "es fisiológicamente cierto que no fue concebido por obra del difunto marido".<sup>61</sup>

El Derecho de Filación de los países latinos, particularmente, esta también muy influido, de otro lado, a lo largo del siglo XIX, por dos ideas capitales: que la paternidad es cosa imposible o muy difícil de probar y ante tal situación la duda debe aprovechar al hijo, prevaleciendo casi siempre la presunción de la paternidad legítima en los casos de disensión de la paternidad del marido; en ese terreno, con frecuencia, una cruda verdad, no siempre debe ser conocida, o mas vale que no lo

---

<sup>61</sup> "La Presunción de la Paternidad Legal", idem. ibid. pag. 69.

sea, a veces lo peor en ella no esta en su maldad intrínseca, sino en que sea descubierta y conocida. Ambas ideas están hoy plenamente superadas.

Las ciencias biológicas han avanzado extraordinariamente y hoy puede probarse con seguridad indiscutible la no paternidad, y hasta la paternidad en ciertos casos, la duración muy aproximada de la gestación, época de la concepción, época en que no puede tener lugar, el derecho no puede ignorar tales conquistas ni vivir de espaldas a la realidad científica del momento. También de irreal ha quedado la segunda de aquellas ideas tachada de hipócrita y burguesa, incompatible con la moderna búsqueda, obsesiva a veces, de la verdad en todos los campos: religioso, político, sociológico, científico, histórico.... Las últimas regulaciones legales en el derecho comparado según los lineamientos de la reforma del artículo 250 del Código Civil en cuanto al cese de la presunción de la paternidad del marido en los casos de separación provisoria o definitiva de los cónyuges en artículo 232, ref. Ley 1975 del Código Civil Italiano, Proyecto del Código Civil Español.

En muchos de ellos una separación de carácter judicial pero al mismo tiempo tales ordenamientos disponen la falta de operatividad de la presunción en el caso de separación de hecho entre los esposos. Se aprecia, una orientación dirigida a restringir el alcance de la presunción de la paternidad del marido al supuesto de mantenerse la convivencia entre los esposos, teniendo en mira el principio de verdad biológica.<sup>62</sup>

#### d) EN INGLATERRA

Si partiéramos del 25 de julio de 1978, en que nació Louise Brown en el Hospital General de Oldhom Inglaterra, conocida como el primer "bebe de probeta", del mundo, las anécdotas se han

---

“  
idem. ibid. pag. 76.

venido sucediendo en La Gran Bretaña, Australia y los Estados Unidos, al grado que, en la actualidad, apenas diez años y contra la oposición de teólogos y moralistas, más de 600 niños han nacido ya mediante este método.<sup>63</sup>

Desde el punto de vista teórico, podemos afirmar que si el problema de la mujer consiste en la obstrucción irreparable de las trompas de Falopio, pero su ovulación y su capacidad de gestar no tan limitados, entonces la situación clínica sería la fecundación homóloga *in vitro* de uno o varios de sus óvulos y la transferencia posterior de los mismos al interior de la mujer << FIVTE O FIVET, por sus siglas en inglés >>.

La reacción humana "in vitro" ED 79-897 y 898 Llamadas, la fecundación ante la intervención de un tercero será la que dice nuestro autor que si la fecundación se ha logrado mediante el empleo del elemento masculino del tercero, el marido de la madre podrá desconocer su paternidad sobre el hijo, deduciendo la acción judicial respectiva y acreditando que esta se realizó con semen ajeno al suyo, solución que no varía por el consentimiento precedente que hubiera dado el marido pues en materia de orden público como la presente, es incompatible la voluntad de los interesados: son los hechos los que mandan y los fueros de la verdad los que imponen su respeto sin perjuicio sin calificar como injuria habilitante del divorcio, el tardío arrepentimiento del marido que antes se manifestó conforme con la fecundación heteróloga de su mujer, y de exigirle una indemnización, considerando el arrepentimiento como un hecho ilícito.

Hablando en los términos de disponer de esos socios genéticos exactos << gemelos que piensen y actúen igual >>, aceptarían injertos entre ellos, de ahí la posibilidad de establecer un sistema práctico y eficaz de repuestos para organismos humanos. En este terreno, Australia y Gran Bretaña

---

<sup>63</sup>"Biogenética, Filiación y Derecho, *idem. ibid.* pag.34.

tienen probablemente las técnicas más avanzadas que podrían permitir clonar seres humanos y los dos países sentarán importantes precedentes que pudieren servir de modelo en la regulación de este campo expansivo.<sup>64</sup>

El Comité Warnock, por ejemplo, consideró que los científicos quizá no fuesen las personas mejor situadas para regular sus propias actividades, por lo que recomendó que se creará un organismo legal, el que autorizaría estas investigaciones y fijaría las directrices de actuación.

También el Common Law inglés conoció de antiguo la regla *pater is est*, que acepto del derecho romano (el civil Lao para ellos). Por lo menos desde el siglo XII se adopto la máxima romana ante la imposibilidad de probar positivamente la paternidad de un hijo nacido en matrimonio. No se olvide que el Common Lao ha considerado siempre legítimo al hijo nacido en matrimonio, no admitía, an cambio, la legitimación y el nacido antes del matrimonio era siempre bastardo ya a mediados del siglo XVIII, el clásico se manifestaba en esos términos, e invocaba la regla celebre de Paulo. También de siempre, y aún ahora, el derecho inglés ha prescindido de plazos legales de gestación, cuestión de puro hecho y prueba libre al igual que las pruebas contra la presunción de paternidad, siendo clásica la de la ausencia del marido << *extra quatuor maria* >>.

En Gran Bretaña y en los Estados Unidos, el doce por ciento de las parejas tienen problemas de infertilidad y el quince por ciento de tales casos el marido es el responsable. No conocemos datos actuales de la esterilidad en la Argentina; según una estadística de 1950, ésta afectaba al diez por ciento del total de los matrimonios. En cuanto a la fecundación de la esterilidad masculina, femenina y mixta, datos de 1962 indican la siguiente proporción: masculina 36 %; femenina 31.7

---

“  
idem. *ibid.* pag. 245.

%; mixta 26.1 %; y desconocida 5.1 %.<sup>65</sup>

Así como en otros países, existen otros que cuentan con un nivel de apreciación para conocer el avance de conocimiento de cuantas familias tienen la necesidad de recurrir a este método de procreación inseminal, producida por la necesidad de ver extendida su generación de su propia sangre o sangre de alguno de los dos progenitores, esto es que la inseminación de un tercero, aún así llevará la sangre de alguno de los dos.

El hijo concebido en matrimonio, en virtud de fecundación homóloga es considerado únicamente como legítimo, por virtud de la fuerza de la regla << pater is est >>, que no discrimina según casos o sencillamente porque el marido es progenitor de ese hijo, tanto fisiológicamente como volitivamente, por haber dado su consentimiento para que el hijo nazca y para el procedimiento seguido.

