



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

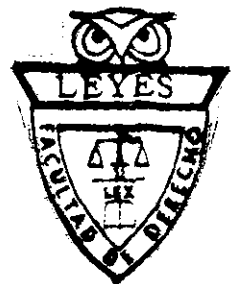
"PROPUESTA DE REGLAMENTACION DE LAS  
TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA  
EN MEXICO"

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A :  
**MANUEL EDUARDO TIRADO BECERRIL**

ASESOR DE TESIS:

DOCTORA BLANCA MARGARITA VELAZQUEZ RODRIGUEZ



MEXICO,

1999

TESIS CON  
LIBRO DE CUBIERTA

0267-575



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



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

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

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

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

*A Dios: Por darme el valor para sortear los tropiezos que a mi paso por esta vida he tenido que enfrentar y el coraje para alcanzar todas mis metas, en particular por la conclusión de esta tesis.*

*A mis padres Manuel Tirado Mendoza y Analú Becerril de Tirado: Por haberme brindado la existencia con todo su amor, por haber sido siempre para mí un ejemplo a seguir. Les dedico esta tesis.*

*A mi novia Magda: Con amor, por haberme impulsado entre muchas otras cosas, a comenzar este trabajo, por su ayuda, sus consejos y compañía en mi vida y por supuesto en el transcurso de esta investigación, compartiendo conmigo la satisfacción de haber concluido esta tesis profesional.*

*A mis hermanos: Analú, Alejandro, Juan Carlos, José Fernando y Luis Alberto, por el cariño que me han brindado durante todo su existir, espero este trabajo profesional les sirva de ejemplo y compartir con ellos todos sus logros.*

*A la Doctora Blanca Margarita Velázquez Rodríguez: Por su invaluable ayuda y asesoramiento para el desarrollo de esta tesis profesional, con agradecimiento profundo, por haberme hecho saber que la forma de expresar una palabra puede confundir el sentido de un respeto sincero.*

*A Mama Yoya, a mis abuelos, a mis tíos y primos.*

*A la Universidad Nacional Autónoma de México y a la Facultad de Derecho, por haberme permitido formar parte de la comunidad universitaria, hasta la conclusión de mi carrera profesional y por siempre.*

# PROPUESTA DE REGLAMENTACION DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA EN MEXICO

## CAPITULO I.- GENERALIDADES

---

I.1.	Hechos y actos jurídicos .....	1
I.1.1.	Los hechos jurídicos .....	1
I.1.2.	Los actos jurídicos .....	3
I.1.3.	Clasificación y requisitos de los actos jurídicos .....	6
I.1.4.	Ubicación de las técnicas de reproducción asistida en la doctrina de los actos y hechos jurídicos. ....	7
I.2.	La familia y el parentesco .....	11
I.2.1.	Evolución de la familia .....	21
I.2.2.	La familia para el derecho civil mexicano .....	23
I.3.	El matrimonio .....	28
I.3.1.	El matrimonio para el derecho civil mexicano .....	36
I.4.	La filiación .....	39
I.4.1.	Filiación legítima e ilegítima .....	41
I.4.2.	Determinación de la filiación .....	44
I.4.3.	La filiación para el derecho civil mexicano .....	45

## CAPITULO II.- ANTECEDENTES HISTORICOS

---

II.1.	Roma .....	47
II.2.	Técnicas de reproducción asistida en seres vivos (animales) .....	48
II.3.	Técnicas de reproducción asistida en el ser humano .....	51
II.4.	Europa .....	58
II.4.1.	Suecia .....	60
II.4.2.	Australia .....	61
II.4.3.	Inglaterra .....	64
II.4.4.	Francia .....	66
II.4.5.	España .....	66
II.5.	Estados Unidos de Norte América .....	67

II.6.	América Latina . . . . .	73
-------	--------------------------	----

### CAPITULO III.- LOS PROCEDIMIENTOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

---

III.1.	Anatomía y fisiología genital femenina y masculina . . . . .	78
III.1.1.	Aparato genital femenino . . . . .	78
III.1.2.	Aparato genital masculino . . . . .	80
III.2.	El proceso de fecundación . . . . .	82
III.3.	Qué es la esterilidad . . . . .	84
III.4.	Inseminación artificial . . . . .	87
III.5.	Fertilización extracorpórea o in-vitro. . . . .	88
III.6.	Fecundación post-mortem . . . . .	90
III.7.	Maternidad subrogada . . . . .	92

### CAPITULO IV.- NATURALEZA JURIDICA DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN MEXICO

---

IV.1.	Laguna del derecho (falta de regulación) . . . . .	98
IV.2.	Controversias que podrían presentarse por la falta de regulación . . . . .	103
IV.3.	Situación jurídico-filial del niño al nacer . . . . .	110
IV.4.	Autoridad competente en caso de controversia. . . . .	115

### CAPITULO V.- PROPUESTA DE REGLAMENTACION DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA EN MEXICO

---

V.1.	Exposición de motivos . . . . .	116
V.2.	Propuesta de Proyecto de Ley de Técnicas de Reproducción Asistida . . . . .	119

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

## INTRODUCCION

*La inquietud que me movió al desarrollo de esta tesis, surge de la simple observación de la sociedad actual que nos envuelve; una sociedad donde el desarrollo de algunas ramas de la ciencia no ha encontrado fronteras, podemos observar que el orden ya establecido en lo social y en lo jurídico, debe ser actualizado para no quedar atrás.*

*En lo particular este estudio fue enfocado al progreso del orden jurídico y el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida aplicadas al ser humano en México.*

*Las técnicas de reproducción asistida fueron creadas con el único fin de subsanar de una u otra manera, la imposibilidad de concebir un hijo, cuando por alguna deficiencia del orden que sea, la pareja es estéril o infértil. Lo cual a la vista de cualquier ser humano es grato y plausible; sin embargo encontramos en nuestros días que el gran adelanto que estas técnicas han alcanzado, permite la existencia de figuras que salen de lo normal e inclusive de lo natural.*

*Como ejemplo podemos señalar que la aparición de las madres subrogadas quebranta violentamente la concepción que se tiene de la maternidad, el principio "mater semper certa est" es quebrantado.*

*Los sistemas tradicionales para determinar la filiación son superados, el derecho a heredar, el derecho a llevar los apellidos de los padres, etcétera, se convierten en inaplicables.*

*Es por lo anterior que en mi nació ese impulso por estudiar, desde un orden jurídico, este tan apasionante y controvertido tema in titulando mi trabajo PROPUESTA DE REGLAMENTACION DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA EN MEXICO.*

*Debo confesar que cuando me inicié a la tarea de investigar sobre este tema jamás imagine la basta gama de obras literarias que a mi paso iría encontrando, es entonces*

*cuando realmente me di cuenta de que este tema tan de actualidad que elegí, a muchos otros autores ya ha preocupado antes, de hecho encontré que ya alguna cantidad de países, cuenta con legislaciones al respecto.*

*Realmente me fui entregando en cuerpo y alma a esta investigación, conociendo opiniones a favor y en contra del progreso y utilización de las técnicas de reproducción asistida, quien las considera plenamente legales y de quien las tacha de delito; es por ello que de una manera muy humilde, me atrevo a presentar este trabajo y a sugerir mi propuesta de Proyecto de Ley de Técnicas de Reproducción Asistida.*