La legitimidad alcanzaría incluso al hijo nacido después de los trescientos días siguientes a la muerte del marido, si se prueba que la madre ha sido fecundada con semen del marido obtenido antes de su muerte se aplicará el artículo 234 del Código Civil Italiano que dice que la legitimidad de ese hijo puede ser discutida, lo mismo podría decirse en Derecho Español en relación con el artículo 111 del Código Civil. La cuestión en este punto es la del juego de esta inseminación en la impugnación de la paternidad por imposibilidad física de acceso, intentado por el marido, si el semen fue remitido a distancia y la mujer fecundada con él cuando el marido se encontraba y estaba durante todo el período legal, alejado de ella. En principio, con la disposición legal que hace de aquella imposibilidad, una causa de impugnación, parecería que debe tener éxito esa acción. Sin embargo, reconocen muchos autores, y parece procedente, que debe concederse a la esposa y al hijo

---

"  
"La Presunción de la Paternidad Legítima" idem. ibid. pag. 194.

el derecho a oponer la inseminación artificial practicada, no solo en cuanto a realidad fáctica eficiente, sino para combatir la lealtad del marido, que habiendo dado su consentimiento y cooperación para la inseminación, impugna luego la paternidad.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> "La Presunción de la Paternidad Legal". *idem. ibid.* pag.388.

## CAPITULO CUARTO

### IV. ANALISIS LAGISLATIVO DEL PROCEDIMIENTO

La falta de legislación en el Derecho mexicano sobre la inseminación artificial, nos lleva a nuestra máxima carta magna, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para analizar el tema que nos ocupa empezaremos por decir que la alianza que existe en nuestras leyes precisa de ser complementada para darle una regulación jurídica a la práctica de la inseminación artificial en nuestro país y por la necesidad mencionada diremos que en su artículo cuarto dice:

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

Dándole una interpretación al artículo en cuestión diremos que le da el derecho a la persona a tener hijos responsablemente y no solo da el derecho a procrear sino a utilizar los medios vigentes para un mejor control de la natalidad por lo que deja en la libertad de utilizar los avances científicos como lo es la procreación asistida.

El precepto nos habla con claridad de que en la familia los hijos son concebidos no solo los que se crean por una relación sexual sino que se debe planear, tomando como base los avances científicos que permiten limitar el número de hijos sin poner en riesgo la vida de la madre, de esa manera podemos decir que tenemos la libertad de hacer uso de los adelantos científicos como lo es la tan mencionada inseminación artificial en los seres humanos y de esta manera los que ejercen el derecho de decidir pueden tomar una decisión consiente y responsable para lograr la maternidad o la paternidad.

Como ha escrito Ploseove dice "Toda nuestra legislación sobre la familia corresponde a los

derechos, deberes y obligaciones de padres e hijos está basada en la procreación de los hijos por los medios naturales de <<acción sexual>>. Al devenir las nuevas técnicas se producen situaciones de hecho que ya no pueden ser sucumbidas en las antiguas regulaciones. La legislación acusa ahora una laguna que es preciso colmar. Pero tiene razón Savatier al decir "Será preciso consultar tanto el espíritu como la letra de estas disposiciones para adoptar su contenido a los problemas nuevos".<sup>67</sup>

Atendiendo al principio de derecho que dice "Lo que no está prohibido por la Ley, está permitido", por tanto, el principal interesado puede hacer uso valido de la Inseminación Artificial, ya en su persona o en la de su esposa".<sup>68</sup>

#### **a) LEY GENERAL DE LA SALUD**

Al analizar la forma en que es regulada la Inseminación Artificial en la especie humana, y en la Ley General de la Salud, por lo que diremos que esta ley fue publicada el 7 de febrero de 1984, e inicio su vigencia a partir del primero de julio del mismo año, teniendo una duración de ciento cuarenta y cuatro días en *vocatio legis*.

El ordenamiento antes invocado deroga el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos del 26 de febrero de 1973, publicado en el Diario Oficial del día 13 de marzo de dicho año, Código que en ninguno de sus artículos contemplo la Inseminación Artificial en seres humanos. Por otra parte el derecho que todo individuo tiene a la salud el legislador lo elevó a rango Constitucional, como se desprende del artículo 4o. de nuestra carta magna y del artículo primero de la ley

---

<sup>67</sup>  
Ploscover Morris., "Your Test Tube Baby may be illegitimed". New York., 1949. pag.20.

<sup>68</sup>  
"Your test tube baby may be illegitimed " *idem*.*ibid*. pag.449.

reglamentaria de aquel, este ordenamiento establece las bases y modalidades para el acceso de los servicios a la salud y la concurrencia de la Federación y los Estados Federativos en materia de Salubridad General. Siendo de aplicación en toda la República y sus disposiciones de Orden Público e Interés Social.

El derecho de todos los seres humanos a la protección de los mismos, tiene las siguientes finalidades que son: El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir el ejercicio pleno de sus capacidades.

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

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

Para los efectos de esta Ley, se entiende por ser vicios de salud todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad.

En el título quinto Investigación para la Salud como Capítulo Unico dice a la letra en su artículo 98 de la Ley en cuestión:

"En las instituciones de salud, bajo la responsabilidad de los directores o titulares respectivos y de conformidad con las disposiciones aplicables, se constituirán; una comisión de investigación, una comisión de ética en el que se realicen investigaciones en seres humanos, y una comisión de bioseguridad, encargada de regular el uso de técnicas de ingeniería genética. El Consejo de Salubridad General emitirá las disposiciones complementarias sobre áreas o modalidades de la investigación en las que considere que es necesario".

Todo riesgo que pudiera poner en peligro no solo su vida sino la integración física del individuo le corresponde por derecho a las autoridades sanitarias que en este caso corresponde ya que es necesario que se encuentren enterados en caso de alguna violación por parte de alguna institución, deberá tomar conocimiento del asunto como autoridad responsable de la salud de la ciudadanía y

los particulares están en la facultad de denunciar cualquier abuso que sean víctimas, es por lo que se considera que las autoridades tendrían que hacer una revisión minuciosa para evitar que se den prácticas clandestinas de actividades ilícitas que no solo pueden provocar esterilidad por vida sino poner en peligro la vida misma del ser humano.

Si bien es cierto que debe haber un control y supervisión por la Ley de la Salud, ésta se desarrollará conforme a los puntos requeridos:

I.- Deberá adoptarse a los principios científicos y éticos que justifican la investigación médica, especialmente en lo que se refiere a su posible contribución a la salud de problemas de salud y al desarrollo de nuevos campos de la ciencia médica;

II.- Podrá realizarse solo cuando el conocimiento que se pretenda producir no pueda obtenerse por otro método idóneo;

III.- Podrá efectuarse solo cuando existe una razonable seguridad de que no expone a riesgo ni daños innecesarios al sujeto en experimentación;

IV.- Se deberá contar con el conocimiento por escrito del sujeto en quien se realizará la investigación o de su representante legal en caso de incapacidad legal de aquel, una vez enterado de los objetivos de la experimentación y de las posibles consecuencias positivas o negativas para su salud;

V.- Sólo podrá realizarse por profesionales de la salud en instituciones médicas que actúan bajo la vigilancia de las autoridades sanitarias competentes;

VI.- El profesional responsable suspenderá la investigación en cualquier momento, si sobreviene el riesgo de lesiones graves, invalidez o muerte del sujeto en quien se realice la investigación, y

VII.- Las demás que establezca la correspondiente reglamentación.