*Los abogados se deben a la sociedad que les ha otorgado su confianza y es por ello que siempre deben ser coherentes entre sus actitudes y lo que la norma marca. Por ética deben siempre estar a lo que es correcto y no corromperse y corromper a la misma naturaleza humana ante intereses que de alguna u otra manera atenten contra la dignidad del ser humano.*

*En este sentido se pretenden exponer algunos de los muchos factores, que en nuestra opinión deben ser tomados en cuenta para legislar sobre las técnicas de reproducción asistida, destacando aspectos biológicos, psicológicos, sociales, éticos, morales y por supuesto del orden jurídico.*

*Se aborda este tema primero que nada entrando al estudio de donde clasificar, dentro del orden jurídico, a las técnicas de reproducción asistida y con una reseña de lo que para nosotros implica la familia y el parentesco.*

*Observamos que muchas cuestiones dentro del parentesco y la familia, hoy en día, con las nuevas técnicas de reproducción asistida, entran en conflicto.*

*En el trabajo que hemos confeccionado, hacemos una breve reseña histórica, pues estimamos indispensable, conocer el origen de estas técnicas y los obstáculos a los que se han enfrentado.*



*Hemos procurado reflejar de alguna manera el contenido de las legislaciones de otros países, poseedores de leyes sobre la materia, ya que de la comparación y estudio de las mismas, nuestro criterio se enriquece. Así se aprecia que la necesidad de legislar al respecto es realmente apremiante, de igual manera observamos como los criterios para resolver conflictos relacionados con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida han ido evolucionando a través del tiempo.*

*Por otro lado nos hemos dado cuenta de que en nuestro país, donde contamos con ordenamientos jurídicos tradicionalistas, en una serie de casos donde se apliquen técnicas de reproducción asistida, las mismas leyes se convertirán en un obstáculo para lograr el único fin que estos procedimientos buscan, el que una pareja estéril tenga el hijo deseado.*

*Encontramos que el derecho habrá de determinar un límite a la aplicación de estas técnicas, ya que de un mal uso que de las mismas se haga, el género humano podrá correr grandes peligros e incluso desaparecer.*

*Es por todo lo anterior que hemos llegado a la conclusión de la necesidad de reglamentar las técnicas de reproducción asistida, guardándose mucho cuidado para ello, respetando siempre el fin que su uso busca, pero sin caer en un libertinaje que cause confusión o que ponga en riesgo el orden y equilibrio naturales que deben prevalecer.*

*Es preciso que el legislador se dé cuenta de la necesidad de crear leyes que regulen la materia que se trata y que el abogado guarde celosamente la aplicación de las normas creadas con ese fin.*

*A la luz de estas consideraciones no resta sino agradecer la benevolencia con que espero sea acogido este trabajo, pues en él vierto mi inquietud y preocupación por un tema, cuya importancia me parece grande para nuestro país. Esperando que algún día este trabajo sirva de apoyo para reglamentar las técnicas de reproducción asistida en México.*

transformaciones se agregue un ingrediente más y éste es el reconocimiento dentro del mundo jurídico.

El hecho jurídico es definido por Galindo Garfias en su curso de Derecho Civil señalando "en sentido amplio el hecho jurídico es todo acontecimiento, ya se trate de un fenómeno de la naturaleza o de un hecho del hombre, que el ordenamiento jurídico toma en consideración para atribuirle consecuencias de derecho"<sup>3</sup>, así mismo y en un sentido menos amplio, llama hecho jurídico a "los fenómenos de la naturaleza o de la actividad humana donde con independencia de la voluntad se produzcan efectos jurídicos o de derecho"<sup>4</sup>.

Eduardo García Maynez llama a los hechos jurídicos *Supuestos jurídicos* y los define como "hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma"<sup>5</sup>.

Considera haciendo mención al autor de origen ruso Korkounov "que el supuesto jurídico es una hipótesis de la norma planteada en una disposición"<sup>6</sup>, en este orden de ideas definiremos a la hipótesis como el conjunto de condiciones de cuya realización depende la urgencia de la segunda (disposición) y por otro lado la disposición indica las consecuencias normativas que se encuentran determinadas por la realización del supuesto.

La doctrina francesa considera hechos jurídicos los acontecimientos naturales o por hechos del hombre, donde no interviene la intención de originar consecuencias de derecho; pero no obstante, éstas se originan. Savigny a quien debemos la noción doctrinaria de hecho jurídico, enseñaba que "el hecho jurídico es todo acontecimiento natural o del hombre capaz de producir efectos jurídicos" <sup>7</sup>.

Otra definición a la que se puede hacer mención es la del estudioso del derecho Villoro Toranzo que lo define de la siguiente manera, " El hecho jurídico es aquel acontecer

---

<sup>3</sup> Galindo Garfias, Ignacio. " *Derecho Civil*". Editorial Porrúa. México 1995. Pag. 204.

<sup>4</sup> *Idem*. P. 204

<sup>5</sup> García Maynez, Eduardo, *Op. Cit.* PP. 170 y 171.

<sup>6</sup> *Idem*. P. 169

<sup>7</sup> Vid. Galindo Garfias, Ignacio. P.206

cuya existencia en alguna forma (ya sea aislada o en función de otros hechos) es tomada expresamente en cuenta por una norma en donde estipula consecuencias jurídicas si el hecho acontece, por considerar que este hecho no puede producirse, sin ser debidamente ordenado"<sup>8</sup>.

Los hechos jurídicos adquieren relevancia para el derecho y por lo tanto reciben el calificativo de jurídicos, esto se da cuando sus características coinciden con los datos establecidos en la hipótesis de la norma. Galindo Garfias divide en dos categorías los hechos jurídicos, "la primera de ellas son las producidas por la naturaleza en sentido estricto y la segunda aquellas donde interviene la conducta humana, pero sin la voluntad del sujeto de producir efectos en el campo del derecho"<sup>9</sup>.

Entre la doctrina francesa y la Italiana encontramos la siguiente diferencia: mientras que en la francesa los hechos jurídicos pueden ser constituidos por hechos de la naturaleza o del hombre, para la doctrina Italiana los hechos jurídicos, únicamente son los producidos por la naturaleza.

Por último haremos la observación de que el hecho jurídico realizado por el hombre podrá ser voluntario o involuntario y de existir la voluntad, no existe la intención de alcanzar consecuencias de derecho.

## I.1.2.- LOS ACTOS JURIDICOS

En los actos jurídicos a diferencia de los hechos jurídicos siempre encontraremos que interviene la voluntad del hombre, pero en este caso el hombre tiene toda la intención de producir consecuencias de derecho, ya sea crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

---

<sup>8</sup> *Idem.* P. 206.

<sup>9</sup> *Idem.* P. 210

Aunque la legislación mexicana está inspirada en la doctrina francesa, primero que nada haremos una breve comparación entre lo que opinan los autores italianos y los franceses.

Los autores italianos consideran que el acto jurídico es todo acontecimiento donde interviene la actividad humana, mientras que para la doctrina francesa los actos jurídicos son aquellos acontecimientos en que interviene la *voluntad* humana, encaminados directamente a la producción de los efectos previstos en la norma jurídica.

Eduardo García Maynez haciendo alusión a Bonnecase, transcribe su definición del acto jurídico "Manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo consiste en engendrar, con fundamento en una regla de derecho o institución jurídica a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general o, por el contrario un efecto de derecho limitado relativo a la formulación, modificación o extinción de una relación jurídica"<sup>10</sup>.

De igual manera Galindo Garfias se refiere a la definición de Bonnecase <sup>11</sup>.

La definición del acto jurídico que nos proporciona Rafael Rojina Villegas es la siguiente: "El Acto jurídico es una manifestación de la voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico"<sup>12</sup>.

En definición de Ignacio Galindo Garfias "Acto jurídico son todos aquellos acontecimientos que producen efectos jurídicos en los que interviene la voluntad del hombre dirigida expresa y deliberadamente a producir los efectos previstos en la norma jurídica "<sup>13</sup>, en esta definición se distingue claramente la manifestación de la voluntad.

---

<sup>10</sup> García Maynez Eduardo, *Op. Cit.* PP.170 y 171

<sup>11</sup> Vid. Galindo Garfias, Ignacio. *Op. Cit.* P. 210.

<sup>12</sup> Rogina Villegas, Rafael. "*Com. De der. Civ. Introducción personas y familia*" Porrúa. Méx.1993.P.115

<sup>13</sup> Galindo Garfias Ignacio. *Op. Cit.* P. 210

Por último presentaremos la definición del estudioso León Duguit "Acto jurídico es todo acto de la voluntad que intervine con la intención de que se produzca una modificación en el ordenamiento jurídico, tal como existe en el momento en que se produce, o tal como existirá en un momento futuro"<sup>14</sup>.

Encontraremos que siempre que se produzca un acto jurídico existirá una manifestación de la voluntad del individuo, es decir, se exterioriza un propósito, ya sea por declaración de la voluntad o por simples actos que revelan en el sujeto la intención de llevar a cabo acciones que el derecho reconoce y a las cuales imputa determinadas consecuencias.

El ejemplo más clásico de un acto jurídico lo es un contrato, ya que los mismos requieren de la manifestación expresa de la voluntad para ocasionar consecuencias dentro del orden jurídico, Así mismo el Código Civil utiliza para los contratos la misma clasificación que se utiliza en la teoría del acto jurídico.

Ahora bien, una vez conociendo los actos jurídicos y los hechos jurídicos señalaremos algunas de las críticas más comunes que los autores contemporáneos hacen a estas teorías.

Galindo Garfias hace la observación de que "así como la norma es impotente por si sola para modificar la realidad; el hecho como simple fenómeno de la naturaleza o como conducta del hombre, no es razón suficiente de ningún juicio jurídico"<sup>15</sup>.

Para el estudio del acto jurídico por regla general se nos enseña la formula Kelseniana *SI ES A, DEBE SER B*, haciendo la crítica García Maynez de que "esta regla de efectos fatales a la causa será aplicable en un 100%, como una regla natural (fenómenos físicos y químicos) donde a la causa "A" la fatal consecuencia "B" siempre será la misma mientras las condiciones no cambien, mientras que dentro de la regla jurídica a cada supuesto la consecuencia podrá o no ocurrir"<sup>16</sup>, esta contingencia la encontramos por que no siempre se cumplirá el deber ser por causas externas o internas del individuo, encontrando

<sup>14</sup> Vid. Rogina Villegas, Rafael. *Op Cit.* P. 117

<sup>15</sup> Galindo Garfias, Ignacio. *Op. Cit* P. 207.

<sup>16</sup> Garcia Maynez, Eduardo. *Op. Cit.* P. 173.

entonces una contingencia entre el *ser* y el *deber ser*, en conclusión la existencia del deber jurídico no implica su Observancia.

En el mismo orden de ideas se expresa Galindo Garfias señalando que "mientras que dentro de la naturaleza la consecuencia es intrínseca, dentro del derecho es contingente, es decir no siempre se presentará el *deber ser*"<sup>17</sup>.

Rojina Villegas afirma que "el principio de causalidad dentro del orden jurídico es substituido por el principio de imputación"<sup>18</sup>.

Por último para concluir nuestra explicación de los actos jurídicos podremos señalar que el código civil vigente en el Distrito Federal, trata indistintamente a los actos jurídicos y a los contratos.

### I.1.3.- CLASIFICACION Y REQUISITOS DE LOS ACTOS JURIDICOS

Dado que el objeto de nuestro estudio son particularmente las técnicas de reproducción asistida, en este punto únicamente se presentará una breve clasificación de los actos jurídicos sin desarrollar un estudio más profundo de los mismos, así como de sus requisitos.

Los actos jurídicos pueden clasificarse desde varios puntos de vista:

I.- Según su unidad o pluralidad de voluntades pueden ser unilaterales o bilaterales.

II.- Según la unilateralidad o reciprocidad de las prestaciones que se otorguen podrán ser gratuitos u onerosos. Los onerosos a su vez se clasifican en conmutativos (que son ciertos) y aleatorios (que dependen de un acontecimiento).

III.- Por la época en que producen sus efectos pueden ser entre vivos o por causa de muerte.

---

<sup>17</sup> Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. P.205.

<sup>18</sup> Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. P. 115.

Los actos jurídicos contienen dos elementos que son de validez y de existencia, los requisitos de validez producen nulidad y los de existencia producen inexistencia.

Para que se pueda decir que un acto jurídico existe son tres los elementos esenciales: voluntad, objeto y solemnidad: (Los dos primeros encuentran su fundamento en el artículo 1794 del Código Civil y el tercero se deduce de la ley).

Los requisitos de validez son los que la ley exige no solo para dar firmeza, sino la certeza de que el contrato se ha realizado conforme a los requisitos de ley, estos son:

I.- Ausencia de vicios de la voluntad (error, violencia, dolo y mala fe).

II.- Capacidad, dividida en capacidad de goce (derechos y obligaciones) y capacidad de ejercicio (ejercer o cumplir esos derechos u obligaciones).

III.- Formalidad, (exigen una forma, ya sea por escrito o por escritura pública; son la excepción de los consensuales); y

IV.- Licitud.

#### I.1.4.- UBICACION DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA EN LA DOCTRINA DE LOS ACTOS Y HECHOS JURIDICOS.

De lo estudiado podremos señalar que del simple acto de practicar las técnicas de reproducción asistida en cualquiera de sus formas, lo que siempre trae aparejada una consecuencia de derecho, este acto se podrá encuadrar dentro de los actos jurídicos, ya que desde un principio la pareja que decide practicarse un método de esta especie conoce todas las consecuencias de derecho que esto implica, como sería el derecho a la filiación establecida entre el niño y los padres, alimentos, familia, etcétera.

Ahora bien es importante señalar que no es necesario que él o los autores del acto conozcan todas y cada una de las consecuencias en el mundo jurídico para que se considere un acto jurídico, Rojina Villegas apunta “en la definición de acto jurídico se considera que la

manifestación de la voluntad debe de realizarse con el propósito de producir consecuencias de derecho, generalmente se objeta este punto de vista estimando que el autor de un acto jurídico nunca puede prever todas las consecuencias de derecho de su manifestación de la voluntad por lo tanto únicamente será necesaria la declaración de su voluntad encaminada a producir consecuencias de derecho"<sup>19</sup>, así mismo, en opinión del mismo autor "el acto jurídico aun contando con la voluntad del individuo para llevarlo a cabo, el mismo no siempre será consiente de todas las consecuencias que se producirán, pudiendo inclusive la norma jurídica nulificar o transformar las consecuencias que se proponga el autor del acto y reconocer otras"<sup>20</sup>.