Como lo señala la Ley en su artículo 100 de la Ley General de la Salud.

En relación con lo antes expuesto, en el Título Décimo Sexto relativo a las autorizaciones y certificados Capítulo I artículo 368 que dice: "La autorización sanitaria es el acto administrativo mediante el cual la autoridad Sanitaria competente permite a una persona pública o privada la realización de actividades relacionadas con la salud humana, en los casos y con los requisitos y modalidades que determine esta ley y demás disposiciones generales aplicables.

Las autoridades sanitarias tendrán el carácter de licencias, permisos, registros o tarjetas de control sanitario".

Para los efectos de esta ley, se entiende por certificado la constancia expedida en los términos que establezcan las autoridades sanitarias competentes, para la comprobación o información de determinados hechos << artículo 388 >>; para la expedición de dichos certificados será necesario que quede claramente asentado que la mujer solicitante para ser inseminada deberá ser totalmente estéril y que se ha realizado exámenes que lo comprueban, así como alcalde firma ella y su cónyuge dando así su consentimiento, por lo que deberá decir que recurre al medio inseminario y que en su matrimonio no cuenta con hijo alguno, siendo un requisito indispensable para el buen desarrollo físico y mental del menor, ya que cuentan con los medios económicos, culturales, sociales que deberán demostrar los solicitantes.

Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuera menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, sino se produce el embarazo como resultado de la inseminación, se impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.

Por lo que es necesario señalar la sanción a la que está expuesto como lo señala el artículo 417 "La sanción Administrativa podrán ser:

I.- Multa

II.- Clausura temporal o definitiva que podrá ser parcial o total y,

III.- Arresto hasta por treinta y seis horas".

## **b) CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

En el anteproyecto del Código Civil de 1954, se dispone que el padre podrá sin necesidad de otra prueba, desconocer la legitimidad del hijo concebido durante la separación de los esposos, judicial o durante la ausencia de uno de los cónyuges, siempre que no se acredite que durante el período mencionado hubo reconciliación de los esposos, aún transitorio << artículo 508 >>.

La separación de hecho entre los cónyuges no ha sido considerada hasta el presente, en general por todas las legislaciones, como una circunstancia de entidad suficiente para desvirtuar la presunción de la paternidad marital.

Esta orientación tiene coherencia con el principio de verdad biológica, ya que es evidente que si los esposos no convivieron durante la época de la concepción cae el sustento básico de la presunción que a su vez se apoya, en una presunción de cohabitación.

La modificación introducida por la reforma de 1968 ha implicado un avance en relación con la situación anterior en cuanto al cese de la presunción de la paternidad del marido frente a la separación de los cónyuges unida a una demanda de divorcio o nulidad de matrimonio.

No resuelve los problemas que nacen de la mera separación fáctica, la armonía entre el vínculo biológico-social y el jurídico aparece perturbado se merecen los conflictos de paternidad en cualquiera de sus formas, y aumenta la inestabilidad del estado de familia ante la posibilidad de coexistencia del reconocimiento de un tercero y la presunción de la paternidad del marido.

En relación al Derecho español es innegable que el principio de << verdad biológica >> ha tenido un papel de primera instancia en la reforma del derecho de familia. Aunque sólo sea por gracias a él ha desaparecido la categoría de los llamados << hijos ilegítimos no naturales >>, de modo que todo nacido puede pretender encontrar un padre y una madre, el principio y quienes lo reconocieron merecen nuestro reconocimiento.

No hay duda de que en este Código hay expresiones decisivas que son reflejo de dicho principio. Así, cuando al principio del artículo 112 se nos dice que la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar se está presuponiendo que el hecho biológico de la procedencia genética de un ser humano respecto de otro es la jantespeoie a la que el ordenamiento conecta con la consecuencia consistente en la relación jurídica de paternidad filiación.

La disolución del matrimonio comprende el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges o el divorcio vincular durante la vigencia del artículo 31 de la Ley 14.394.

El plazo máximo de duración del embarazo aceptado por nuestra Ley es de trescientos días artículo 77 del Código Civil "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".

Esta presunción es imperativa, o sea, no admite prueba en contrario; por consiguiente es hijo extramatrimonial el nacido después de transcurrido dicho lapso desde el momento de la disolución. Al considerarse que el hijo no ha sido concebido durante la existencia del matrimonio, no funciona la presunción del marido. Nadie podrá probar, aún cuando el período de gestación hubiera sobrepasado el término de trescientos días, que el nacido ha sido gestado por el marido durante el matrimonio.

La interpretación a contrario sensu, dice en su artículo 359 "Pueden gozar también de ese derecho

los hijos de quien la mujer está encinta, o que lo reconoce si aquella estuviere encinta".

En definitiva la interpretación de la expresión reconciliación privada, incide en la distribución de la carga de la prueba y en los hechos a verificar. Conforme aquella corriente que estima suficiente la unión ocasional o incidental para el reconocimiento de la presunción de la paternidad del marido, probada tal circunstancia el esposo sólo podrá desconocer su paternidad dentro del régimen restrictivo artículo 252 del Código Civil "Ejecutoriada la sentencia que declara la nulidad, el tribunal, de oficio, enviará copia certificada de ella al juez del registro civil ante quién pasó el matrimonio, para que al margen del acta ponga nota circunstanciada en que conste: la parte resolutive de la sentencia, su fecha, el tribunal que la pronunció y el número con que se marcó la copia, la cual será depositada en el archivo".

El hijo nacido después de los trescientos días del cese de la convivencia de los cónyuges, en el caso de juicio de divorcio o nulidad del matrimonio, es extramatrimonial, pues no funciona la presunción de la paternidad del marido. Si se sostiene su carácter de hijo matrimonial, tal calidad deberá ser acreditada mediante la respectiva acción de reclamación de estado artículo 259 del Código Civil que dice "Luego que la sentencia sobre la nulidad cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos y el juez resolverá a su criterio de acuerdo a las circunstancias del caso, demostrándose que los esposos han recommenzado la unión dentro del período de la concepción".

De acuerdo al artículo 251 del Código Civil, el hijo nacido del marido declarado ausente, después de los doscientos días desde el primer día de la ausencia, tiene carácter matrimonial, pues subsiste la presunción de la paternidad del marido. Esta interpretación surge claramente del texto legal, al disponer dicho artículo que los herederos presuntivos del marido pueden intentar contra el hijo nacido después de los trescientos días contados a partir del primer día de ausencia una acción

negatoria de paternidad.

En caso del declarado ausente con presunción de fallecimiento, los herederos pueden desconocer la paternidad del marido, basándose en un mero cotejo de fechas; sin embargo, si tal acción no es ejercida, el hijo nacido en las circunstancias antes mencionadas y que ha sido inscripto como matrimonial conserva dicho carácter. Más aún, la forma en que se halla redactado el artículo en cuestión ha permitido sostener que la acción de desconocimiento de paternidad del marido queda subordinado a un interés patrimonial, por lo cual, si los herederos encuentran en posesión de los bienes y la madre no los reclama nadie podrá atacar la legitimidad del hijo. Si se aplicará este criterio, se cerrará el único camino que cabe al verdadero padre para reconocer a su hijo.

Igualmente la separación de hecho entre los cónyuges ha constituido un medio para demostrar el último extremo exigido por artículo 252 del Código Civil. En efecto, probados el adulterio y la ocultación de parto, el interesado debe acreditar todos los hechos que justifiquen el desconocimiento del hijo. En tal sentido, en una sentencia se señala que al concurrir el adulterio, y ocultación del parto, basta al marido probar la imposibilidad de cohabitación con la mujer, imposibilidad ésta que quedará configurada con la separación de hecho y la convivencia de la esposa con un tercero por la imposibilidad de que el cónyuge pudiera pensar en visitar a la esposa en tales condiciones o que ella quisiera recibirlo viviendo con un tercero. Esta deducción basada en un hecho científico se adujo, es incontestable, como la generación proviene del contacto con un hombre, si éste no es el marido por fuerza habrá de serlo de un tercero.

Sobre las diversas implicaciones religiosas, morales o psicosociales de la inseminación artificial, particularmente de la practicada con semen de un donante, se presentaron dos opiniones antagónicas. En uno se consideraba indispensable la regulación de este procedimiento de fecundación por ser una realidad que debía ser contemplada; en el otro estimaba que la solución de todos los problemas de la inseminación artificial tenían su respuesta en las normas vigentes.

Nuestro ordenamiento permite decidir los diversos casos que se presenten. La opinión que siguió esta última orientación se dice que El Código Civil tiene en sus artículos la solución de todos los problemas de la inseminación artificial contemplada como un hecho y también como de la buena o mala fe de cualquiera de los cónyuges o de las personas, se trata de hijos legítimos o ilegítimos. Producida la controversia, para determinar la paternidad discutida se apela a la prueba directa del vínculo, y la demostración de que el marido no es el padre no podrá referirse a los presupuestos de un engendramiento normal. En definitiva, en los casos de inseminación artificial o filiación extracorporia puede mantenerse la presunción de la paternidad del marido de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 245 de la multicitada ley, como un efecto del matrimonio para la demostración de aquel, no es el padre del nacido no podrá hacerse por vía de las causales establecidas en los artículos 246 y 252 del Código Civil.

En las hipótesis de inseminación artificial homóloga o fecundación extraterina con óvulo de la esposa y semen del marido, el fundamento de la filiación matrimonial del nacido no es el nexo biológico que lo une a los cónyuges; empero, por el modo en el que se ha producido la gestación, no es posible alegar, para desconocer la paternidad del marido, como ya lo hemos señalado, la imposibilidad de acceso a la mujer según el artículo 246 del Código Civil, porque la concepción no ha sido consecuencia de una relación sexual, es aplicable la cual de adulterio y ocultación del parto artículo 252 del Código Civil.

Así como también otros autores sostienen que el acto de consentimiento no tendría efecto alguno por ser contrario a las buenas costumbres; la voluntad negocial no sería eficaz y solo habría que atenerse a la verdad biológica.<sup>69</sup>

En la tesis expuesta agrega que si el marido no impugna la paternidad dentro del término

---

“Acción de Impugnación de la Paternidad” idem. ibid. pag. 118.

establecido en el artículo 254 del Código Civil, la filiación matrimonial del hijo se consolida y nadie puede reclamar sobre su legitimidad.

La orientación que da fuerza a la separación de hecho pero solo cuando ha sido posterior a la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, si bien amplía notablemente la extensión del artículo 250 del Código Civil en relación con el criterio que exige una separación concretada judicialmente, deja fuera del contexto legal la mayor parte de los casos de divorcio, donde el cese de la convivencia entre los esposos tiene lugar ante sí de la respectiva demanda. Se constata empíricamente que, de ordinario, previo a la promoción de la acción, los cónyuges ya han terminado la vida en común. Es más tarde cuando deciden formalizar la ruptura.

En nuestra opinión para que el artículo 250, tenga una auténtica eficacia en cuanto a la problemática que intenta resolver, y hasta tanto no se produzca una reforma que otorgue una fuerza independiente la separación de hecho como circunstancia concluyente de la presunción de la paternidad del marido, debe admitirse una comprensión amplia, y los trescientos días computarse desde que se produjo la separación de hecho entre los cónyuges, se haya originado ésta antes o después de la interposición de la demanda de divorcio o nulidad de matrimonio. Estamos ante un principio que de seguir vigente daría una opción que nos permitiría dirimir el tema que nos ocupa como lo es la paternidad que le corresponde a un hijo nacido de una Inseminación Artificial.

Sólo el padre es apto para reconocer su paternidad y la madre su maternidad, por separado o conjuntamente. En el primer párrafo del artículo 250 se prohíbe declarar el nombre de la persona con quién se tuvo el hijo, a menos que esa persona lo haya reconocido ya o lo haga en el mismo acto. Es el texto del sustituido artículo 334 del Código Civil y propuesto por Belluscio.

### **c) CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES VIGENTES PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

Nos proponemos esencialmente examinar las consecuencias jurídicas de la Inseminación Artificial o Fecundaciones Extrauterina en cuanto al estado filial del nacido. Partimos, del nacimiento de la criatura engendrada por tales procedimientos para establecer cual es su condición dentro de nuestro ordenamiento y cuales los preceptos más adecuados para regular tales situaciones, es decir arrancamos de un hecho irreversible <<el nacimiento de un niño>> para determinar su posición jurídica respecto del marido de la madre en que puede ser desplazado de su estado de familia. Incluso, la condena del medio empleado, si llegase a tipificársele hipotéticamente como un delito, no podrá evitar resolver el problema del emplazamiento del hijo concebido con las técnicas mencionadas. Nadie puede imaginar la supresión del nuevo ser originado con tales medios por lo que al margen del juicio ético o de conveniencia que merezcan, es menester tener claridad sobre la situación legal del niño y formular soluciones que lo protejan.

La ley, al dejar sin efecto la presunción de la paternidad del marido, solo cuando los cónyuges han promovido demanda de divorcio o nulidad de matrimonio, ha tomado en cuenta en realidad el sector de la población que acude a la justicia para formalizar la ruptura matrimonial pero no contempla la dificultad que se crea aquellos que no promueven el juicio por falta de recursos o por ausencia de cuestiones litigiosas a resolver <<tenencia de hijos, alimentos o bienes a dividir>>.

Esta cuestión se agrava porque al no existir el divorcio vincular, es mayor el número de separaciones de hecho sin dar a conocer judicialmente hablando su nueva situación civil, por lo que al ser solo separaciones fácticas el desconocimiento paterno es más frecuente.