De igual manera como veremos, para el efecto de practicarse cualquier técnica de reproducción asistida, ya sea corpórea o extra corpórea, siempre encontraremos la existencia de por lo menos un contrato (escrito u oral); por lo que cabe hacerse las preguntas de:

¿Qué tan válido o existente es este contrato? inclusive ¿Sería lícito un contrato de tales características? o ¿Debe de considerarse ilícito o contra derecho?.

Para contestar lo anterior podremos señalar que sí bien es cierto que ninguna ley que exista en México habla de contratos de reproducción asistida o cuando menos procura regularlas o reconocer su existencia (exceptuando algunos artículos que hacen alusión a la inseminación artificial en la Ley General de Salud), dichos actos *jurídicos* no pueden ser desconocidos por la ley o por tribunal alguno. El atrevernos a hacer semejante afirmación no se debe a un mero capricho de nuestra parte sino a un análisis de los principios generales de derecho, así como del Código Civil.

<sup>19</sup> Rojina Villegas Rafael, Op. Cit. P. 117

<sup>20</sup> Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. P. 118.



No obstante es cierto que el artículo octavo del Código Civil para el Distrito Federal establece que todos los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto cuando la ley establezca lo contrario, el acto de inseminar o de realizar cualquier contrato encaminado a este fin no está prohibido por ninguna ley, ni se confronta con el interés público. (Licitud).

También podemos afirmar que en el caso de controversias de cualquier especie relativas al cumplimiento del contrato, buen manejo de los métodos de inseminación, etcétera, el juzgador siempre y sin excusa alguna tendrá que resolver del asunto, tal y como lo señalan los artículos del precitado ordenamiento jurídico.

Dado que cualquier contrato firmado por las partes encaminado al *acto jurídico* de la práctica de técnicas de fecundación asistida, presupone la manifestación expresa de la voluntad de todas las partes que en él intervienen y que la voluntad es un elemento de existencia (uno de los más importantes) de los actos jurídicos este contrato deberá de gozar de todos los derechos y obligaciones que se otorguen en el mismo, sin poder alegarse inexistencia o invalidez alguna.

Un contrato de esta especie no requerirá de ninguna manera de una formalidad, ni solemnidad. Asimismo se habrá de observar que las partes cuenten con capacidad para contratar y que no exista ningún tipo de vicio, como podrán ser la violencia, la mala fe o el error.

En cuanto a los derechos de aquel que no es parte en el contrato, pero del que emanarán una serie de derechos a raíz de que se lleve a cabo de manera viable la concepción, podemos decir que siempre deberá ser tomado en consideración y no podrá estipularse cláusula alguna que pueda afectarlo en sus derechos; en efecto, estamos hablando del producto de la concepción, al que la misma ley le reconoce plenos derechos cuando señala que "la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el

nacimiento y se pierde por la muerte, desde el momento en que un individuo es concebido se le tiene por nacido y entra bajo la protección de la ley<sup>21</sup>.

Dado lo estipulado en el artículo que se menciona encontramos que sería de gran importancia realizar un estudio exhaustivo del porvenir de todos esos embriones que aún habiendo sido concebidos, nunca serán implantados en el vientre de una mujer y que actualmente son considerados como basura o como objeto de investigación.

En este orden de ideas y regresando a si el derecho debe reconocer o no un contrato, pacto o acto jurídico, efectuado con el fin que se trata en esta obra, podemos señalar que el código civil contempla que cuando los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas, de igual manera indica que cualquiera que sea la generalidad del contrato, no se deberán entender comprendidas en él cosas distintas sobre lo que los interesados quisieron contratar.

En este mismo sentido se expresan todos los artículos comprendidos dentro del título de interpretación de los contratos del Código Civil.

De lo anterior podemos observar que siempre que exista un contrato que no esté estipulado en la ley a éste se le dará valor pleno y se deberá respetar lo que la voluntad de los que lo realizaron haya deseado.

En el mismo tenor de ideas podemos señalar, que los contratos que no se encuentren reglamentados en el Código civil se regirán por las reglas generales de los contratos, por lo que hayan estipulado las partes y si existen omisiones por las disposiciones del contrato con que tenga más analogía de los ya reglamentados, de igual manera la ley estipula que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos.

---

<sup>21</sup> Véase artículo 22 del Código Civil. Colección Porrúa Leyes y Códigos de México, Editorial Porrúa, México, 1998

Como se puede observar se otorga por nuestro ordenamiento jurídico plena validez a todo contrato, convenio o *acto jurídico* que exprese una voluntad aún cuando estos no sean claros o no estén reglamentados o contemplados por la ley.

Queda claro entonces que nosotros consideramos acto jurídico cualquier contrato o acto realizado con el fin de practicar cualquier modalidad de las prácticas de reproducción asistida. Restando de esta manera únicamente señalar que no habrá de confundirse a estos *actos jurídicos* con los procesos naturales de la concepción, embarazo y nacimiento; donde el hombre no interfiere de forma alguna limitándose únicamente a ser espectador, siendo estos fenómenos de la naturaleza claros ejemplos del *hecho jurídico*.

## 1.2.- LA FAMILIA Y EL PARENTESCO

Como apunta Ely Chinoy "se dice muy frecuentemente, que la familia es la unidad social básica"<sup>22</sup>.

Atendiendo a esto Galindo Garfias apunta "la familia es el conjunto de personas en un sentido amplio (parientes), que proceden de un progenitor o tronco común, sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil)"<sup>23</sup>.

Para poder entender lo anterior es importante conocer cuales son los antecedentes que dieron vida a la concepción de familia que hoy tenemos, principalmente cuales son los cambios que ésta ha sufrido a través del devenir histórico, siendo trastocado este concepto por la medicina, la economía, la historia y el desarrollo de la cultura; tal vez así podremos dilucidar cuales son los cambios que podrá sufrir la familia, asimismo el parentesco ante las transformaciones que como humanos tenemos día con día y que para el derecho son de

---

<sup>22</sup> Chinoy, Eli. "La sociedad. una introducción a la sociedad" Editorial. FCE. Méx. 1992. P. 139.

<sup>23</sup> Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. P. 427.

gran importancia, sobre todo con el objeto de que no se quede rezagado ante otras ramas de estudio.

Es necesario aclarar que el parentesco y la familia son dos conceptos diferentes, pero que sin embargo al atender a uno tendremos que mencionar al otro, así que en este orden de ideas trataremos de señalar sus diferencias y definirlos, de igual manera veremos cual es la relación estrecha que entre ellos se guarda.

Los antropólogos han considerado que la fuente primaria del concepto de familia es el lazo biológico que existe entre la madre y el hijo, deduciendo de lo anterior que la organización de la familia era el matriarcado, figura originaria de las organizaciones familiares posteriores.

“El matriarcado existía por el simple hecho de que la paternidad era presumible y la relación que se guarda entre la madre y el hijo era indudable; este sistema se daba entre las comunidades más simples, las tribus primitivas, Con excepción de lo anterior algunos antropólogos han dicho también que en estas sociedades tan simples tuvieron sistemas patrilineales de parentesco y la ignorancia de la paternidad biológica no se manifiesta en la ausencia de un padre biológicamente reconocido”<sup>24</sup>.