El proceso en cambio, el cumplimiento de la función paterna por parte del hombre que convivía con

la madre, no tuvo incidencia alguna frente a la presunción de la paternidad del marido, el grado de acogimiento de los demás, desde el punto de vista cuantitativo, según la variable posesión de estado del hijo, el resultado del proceso según la variable posesión de estado arroja los siguientes resultados.

Resultado del proceso según la variable posesión de estado.

SITUACIÓN	No. DE CASOS	PROSPERA LA ACCIÓN	SE RECHAZA LA ACCIÓN	TOTAL
Ausencia de posesión de estado frente al marido	31	13 (42 %)	18 (58 %)	100 %
Posesión de estado del hijo respecto de otro hombre	10	4 (40 %)	6 (60 %)	100 %
Existencia de posesión de estado frente al marido	6	6 (100 %)	-	100 %

Los resultados demuestran que la ausencia de posesión de estado del hijo frente al esposo de la madre, no es una variable definitoria del éxito o rechazo de la acción. Tampoco ha tenido incidencia en la decisión judicial el haberse hecho cargo el presunto padre biológico de la función paterna. En cambio, puede observarse que en todos los casos en que el niño gozaba de posesión de estado frente al marido de la madre, la demanda de desconocimiento de su paternidad ha sido rechazada.

En el cuadro siguiente demostrará que en la mayor parte de los casos de impugnación de la paternidad del marido, el niño aparece registrado como hijo matrimonial el 60%, pero si consideramos la participación directa del marido en la inscripción del hijo, probablemente la proporción se reduzca notablemente. Los casos en que el nacido aparece registrado de modo irregular <<2,3,4,5 y 7 en el cuadro>>, se presentan en una dimensión importante del 34%.

Forma de inscripción del nacido en los casos presentados.

FORMA DE INSCRIPCIÓN	NUMERO DE CASOS	PROPORCIO N
1. Como hijo de los cónyuges.	31	64 %
2. Como hijo de un tercero y la madre con el apellido de soltera.	7	14 %
3. Como hijo de madre soltera y padre desconocido.	7	14 %
4. Como hijo de un tercero y madre desconocida.	1	2 %
5. Como hijo matrimonial y posterior reconocimiento de un tercero.	1	2 %
6. Sin inscripción al momento de promoverse la demanda.	1	2 %
7. Padres desconocidos y posterior reconocimiento de la madre.	1	2 %
total	49	100 %

Se observa una correlación positiva entre la forma de inscripción irregular y la ausencia de posesión de estado del nacido respecto del esposo de la madre. Por el contrario, el título de estado de hijo matrimonial que ostenta lo oriatura en virtud de este modo de anotación, no es índice de que exista posesión de estado del niño frente al marido. El nombre, como un elemento de la posesión de estado no posee en el caso de desplazamiento del estado filial matrimonial, el valor que juega en una acción de reclamación de filiación extramatrimonial.

La correlación entre el resultado del juicio y forma de inscripción del nacido. Los resultados del siguiente cuadro donde han sido excluidos los casos en que no se arribó a la sentencia definitiva, la evidencia que no existe conexión entre la forma de inscripción y la decisión judicial. Pero esta consecuencia en el plano cuantitativo no significa que los jueces desconocieran como elemento de juicio el modo de registro del nacido sino que, para la definición del desplazamiento petitionado pesaron otros factores, como por ejemplo, falta de legitimación para obrar del actor, definiciones procesales, caducidad de la acción, etcétera.

FORMAS DE INSCRIPCIÓN	No. DE CASOS	PROSPERA LA ACCIÓN	SE RECHAZA LA ACCIÓN
1. Hijo matrimonial	30	6	24
2. Madre soltera y padre desconocido	6	2	4
3. Hijo de madre soltera y un tercero	6	2	4
4. De un tercero y madre desconocida	1	1	-
5. Hijo matrimonial y posterior reconocimiento de un tercero	1	1	-
total	44	12	32

#### d) LEY ORGÁNICA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DEL FUERO COMÚN DEL DISTRITO FEDERAL.

En lo que hace a la regulación de la protección a la ciudadanía empezaremos por decir que la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, diremos que esta ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 12 de diciembre de 1983, el Congreso de los Estados Unidos Mexicanos decreta: "La Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, es la dependencia del Poder Ejecutivo Federal en la que se integra la institución del Ministerio

**Público del Distrito Federal y sus órganos auxiliares directos...", de los asuntos que aquella atribuyen los artículos 21 y 73 fracción VI, Base 5a., de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el presente ordenamiento y las demás disposiciones legales aplicables. <<artículo 1o.>>.**

Como se puede observar en el artículo 21 de nuestra carta magna nos confirma nuestro artículo anterior diciendo: "La imposición de las penas es propia y exclusivamente de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel".

La institución del Ministerio Público del Distrito Federal, presidida por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, en su carácter de representante social, tendrá las siguientes atribuciones que ejercerá por conducto de su titular o de sus agentes y auxiliares, conforme lo establecido en el artículo 7o. de esta Ley:

- I.- Perseguir los delitos de orden común, cometidos en el Distrito Federal;
- II.- Velar por la legalidad en la esfera de su competencia como uno de los principios rectores de la convivencia social, promoviendo la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia;
- III.- Proteger los intereses de los menores incapaces, así como los individuales y sociales en general, en los términos que determinan las leyes;
- IV.- Cuidar la correcta aplicación de las medidas de política criminal, en la esfera de su competencia, y
- V.- Y las demás que las leyes determinen.

Es importante estar consiente de todas y cada uno de nuestros derechos ya que cualquier demanda se estará seguro de ser escuchado, esto dará confianza al ciudadano en la que deberá imperar él

respeto entre los sujetos de una sociedad.

De la misma manera el Agente del Ministerio Público se encuentra a cargo de la persecución de los delitos del orden común y en lo que se refiere a la Averiguación Previa como es:

- I.- "Recibir denuncias , acusaciones o querellas sobre acciones u omisiones que puedan constituir delito;
- II.- Investigar los delitos de orden común con el auxilio de la Policía Judicial, de los servicios periciales y de la Policía Preventiva;
- III.- Practicar las diligencias necesarias, para la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de quienes en ellos hubiesen intervenido, para fundamentar, en su caso, el ejercicio de la acción penal;
- IV.- Restituir al ofendido en el goce de sus derechos, provisional e inmediatamente, de oficio o a petición del interesado, cuando esté comprobado el cuerpo del delito de que se trate en la averiguación previa, ordenando que el bien se mantenga a disposición del Ministerio Público, si se estimare necesario; y en su caso, exigiendo se otorgue garantía, la que se pondrá a disposición del órgano jurisdiccional, si se ejercita acción penal;
- V.- Solicitar la aplicación de la medida precautoria de arraigo y las órdenes de cateo, en los términos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos";

La vigilancia de la legalidad y de la pronta, expedita y recta procuración y administración de justicia comprende en su artículo 4o. de la Ley en mención:

- I.- "La Propuesta al Presidente de la República de reformas legislativas en el ámbito de su competencia, necesarias para la exacta observancia de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- II.- La propuesta ante el Presidente de la República de las medidas que convengan para el mejoramiento de la procuración y de la administración de justicia;

III.- Poner en conocimiento del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos y del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, los abusos e irregularidades que se advierten en los juzgados y tribunales, que afectan la pronta, expedita y recta administración de justicia;

IV.- Auxiliar al Ministerio Público Federal y de los Estados de la Federación; y,

V.- Poner en conocimiento de la autoridad a que corresponda resolver las quejas que por irregularidad o hechos de autoridades que no constituyan delitos, formulen los particulares, orientándolos sobre la atención que legalmente corresponda al asunto del que se trate".

Como sociedad se necesita su representante para ésta; por lo que el Ministerio Público consiente de sus obligaciones impone sanciones para equanimizar los conflictos entre particulares al existir denuncia por una de las partes afectadas, y de este modo se trata de consentizar al ciudadano que el silencio lo hace víctima de cualquier tipo de abuso.

En su artículo 5o. de la Multicitada ley dice que la protección de los menores o incapaces consiste en la intervención del Ministerio Público en los juicios civiles o familiares que se tramiten ante los tribunales respectivos, en los que aquellos sean parte o de alguna manera puedan resultar afectados. También intervendrá en los juicios en que le corresponda hacerlo, en su carácter de representante social en los términos señalados en las leyes.

Como se podrá observar en este artículo es claro en su letra al señalar que el Ministerio Público es parte importante en su funcionamiento como representante social, por lo que señalar sus funciones así como su mecanismo de operación resulta útil para la protección en su caso de litigio en lo que hace al menor nacido de una Inseminación Artificial.

### e) PROPUESTAS PARA UNA MEJOR REGULACION.

Ahora bien, la pregunta subsiguiente consistirá en discernir ¿cuál es el consentimiento relevante?, ¿el consentimiento para la inseminación ? o el ¿ consentimiento para la inscripción ?, si entendemos que dicho supuesto se encuadraría en lo dispuesto por el artículo 118 el Código Civil <<inscripción de la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos>>.

Basta con el consentimiento prestado para la Inseminación, pero se entiende que el mismo es revocable hasta el momento de la efectiva inseminación; después de llevar a cabo la operación inseminatoria, aquel no puede modificarse, de modo y manera que es un acto socialmente relevante, por lo que no podrá desvirtuarse a posteriori, negándose a la prestación del consentimiento para la inscripción de la filiación; de suerte que el encauzamiento normativo lo encontramos en nuestro artículo en mención.

Una vez prestado el consentimiento para la inseminación y no habiéndose modificado por los interesados, pretender después dar relevancia a la negativa a la inscripción supone, además de una conducta antisocial, va contra sus propios actos.

Pues bien, habiéndose expresado dicho consentimiento para la inseminación y en documento público debe bastar el mismo, aunque no haya posteriormente consentimiento para la inscripción, siempre que aquel quedase formalizado en documento público, que como tal título de legitimación servirá para determinar legalmente la filiación.

En el supuesto de que el esposo habiendo expresado su consentimiento a la inscripción no lo hubiera hecho en documento público y falleciera después de la inscripción, tendrá que recurrirse al expediente gubernativo para acreditarse la existencia del consentimiento <<artículo 95-1 L.R.C. y 296 R.R.C.>> y , por tanto, inscribir la filiación matrimonial.

Otro de los supuestos en los que puede encontrarse sin dificultad la fecundación asistida es el caso previsto por el artículo 117 del Código Civil, en el que supone que el hijo nace dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio lo cual implica inexorablemente que ha sido concebido antes. Por consiguiente, si el hijo nace en constante matrimonio está amparado igualmente en la presunción de paternidad, aunque sus progenitores, cuando lo concibieron << in vitro >>, no estuvieran casados. Debemos entender que el consentimiento a la inseminación, en concreto para su mujer que presta el varón, es un reconocimiento expreso que le atribuiría la paternidad.

Respecto al supuesto del hijo nacido una vez disuelto el vínculo matrimonial, me parece un analogía más forzada recurrir a la vía del artículo 118 antes mencionado, y admitir que por la disolución del vínculo es admisible la argumentación, << que está redactado y pensado para supuestos de crisis conyugales en los que el vínculo matrimonial subsiste >>, y admitir que con el consentimiento de los ya excónyuges sirva para inscribir ya la filiación matrimonial, cuando ciertamente no existe el matrimonio, de suerte que, el título de la determinación legal de la filiación matrimonial está entonces constituido por la inscripción de nacimiento con la expresión de la filiación matrimonial, junto con la inscripción de matrimonio de los padres.

Ahora nos referiremos finalmente al supuesto de inscripción de nacimiento fuera de plazo de un hijo matrimonial. Se entiende que rigen los mismos principios, tanto para el hijo nacido por fecundación natural, como para el nacido por fecundación asistida nacido en constante matrimonio.

Por tales circunstancias deberá acudir al expediente gubernativo como en el caso anterior. Del mismo modo, en cuanto a la inscripción de la filiación matrimonial, seguirá ajustándose a lo dispuesto por el artículo 314 del Reglamento.

En relación a la pareja no casada, en la que se lleva a cabo la oportuna fecundación artificial

homóloga, se entiende que el consentimiento expreso por parte de los dos convivientes a la fecundación homóloga, con plena identificación del gameto fecundante proveniente de un tercero, implica un reconocimiento expreso de paternidad, pero, para que valga como tal título de determinación legal de la filiación, tiene que ser formal, artículo 120 del Código Civil y el artículo 186 del Reglamento del Registro Civil, es decir, voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo deliberadamente expresada para este fin; por el contrario, no explicitarlo en documento público y llevar a cabo el reconocimiento expreso de la paternidad en otro documento, será un reconocimiento formal, que no valdrá como título de determinación legal de la filiación, aunque serviría para declarar la filiación como presunción, artículo 135 del Código Civil, un hecho base indiciario, más sometido a la discrecionalidad judicial, no le obliga al juez en el sentido de que tenga que dar por probado el hecho amparado por la presunción.

En la filiación no matrimonial, sino determina legalmente la misma, a través del reconocimiento solemne podría acogerse bien a la fórmula del expediente gubernativo tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, o bien a la sentencia firme a través de las pertinentes acciones de reclamación.

Como bien sabemos la inscripción de la filiación matrimonial puede ser; impugnada por el esposo, por la mujer y por el hijo. Si el esposo pretendiera impugnar la filiación matrimonial que ostenta el hijo, en las circunstancias referidas <<mediante una inseminación heteróloga consentida por él>> no podría hacerlo ni su esposa <<que del mismo modo consintió la operación>>, ya que sería una clara actuación contra los propios actos.

La razón estriba, además de la referida doctrina de los actos propios, ejercicio abusivo y antisocial del derecho, ejercicio contra la ética si se estimara que tal tipo de Inseminación es en sí contrario a la moral social, el marido no podría ser oído cuando invoca su propia torpeza; más, aunque se estime que hay una moral liberal que autorice tal inseminación, parece que sería éticamente

rechazable el comportamiento de quien, después de consentirla y provocar la nueva vida, revoca el consentimiento y quiere que intervengan los Tribunales para el éxito de su arrepentimiento. Consecuentemente con estas premisas, la acción de impugnación debería ser negada al marido que consintió la inseminación, aunque cuando exista ésta, no se haya producido de acuerdo con las circunstancias de su consentimiento sin perjuicio de la eventual responsabilidad médica.