Se dice que el matriarcado alcanzó tal importancia, por la razón preponderantemente económica, ya que la mujer era quien se dedicaba a la alfarería, al cultivo, etcétera; teniendo el hombre que apegarse a que la mujer era quien desarrollaba estas labores. Por lo tanto teniendo un valor inferior al de la mujer, aunque esto haya sido transitorio.

Dos de las causas que dieron origen a la familia fueron la necesidad de reproducción y una necesidad sexual que tenía que satisfacerse. De lo anterior podemos decir como apunta Galindo Garfias “la familia es anterior al derecho”<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Chinoy, Eli. Op. Cit. P. 142.

<sup>25</sup> Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. P. 430.

Asimismo se dice que entre los primeros antropoides había cierta estabilidad, ya que se buscaba la protección del macho y el resguardar a la prole de los peligros, más adelante ya no sólo era el macho, la hembra y la prole, sino también un grupo de *parientes* Lejanos que buscaban la protección del jefe del clan o tribu.

Con el tiempo estas relaciones son fortalecidas por la religión. En estas comunidades se pretende descender de un antepasado común para todos, se prohíbe el incesto, o sea la unión sexual entre parientes. Solo algunos pueblos lo permitían con el objeto de conservar la pureza de la raza como lo fueron los incas, los egipcios y las familias reales de Hawai (endogamia).

La forma de subsanar éstos riesgos fue permitir las relaciones de tipo sexual entre los hombres de un clan y las mujeres de otro y así recíprocamente, para de esta manera poder evitar el incesto que era totalmente prohibido para la mayoría de los pueblos; razón por la cual surge el parentesco, que estudiaremos más afondo, con posterioridad.

Para nosotros los estudiosos del derecho es vital conocer cual era la organización o concepto de familia para los romanos, ya que de su cultura y legislación se dio origen a las leyes que nos rigen, de tal manera que estudiaremos brevemente lo que la familia fue para los romanos:

El término familia en Roma se usaba en diversos sentidos, en un sentido limitado y propio la familia es el conjunto de personas sujetas a la potestad de un mismo jefe. Era la *domus* romana integrada, de los siguientes elementos que destacan para nuestro estudio:

- a) El *paterfamilias*.
- b) La esposa. *In manu*.
- c) Los hijos (de ambos sexos).
- d) Las personas adoptadas.
- e) Y otras más que podían o no estar a la potestad del *paterfamilias*.

En un sentido amplio, por familia se entiende el conjunto de personas ligadas por el parentesco civil, *agnación* aun cuando no estén sujetas a la autoridad del mismo jefe, la familia romana es típicamente patriarcal puesto que descansa, fundamentalmente en la autoridad del *paterfamilias*. El vínculo familiar no se determina por los lazos de sangre sino por la potestad que ejercía el *paterfamilias* sobre todos los miembros de la *domus*. En la época de Justiniano la organización familiar sufre cambios substanciales, por cuanto al vínculo de familia se funda en lazos de consanguinidad, la potestad del *paterfamilias* se atenúa y desaparece la *manus*, los hijos estuvieron en aptitud de constituir *peculios*; el parentesco *cognático* se impuso en definitiva al *agnático* que fue creación del viejo derecho civil.

"Parentesco: Son las relaciones de alianza o los lazos de consanguinidad que se establecen entre varias personas, en Roma existía la distinción, entre el parentesco civil o *agnación* y el parentesco natural *cognación*.

Cognatio: La *cognación* es el parentesco natural que se funda en los lazos de sangre y en consecuencia se establece entre personas que descienden de un mismo tronco común, en línea recta y colateral.

Agnatio: La *agnación* era el parentesco civil fundado y determinado por la potestad del *paterfamilias*. Los lazos de sangre, no tenían ninguna trascendencia para la *agnación*"<sup>26</sup>.

En resumen, podemos decir, que en Roma las dos figuras más importantes en lo que a la familia y parentesco se refiere son *la agnación y la cognación*, importando para la primera los lazos de sangre (*cognatio*) y no así para la segunda (*agnatio*) La familia romana es monogámica, es una unidad política y religiosa, que descansa en el matrimonio.

---

<sup>26</sup> Lemus García, Raúl. "Derecho Romano". Editorial. Limsa. Mexico. 1980. P.96

"Lo que une a los miembros de la familia antigua romana es algo más poderoso que el nacimiento, que el sentimiento, que la fuerza física; es la religión del hogar y de los antepasados, es una asociación religiosa todavía más que una asociación natural"<sup>27</sup>.

Podemos decir, que la religión no ha creado a la familia en sí, pero ésta sí le ha dado las reglas para su organización y funcionamiento.

Se arraigaba tanto el hombre a la familia que no pertenecía asimismo, sino pertenecía en cuerpo y alma a ésta.

Para la familia romana existía una gran preocupación por dejar descendencia, toda vez, que la descendencia será quien después de muerto el paterfamilias, procuraría y no como un gusto sino como una obligación, rendir culto al muerto, abasteciendo a éste de alimento, y de lo necesario para que éste pueda seguir viviendo en su muerte, según sus creencias; de aquí que naciera el concepto de *primogénito* que es el que ha sido engendrado para el cumplimiento del deber." El primogénito era quien tenía que perpetuar el culto doméstico y este debía ser el producto de un culto religioso, o sea unidos en matrimonio sus progenitores. Si el matrimonio sólo había sido concertado para perpetuar la familia parecía justo que pudiera disolverse si la mujer era estéril"<sup>28</sup>.

Herodoto cita que "dos reyes de Esparta se vieron obligados a repudiar a sus mujeres, toda vez que estas eran estériles. En la India la religión señalaba que la mujer que fuera estéril, podía ser reemplazada por otra que no lo fuera, en lapso de 8 años"<sup>29</sup>.

Entre los romanos, no era necesario disolver el matrimonio por causa de que el marido haya sido el estéril, en este caso la familia podía continuarse. Para subsanar esta deficiencia por parte del esposo, uno de los hermanos o parientes de este podía substituir al marido y darle un hijo con su mujer, el niño que nacía de esta unión se consideraba como del marido y éste sería quien continuaría con el culto religioso.

---

<sup>27</sup> De Coulanges, Fustel. "La Ciudad Antigua" Editorial Porrúa Sepan Cuantos Mexico.1996. p. 26

<sup>28</sup> Idem. P. 32.

<sup>29</sup> Idem. P.3

“Además y con mayor razón, las legislaciones antiguas prescriban el matrimonio de la viuda, cuando no había tenido hijos con el pariente más próximo de su marido, los hijos que nacían se reputaban hijos de cujus”<sup>30</sup>.

El hijo varón era el esperado y no así la mujer, toda vez que se creía que este nacimiento no era el que consumaba el matrimonio, una vez nacido el hijo varón, éste tenía que ser aceptado por el *paterfamilias* e iniciarlo, así purificando su alma, éste tendría que participar en el culto, aprender las oraciones y practicar la misma religión que la familia para convertirse en quien ofrecería el culto a su progenitor cuando éste falleciera.

Ya para la época de los Visigodos vemos una civilización influenciada por la cultura romana, las leyes visigodas no son escritas aunque haya sido el primer pueblo que apreció la ventaja de las leyes escritas. En un principio estas leyes eran transmitidas por tradición, formando así una costumbre.

“La potestad, tanto marital como paterna del jefe de familia (sistema patriarcal) se extiende hasta vender y dar en prenda a la mujer y a los hijos, exponer y matar a éstos recién nacidos; casar a las hijas contra su voluntad. Las armas eran el símbolo del derecho, mientras el hijo no las usaba seguía siendo parte de la familia, pero una vez que el padre entregaba las armas al hijo, pasaba a ser parte de la República, la mujer incapaz de llevar las armas, en un principio no podía adquirir bienes”<sup>31</sup>.

La familia era llamada *sibis*, o *sippe*, quienes tenían la obligación de fidelidad y ayuda mutua.

“El equipo de guerra del Jefe pasaba al primogénito; a él también correspondía el hecho de acusar en caso de que alguno de la familia hubiere sido víctima de algún delito de sangre y el encargado de expulsar de la familia a la mujer de mala conducta”<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Idem. PP.33 y 34.

<sup>31</sup> Esquivel Obregón, Toribio. "Apuntes para la historia del derecho en México." Porrúa. 1984. P. 35.

<sup>32</sup> Idem. P.43.



Los visigodos tenían un sistema de linaje, por medio del cual se transmitían los cargos públicos que representaba la nobleza, la *villanía* representaba a la clase pobre, el linaje se transmitía por la línea del padre, la madre podía ser villana libre, aunque no hubiera matrimonio.

El linaje es la línea por la que se desciende y se forma la familia.

De aquí también que estos pueblos se preocuparan por tener descendencia, ya que por ejemplo, si un coheredero moría sin hijos, o la rama del linaje se extinguía antes de dividir la herencia, el patrimonio se acrecentaba para el primogénito. Entre los visigodos y otros pueblos germánicos existieron tres figuras importantes, como lo fueron *el mayorazgo, los ricos hombres y el caballero*.

No siendo más que una jerarquización, pero que no estudiaremos por no ser materia de este estudio, limitándonos a mencionarla.

Ya en el derecho tradicional Español observamos que existía el derecho de familia como tal, en donde se encontraba, la libertad, disciplina y fuente del carácter, que es testimonio de la vida de estos pueblos.

Toribio Ezquivel Obregón, citando a Don Joaquín Costa del cual recogeremos sólo las ideas más importantes para nuestro estudio de la familia y el parentesco, comenta sobre la familia. "Constituye cada familia una verdadera asociación regida por el padre, (Sistema patriarcal) o por uno de los hermanos o por un pariente o extraño adoptado por ella, cuando el jefe ha envejecido nombra un sucesor entre sus hijos y si no lo tiene lo adopta. Cuando fallece sin haber designado un heredero lo harán por él, sus parientes reunidos en consejo de familia"<sup>33</sup> más adelante veremos a grandes rasgos como se organizaba este consejo.

El criterio de esta elección es doble: es moral y económico, obviamente queda quien es más apto y generalmente es el primogénito, los demás hermanos lo obedecen y lo

---

<sup>33</sup> Idem. P. 71

respetar. Los hermanos tienen derecho a ser sustentados por la casa con tal de que trabajen para ésta cuando así puedan hacerlo.

A los que nunca salen de la casa y se conservan *célibes*, se les denomina *tiones*. Mientras pertenecen a la casa, suele formarse un *peculio*, que son bienes que se les otorgan cuando llegan a cierta edad. Cuando salen de casa, se les otorga un dote, sin tocar los bienes raíces pertenecientes a la familia, el monto de la dote se calculaba de acuerdo a las posibilidades de la casa y después de dado éste ya no se les otorga más. Pueden volver los bienes al tronco originario, una vez que fallezcan los propietarios sin hijos, o sin dejar disposición alguna. La mujer es tomada en cuenta para tomar decisiones y los demás hijos se encuentran al mismo nivel de derecho, a la educación, manutención y dote legítima, por parte de la casa. La viuda puede quedarse con su familia toda la vida, con derecho de ser sustentada por sus productos, pero podrá casarse nuevamente, sometiéndolo a consideración de los parientes, así como con la condición de que no le queden hijos pequeños, a esto se le llama *casamiento en casa* y no se hace distinción entre los hijos del primero y del segundo matrimonio.

También dentro de este tipo de familia se integra a los donados, que son célibes de una edad cualquiera que la familia adopta y que son cuidados como otro miembro más de la familia hasta su muerte, obviamente sin aspirar a la jefatura, y con la condición de trabajar para la casa y los miembros de la familia. El consejo de familia, es una figura muy importante que se presenta dentro de este derecho familiar, Ezquivel Obregón nos explica claramente cual es su contenido y función, extrayendo los comentarios más importantes, que considero puedan ser de utilidad.

El consejo de familia, también es llamado consejo de parientes y es el encargado de:

- A) Nombramiento del heredero o jefe,
- B) Autorización de segundas nupcias al cónyuge forastero,

- C) Arbitraje en caso de discordia,
- D) Elección de tutores,
- E) Interpretación de estatutos domésticos.

El consejo de parientes está formado, como su nombre lo indica por parientes, sin la intervención oficial que solo en casos excepcionales existirá.

Aquí también la familia es monogámica e indisoluble, esto por la religión, instituida por la iglesia. En esta época la familia tiene una influencia notable por parte de la iglesia y de la religión ya que se comienzan a perfilar valores y conceptos en el núcleo familiar como lo son el amor entre los miembros, el respeto y la ayuda entre ellos; la iglesia elevó la institución del matrimonio a la categoría de sacramento, dando así un giro importante a la conceptualización de la familia.

Mostrando un pequeño panorama de lo que la familia significa en culturas que ocuparon estos territorios antes de que lo hiciera la nuestra, se relatarán los rasgos más importantes que considero pueden servir para nuestro estudio.

En el derecho azteca no existía una concepción bien estructurada de la familia, la familia no es una unidad social, por lo tanto la concepción de familia que se tiene en Europa no encuadra con la visualización que los aztecas tenían.

Para poder entender mejor lo anterior podríamos decir que en Europa, cuando se hablaba de nobleza, se refería a que pertenecía a una familia distinguida, que su nombre era reconocido por la sociedad y siendo este nombre de familia transmitido de generación en generación (linaje). Sucede diferente con el pueblo azteca ya que entre ellos la familia no tenía un linaje, no tenía una función social, "no existía la familia de los Moctezuma, ni de los Cuitláhuac, ni de Cuauhtémoc"<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Idem P. 152.

Los españoles más adelante y con la *culturización* que hicieron a nuestros pueblos, crean una entidad familiar y vemos que Moctezuma, Cuitláhuac, etcétera, son convertidos en apellidos para identificar a cada familia y transmitir el nombre de generación en generación. Sin embargo “en el idioma azteca existían las palabras para designar al padre (*tatl*), madre (*mantl*), hijo (*pipiltzin*), tío (*tiatli*) hermano mayor (*techcauh*), hermano menor (*teiciauh*) para los abuelos era indistinto y no había una en especial, pero eran llamados generalmente (*coll*) y (*tec*)”<sup>35</sup>.

Entre los aztecas la familia era poligámica, aunque la religión traída de los españoles luchó por cambiarla, los indios se resistían a hacerlo, ya que estas eran sus costumbres; la familia jugaba un papel importante para el joven que deseaba casarse, ya que él escogía a la novia y lo sometía a la consideración de la familia, siendo las mujeres más viejas de la familia quienes pedían el consentimiento de la familia de la novia para el casamiento.