En resumen, si se ha expresado el consentimiento para la Inseminación Artificial, antes o después de la misma, a diferencia del supuesto normal en el que el consentimiento es razonable, no antes, cabe entender que se consiente por ambos cónyuges la inscripción cuando de cualquier momento incluso antes de que nazca el hijo y en forma manifiestan expresa o tácitamente su conformidad con la filiación << paterna y materna >> aunque después no se concrete por muerte de alguna de las dos partes y no pueda formalizar el consentimiento para que tenga una inmediata inscripción.

Ha transcurrido más de un siglo y la circunstancia de que recién en la última década hubiese tomado incremento su regulación legal revela que, pese al normal desfase que siempre se produce entre la realidad y la ley ésta última ha receptado la Inseminación Artificial con especial precaución y particular resistencia, debido a los problemas ideológicos, éticos y religiosos que para muchos encierra el empleo de tales métodos.

La voluntad, entonces, es la base de la relación jurídica familiar y, específicamente de la relación jurídica filial que nos ocupa.

Pero esta voluntad, puede comenzar a exteriorizarse antes del hecho biológico mismo; en la voluntad procreacional, unión sexual, con intención de engendrar, en la voluntad procreacional sin unión sexual. Esto se aclara enseñada cuando un hombre contrae nupcias con una mujer en estado de embarazo, conociendo esta situación, asume legalmente una voluntad procreacional, de donde deriva condición de padre del hijo que esa madre dará a luz y que puede ser de él o no. En esta

voluntad procreacional sin unión sexual hay fundamento para la declaración jurídica de la filiación.

Hoy en día existe una nueva realidad; es posible la procreación sin necesidad de relación sexual alguna, y sin que las personas que desean asumir la paternidad hayan aportado el material genético. Esta no es la filiación que conocíamos. No obstante, el acto de decidir que el niño naciera y el deseo de asumir la responsabilidad afectiva y material de la filiación, puede ser más notable que muchos nacimientos producto de un proceso natural.

El tema más apasionante y el que concentra la atención de la doctrina y el derecho, es probablemente el de los efectos del consentimiento en la inseminación artificial. Nos referimos a la hipótesis de que dicho consentimiento se otorgue, pero también a la eventualidad de que la inseminación se realice sin la autorización de alguno de los interesados, es decir de la mujer receptora, del marido de ésta, del cónyuge de este último.

Ya se había señalado que la mayoría de los países latinoamericanos carecen de una legislación específica sobre el tema, además de que permanecen anclados al nexo biológico como fuente indiscutible de la filiación, aunque otorgan excepcionalmente efectos a la voluntad, permitiendo el vínculo adoptivo.

Por eso la doctrina ha elaborado, con la mejor buena fe, un argumento que niega la legitimación del padre señalado, basado en la teoría de los actos propios. Ya no se trata de asegurar la paternidad por virtud del acontecimiento, sino de negar la acción de desconocimiento de la filiación, cuando este consentimiento se haya prestado en forma válida. Otra opción, sería, para anclar al marido respecto a la presunción de paternidad, pero no como premio a la voluntad sino como castigo por haber expresado su consentimiento pretendiendo revocarlo después.

Esta es una forma de atar hablando en forma hipotética al señalar que el hombre no puede tomar poco serio su acto de acceder por medio de la voluntad sin restricciones, es necesario hacer consiente de su responsabilidad para que tome en la más fuerte formalidad sus actos y para verlo realizado se crearán nuevas leyes que harán respetar los actos comprometidos.

Tomando en cuenta los puntos de vista antes mencionados nos lleva a cuestionarnos ¿cuál es el criterio que debe prevalecer en la judicatura, cuando el marido, después de otorgar el consentimiento a la Inseminación Heteróloga de su esposa, decide desconocer la paternidad?, la respuesta no puede ser única, porque los códigos latinoamericanos no obedecen a una misma orientación, como ya vimos, pero todo parece indicar que en los sistemas abiertos de impugnación, existe la posibilidad de que una acción de este tipo resulte procedente, sobre todo si se cuenta con el apoyo de las pruebas biológicas, aunque una sentencia de este tipo produzca la indignación generalizada.

Si el consentimiento del marido no fue revocado antes de la inseminación este no podrá desconocer la paternidad del hijo. Se tocan algunos puntos de referencia, en primer lugar diremos que ni la inseminación artificial ni el consentimiento del marido, constituyen objetivamente un acto ilícito, aún cuando sea discutible su valoración moral o ética. Y en segundo lugar, porque el marido que luego de consentir en la inseminación heteróloga, plantearía el desconocimiento del hijo, obraría deslealmente, contrariando su conducta anterior.

Es de pensarse que la voluntad está tomando el cauce suficiente para ser dirigido a un futuro la importancia que por su propia esencia ya que consiste en el consentimiento de un acto volcándose a la voluntad de hacer o permitir hacer un acto que por su propia trascendencia, como lo es el caso de permitir la inseminación de su pareja y esto tendrá efectos a futura en la cual algún tipo de arrepentimiento de su parte acarrearía serias complicaciones en su familia.

Estamos en presencia, de un esquema nuevo que no puede guiarse por los principios hasta ahora vigentes en la materia y que reclaman, por tanto, soluciones nuevas. En consecuencia, existe una verdadera laguna originada por el avance científico que ha dado lugar a formar de engendramientos no imaginados por el legislador. No existe norma alguna dentro del Código Civil que puede ser aplicada a la inseminación heteróloga, porque el fundamento de la filiación originada en matrimonio se basa en la existencia de un nexo biológico respecto de ambos cónyuges, y en el caso tratado, tal vínculo se encuentra ausente en relación con el marido.

En nuestra búsqueda de la verdad, en materia de filiación, resulta de otro lado, que la realidad a que debe adecuarse el concepto jurídico no es algo simple y fácilmente identificable. La paternidad, y más la paternidad legítima, se puede definir de un solo trazo. Por otra parte los factores humanos que en ella concurren vienen a complicar su perfil jurídico. Ya dije que paternidad no es un lazo biológico. Pero no cabe ignorar que en ésta nuestra preocupación por la voluntad, trátase en el fondo de saber si una filiación legal está de acuerdo con la filiación según la sangre que pretende, en principio, expresar.

No nos referimos ahora, sin embargo, a ese aspecto más general, sino a la situación que se plantea cuando el marido niega su paternidad. Mantener a todo trance la presunción de paternidad puede significar el consagrar definitivamente aquella paternidad ficticia: ¿paternidad verdadera o paternidad ficticia?. El triunfo de la filiación sobre la paternidad real o biológica, en los sistemas jurídicos y países en que se ha impuesto, viene motivado, y a veces justificado, por ciertas ideas ratificadas en aquellos derechos en la doctrina que los interpreta o respalda. Esas ideas son de muy variados signos y orígenes.