Entre la sociedad azteca era reconocido el derecho al divorcio que en el capítulo del matrimonio explicaré más detalladamente.

Aquí la organización familiar también era patriarcal y el padre en caso de que nacieran gemelos *Cocua coatl*, tenía la facultad de matar a alguno de sus hijos, ya que se tenía la creencia de que esto era una señal de que alguno de los padres podría desaparecer.

La familia no podía educar a sus hijos, siendo el Estado quien impartía la educación, en escuelas creadas para ese fin, conocidas como *calmecac* y *telpuchcalli*, donde estudiaban hombres y mujeres indistintamente.

Dentro de la organización familiar al morir el padre su viuda se casaba con el hermano del difunto, quedando los hijos menores bajo la potestad del hermano mayor o del padrastro; lo anteriormente señalado ocurría cuando el difunto no había dejado a nadie encargado de su familia, cosa que por regla general tenía que hacer antes de fallecer.

---

<sup>35</sup> Idem.P.152.

Así vemos que la familia a través de los tiempos ha presentado cambios significativos, pero así mismo ha conservado otras tantas características que la han constituido en lo que hoy conocemos.

De la información que fue recopilada y que se presentó con antelación, podemos señalar que se han constituido tres tipos de familia a lo largo del tiempo.

De ésta manera y no en orden cronológico encontramos aquella familia compuesta por la madre, el padre, los hijos ya sean estos propios o adoptados, donde no importa la paternidad biológica de los miembros; esta familia es la más usual en la sociedad que conocemos.

Una segunda clase, podría ser aquella donde los parientes forman parte de la familia como las esposas de los hijos, los abuelos, los nietos, etcétera.

Y una tercera forma que descansa en un matrimonio plural, donde el hombre está en libertad de tener varias esposas, teniendo hijos con todas ellas indistintamente; caso opuesto lo es la poliandria, donde es la mujer la que tiene varios hombres, aunque este tipo de familia se presenta de manera muy remota, encontrándola por ejemplo en el Tíbet en comunidades de escasos recursos, denominándose en algunas ocasiones poliandria fraterna, cuando varios hermanos comparten la misma mujer.

### 1.2.1.- EVOLUCION DE LA FAMILIA

Como apunta Fernando Barrera Zamorategui, catedrático de nuestra máxima casa de estudios, la familia a través de su historia la podemos clasificar en tres tipos:

"1.- Promiscuidad dentro de la familia.

2.- La familia por grupos, y

3.- Poligamia.- Se basa en una familia integrada por una persona que hace vida marital con varias, del sexo opuesto.

Desde el punto de vista teórico la podemos dividir la poligamia en la poligénia y la poliandria"<sup>36</sup>.

Dando seguimiento y retomando lo anterior, encontramos en los tiempos modernos como se ha conformado la familia. Ahora pasaremos al estudio de la concepción que de ella tiene el derecho mexicano y como la regula, por último estudiaremos el papel que dentro de la familia juegan los métodos de reproducción asistida desde nuestro humilde punto de vista.

La familia moderna se caracteriza por ser, una institución fundamentalmente basada en una relación sexual entre los padres, suficientemente precisa y duradera, que permite la procreación de los hijos.

Dentro de la familia moderna uno de los fines es la procreación, la ayuda mutua y la independencia de los hijos para con sus padres. De igual manera encontramos también un desligue e independencia de la mujer a la manutención económica de un hombre.

Me atrevería a decir que dentro de la sociedad actual la familia ya no es una obligación sino un gusto, donde los interesados en formarla pueden hacerlo libremente. La familia ha perdido esa estabilidad y fuerza que la caracterizaban.

Sin embargo en nuestro País la familia sigue siendo la base de nuestra sociedad y la fuente de educación más importante para el desarrollo del individuo.

La familia es considerada el centro de la vida de cualquier ser humano ya que es de aquí de donde surge su educación, es su origen. Su desarrollo para la edad adulta depende de la convivencia familiar que haya tenido, la familia genera un núcleo de sentimientos y emociones inherentes a nosotros mismos, de aquí la importancia de desarrollarnos en un núcleo familiar.

Tan importante es ésta que el patrimonio de la familia es transmitida de padres a hijos, por la figura jurídica de la herencia.

---

<sup>36</sup> Apuntes de Derecho Familiar de la cátedra del Lic. Fernando Barrera Zamorategui. Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de derecho. Nuevo plan de estudios 14 de Octubre de 1996.

Eli Chinoy en su libro *La Sociedad* apunta "la familia debe de verse como un todo más amplio: el sistema de parentesco. Este último consiste de una estructura de papeles y relaciones basadas en lazos de sangre (consanguinidad) y de matrimonio (afinidad) que liga a los hombres, las mujeres y a los niños dentro de un todo organizado"<sup>37</sup>.

En su misma obra nos presenta una definición de George Murdock de la familia, misma que a continuación transcribo, "Adultos de ambos sexos, por lo menos dos de los cuales mantienen una relación sexual socialmente aprobada y uno o más hijos propios o adoptados de los adultos que cohabitan sexualmente"<sup>38</sup>.

Veremos más adelante lo que a mi consideración este concepto de familia ha cambiado, toda vez que como veremos, no hace falta ya una unión sexual por parte de los progenitores.

## 1.2.2.- LA FAMILIA PARA EL DERECHO CIVIL MEXICANO

A través del tiempo, las relaciones que existen, como producto del núcleo familiar, han sido reguladas habiéndose formado un conjunto de disposiciones jurídicas, encaminadas a la estructuración y protección de la familia.

El desarrollo de la familia por su importancia ha sido protegido bajo la potestad del Estado, ya que éste es el que se encarga de vigilar que los derechos y obligaciones que de la familia nacen, sean cumplidos, protegiendo así la integridad de los miembros de la familia.

Lo anterior con el fin de que la familia pueda llegar a alcanzar de la mejor manera los fines y objetivos para los que fue creada como lo son la procreación y la educación moral para los hijos. Esta educación comprende lo intelectual, lo social, lo económico, así como todos los roles que uno como individuo miembro de una sociedad desempeña.

---

<sup>37</sup> Chinoy, Eli. Op. Cit. P. 140.

<sup>38</sup> Idem. P 141.

En el derecho civil mexicano el Código Civil señala cinco elementos que conforman a la familia.

Como apunta Galindo Garfias “el derecho de familia se ocupa:

- a) Del Matrimonio (que lo trataremos en el siguiente capítulo);
- b) El concubinato;
- c) La filiación y el parentesco (que nosotros estudiamos por separado);
- d) De la protección de los menores e incapacitados;  
( patria potestad y tutela); y
- e) Del patrimonio de familia.”<sup>39</sup>

Como el matrimonio y la filiación serán explicados en capítulos posteriores, nos ocuparemos del parentesco, del que ya hemos venido hablando en el desarrollo de este capítulo.

Ya hemos visto que para algunas comunidades, los lazos de sangre fueron de gran importancia, mientras que para algunas otras no, desde tiempos muy remotos se ha procurado la prohibición del incesto a toda costa. Los descritos y muchos antecedentes más, igual de remotos han influenciado a nuestro derecho civil.

A continuación mencionaremos lo que para nosotros es el parentesco denotándose claramente la influencia histórico-jurídica recogida por los pueblos a través del tiempo.