Recurrir a la ciencia por necesidad es un derecho del hombre. Usarla para su comodidad es, en cambio, una prerrogativa discutible. No todo lo que se puede hacer debe ser hecho, la racionalidad de la tecnología debe tomar en cuenta la dignidad de la naturaleza humana.

Las respuestas no puede ser coincidentes ya que están enfrentados dos grandes valores: por un lado el respeto a la vida y la dignidad del hombre y, por el otro, la sanidad y el mejoramiento de ese mismo ser humano como especie.

A transcurrido más de un siglo y la circunstancia de que recién en la última década hubiera tenido incremento su regulación legal revela que, pese al normal desfase que siempre se produce entre la realidad y la ley esta última ha receptado la inseminación artificial con especial precaución y particular resistencia, debido a los problemas ideológicos, éticos y religiosos que para muchos encierra el empleo de tales métodos. Autores de relevancia han señalado que países que se precian de tener una abundante y compleja legislación, no hicieron esfuerzo alguno para reconocer el

procedimiento << Estados Unidos, Gran Bretaña y Canadá >>. Estos países destacan que esta situación es sorprendente porque son cinco los individuos que intervienen en la inseminación artificial heteróloga y cada uno de ellos requiere una determinada protección legal: el paciente, el marido, el donante, el médico y el niño. Se puntualiza que el incremento en el uso de esta técnica para las parejas estériles ha despertado la necesidad de una clarificación legal respecto de los problemas que entraña. El número de casos de inseminación artificial alcanza a centenares de miles de familias, incluso, tienen cuatro o más hijos inseminados, y hasta donde no exista una legislación las personas afectadas se encuentran en << una posición poca satisfactoria >>.

Los aspectos señalados de la posición de estado << signo de un vínculo procreacional y materialización de la función paterna >>, deben gravitar sobre la presunción de la paternidad del marido, pues la probabilidad de que el esposo de la madre fuera el padre del nacido, tendrá mayor peso si la conducta real de aquel armoniza con la suposición de la ley; repercutirá, por tanto, la existencia o ausencia de dicha posesión de estado en la acción de impugnación de la paternidad del marido.

## "CONCLUSIONES"

**PRIMERA** .- Unas de las principales causas en que se da la fecundación asistida en la esterilidad o impotencia incurable.

**SEGUNDA**.- El elemento voluntarista adquiere especial trascendencia en la filiación extramatrimonial, en la filiación extramatrimonial, en la que el reconocimiento por parte del padre aparece como medio fundamental para la determinación de la paternidad en la mayoría de las legislaciones.

**TERCERA**.- La paternidad del marido se apoya en la voluntad de este para asumir el rol paterno exteriorizado a través de su conformidad para el empleo del Procedimiento Fecundante.

**CUARTA**.- La voluntad se encuentra prevista en el artículo 1803 del Libro Cuarto, Capítulo Primero del Consentimiento en el Código Civil para el Distrito Federal en la que se le da a la voluntad el carácter de requisito esencial.

**QUINTA**.- En virtud que la voluntad es un requisito esencial, como se menciona en el punto anterior, es necesario que esta se reglamente en la Ley General de la Salud, por corresponder a la naturaleza del tema a tratar, por lo que se deberá requerir de un documento firmado por ambos conyuges en la que se llevará expresada la voluntad para que la mujer sea sometida una Inseminación Artificial.

**SEXTA.-** Con base en lo anterior, será menester que los conyuges una vez manifestada su voluntad deberá ser ratificada ante la autoridad Judicial o Notario Público, de ésta manera, el menor nacido de una Inseminación Artificial, se verá protegido de cualquier Desconocimiento Paterno ó Materno, posterior a su nacimiento.

**SEPTIMA.-** Para que las actas de prevención asistida entre los conyuges, sean devidamente legitimadas sera permanente que en el Libro Cuarto de las Obligaciones, Título Cuarto Elementos de las obligaciones, se agregue un capitulo mas denominado especificamente de la Obligación de lo Contratantes con el nacido de una Inseminación Artificial. Así como en la Ley General de la Salud en la que se devera anexar un artículo más, en el Título Decimo Sexto relativo a las Autorizaciones Y Sertificados Capitulo Y en la que se agregará un requisito mas como lo sería la presentación de un convenio devidamente firmado por los conyuges y cotejado por autoridad judicial.

## "BIBLIOGRAFIA"

A. Zannoni Eduardo, "Inseminación Artificial. Proyección Jurídica" México 1986.

Lledo Yegué Francisco, "Fecundación Artificial y Derecho", Edit. Tecnos S.A. Madrid España.  
Prologo de Rodrigo Berco Vitz Rodríguez Cano. Colección ciencias jurídicas.

Méndez Costa Ma. Josefa, "La Filiación", Edit. Rubizal-Culzoni S.C.C. 9 de Julio, 3573.-Santa Fé; República Argentina Editada en Argentina.

Ploscowe, Morris., "Your Test tobe Baby my by Illegitimed", New York; 1949.

P. Guzmán Cecilia. "Acción de Impugnación de la paternidad del Marido", Edit. Abaco de Rodolfo de Palma S.R.L. Buenos Aires 1929.

Rivero Hernández Francisco, "La Presunción de la Paternidad Legítima", Edit. Tecnos España 1986. Estudio de Derecho Comparado y Derecho Español. Prologo de Jose Luis la Cruz Verdujo 1190.

Robles Manuel., "Controversia entre la Medicina Privada y Oficial, sobre Embarazos no Naturales"; Edit. Proceso México 1989.

Rojina Villegas Rafael, " Compendio del Derecho Civil, Introducción Personas y Familias ". Edit. Porrúa S.A. México 1962.

Serie de Informes Técnicos., " Estudios Recientes sobre la Regulación de la Fecundidad ". Edit. Organización Mundial de la Salud México 1969.

Soto de la Madrid Miguel Angel, " Biogenética, Filiación y Derecho ", Edit. Austria de Alfredo y Ricardo de Palma Buenos Aires 1990.

Veruno Luis y Emilio J.C. Haas, "Manual para la Investigación de la filiación. Actualización Médico Legal " Edit. Alberto Perrot. Buenos Aires.

## **"DICCIONARIOS"**

Instituto, de Investigaciones Jurídicas, " Diccionario Jurídico Mexicano ", T. IV e-h, México., D.F.  
Edit. Porrúa, S.A., 1995.

Mascaro y Porcar, José María; " Diccionario Tecnológico de Ciencias Médicas ". Edit. Salvat  
Mexicana de Ediciones, S.A. México 1978.

Palomar de Miguel Juan; " Diccionario para Juristas ", Edit. Ediciones Mayo, México D.F. 1981.

## **"LEGISLACIONES:"**

\*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

\*Ley General de la Salud

\*Código Civil vigente para el Distrito Federal

\*Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

\*Ley Orgánica y Reglamento Interior de la Procuraduría General de Justicia para el Distrito  
Federal