El Código Civil señala que para la ley no hay más parentesco, que el de *consanguinidad* (hecho biológico) el cual existe entre personas que descienden de un mismo progenitor, en nuestro derecho solo se reconoce hasta el cuarto grado en línea colateral y sin ninguna limitación en línea ascendiente; el de *afinidad* que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y viceversa; y por último el *civil* que es el que nace de la adopción y solo existe entre el adoptado y el adoptante.

---

<sup>39</sup> Galindo Garfias, Ignacio . Op. Cit. PP. 439 Y 440.



La unidad empleada para medir el parentesco es el grado. Este consiste en determinar la relación directa que se establece entre el ascendiente y el descendiente lo que se conoce como generación, la sucesión en grados forma la línea de parentesco. A su vez esta línea podrá ser recta o transversal.

La línea recta se compone de una serie de grados que se establecen entre personas que descienden unas de otras, de igual manera la línea recta puede ser ascendiente o descendiente según el punto de partida y la relación a la que se atiende, así tenemos que es ascendiente la que liga a una persona con su progenitor o tronco de procedencia y descendiente la que liga al progenitor con los que de él proceden.

La línea colateral puede ser igual o desigual; es igual cuando las personas que forman la relación de parentesco, están a igual distancia o grado del progenitor común, por ejemplo los primos hermanos, y es desigual, cuando están en grado desigual, como por ejemplo, el tío y el sobrino.

Para poder medir el parentesco se cuentan los grados o generaciones que existen entre los extremos de la relación de que estemos tomando referencia, cuando estamos en presencia de un parentesco en línea recta o bien contando a todas las personas que intervienen en la relación y descontamos al tronco.

Cuando se está en presencia de una línea colateral, el parentesco se mide en igual forma, ya sea por generaciones o personas, pero solo al contarse por generaciones se sube por un lado de la línea directa y se baja, por el otro, en la otra línea directa.

El parentesco por afinidad, es el vínculo que surge por virtud del matrimonio con los parientes, consanguíneos del otro cónyuge.

Para sacar el cómputo del grado del parentesco por afinidad, se substituye al cónyuge en el lugar que ocupa el consorte en su familia consanguínea, ponemos al hombre en el lugar de la mujer, en el lugar que ella ocupa en su familia consanguínea y éste tiene el mismo grado que ella, pero por afinidad.

El parentesco civil o por adopción nace de la adopción y sólo existe entre adoptante y adoptado, no así entre los parientes, surgen efectos jurídicos iguales a los que nacen entre el hijo y el progenitor.

Es evidente que todas estas clases de parentesco que contempla nuestra legislación provocan una serie de efectos jurídicos. Entre todos estos efectos incluiremos como los principales:

- a) El de heredar o derecho de sucesión;
- b) El de recibir alimentos o derechos de petición alimenticia;
- c) Los de ejercer la patria potestad y los que derivan de su ejercicio;
- d) El de ejercer la tutela legítima;
- e) Los hijos tienen derecho a llevar el apellido paterno de los dos progenitores;
- f) Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad que los padres ejercen;
- g) Los hermanos y medios hermanos, no pueden casarse entre sí, un tío y un sobrino carnal, no pueden casarse;
- h) El matrimonio no puede realizarse con parentesco en línea recta, aquí hay prohibición sin límite de grado. Los efectos que tiene el parentesco sin límite de grado y el colateral hasta el cuarto grado se traducen en:
  - Todos tienen obligación de darse alimentos.
  - Se tiene la tutela legítima sobre los menores de edad no emancipados.
- i) En cambio los efectos del parentesco por afinidad se traducen en que; por regla general no se producen las consecuencias del parentesco consanguíneo a excepción de que hay prohibición para contraer matrimonio entre los que fueron parientes por afinidad sin límite de grado;

- j) Los efectos del parentesco civil o por adopción, se dan sólo entre adoptante y adoptado. Son idénticos a los que se dan entre progenitor e hijo, la única prohibición que se tiene es el contraer matrimonio entre ellos, ni con los descendientes de éste, en tanto perdure el lazo resultante de la adopción.

Una vez analizados los aspectos generales de lo que la familia y el parentesco han sido a través de la historia, y toda vez que hemos analizado estos mismos conceptos dentro del derecho mexicano. Lo expuesto anteriormente trataremos de encuadrarlo dentro de lo que es la inseminación artificial y así podremos ver cuales son los problemas que podrán presentarse.

Cabe aclarar que las respuestas a estos planteamientos no están contenidas en este capítulo, de tal manera que estarán planteadas hipotéticamente en los capítulos procedentes.

Nosotros los que nos dedicamos al estudio del derecho no podemos dejar pasar de largo, la realidad que alrededor de nosotros se presenta a diario.

Toda vez que una de las fuentes del derecho, son las fuentes reales, éstas nos deben o nos deberían de dar la pauta para que nosotros a través de estas realidades podamos crear normas de derecho. Normas jurídicas que nos permitan regular las nuevas situaciones originadas por la práctica de técnicas de reproducción asistida, mismas que afectan a nuestra esfera jurídica y que producen cambios en nuestro orden jurídico.

Tomando como base el estudio que estamos realizando sobre las técnicas de reproducción asistida, en sus diferentes formas o métodos, podemos decir que éste acto está trastocando conceptos fundamentales para el derecho de familia como son, el parentesco, la filiación, el derecho a heredar e inclusive el matrimonio.

Por lo que aquí toca hablaremos de los cambios y de los supuestos que pueden presentarse en caso de que una mujer se realice una inseminación artificial.

A través de la historia, hemos observado, que la paternidad siempre ha sido presumible e incluso nuestro código civil recoge estas ideas, en cambio la maternidad nunca

antes de la aparición de las técnicas de reproducción asistida pudo ponerse en duda. Hoy en día no nos es tan extraño que al leer los periódicos, ver los noticieros o inclusive platicando con el vecino, nos demos cuenta que este tipo de prácticas ya se viene presentando desde hace tiempo.

Y que ahora determinar la filiación de un hijo y por ende su parentesco con todos los miembros de una familia, debido a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida podrá causar varios problemas, éticos, psicológicos y jurídicos o legales.

Se ha hablado de que la maternidad no era presumible, es evidente que el día de hoy el concepto ya puede estar (sino es que ya lo está) comenzando a cambiar, toda vez que para el mundo jurídico sería difícil señalar en caso de que se conociera que se practicó una maternidad subrogada donde el óvulo de una mujer fue fertilizado con el esperma del marido y el embrión fue depositado en otra mujer distinta, quien será la madre, entonces ahora ya también podemos hablar de que la maternidad es presumible.

Para concluir podemos observar como los lazos de parentesco podrían verse seriamente afectados por estos avances en la rama de la medicina que nos ocupa, y asimismo como el concepto tradicional de familia puede comenzar a cambiar, viéndose afectadas las relaciones y sentimientos que pueden presentarse dentro de ella. ¿Qué repercusiones tanto morales como psicológicas traería al niño el enterarse que su abuela es su madre, que su padre también es su cuñado y que su misma madre también resulta ser su hermana?.

En capítulos posteriores veremos algunas hipótesis de solución o prevención, una vez que hayamos estudiado más a fondo lo que son las técnicas de reproducción asistida y los posibles conflictos que podrían presentarse por su aplicación.

### 1.3.- EL MATRIMONIO

El interés en estudiar la figura jurídica del matrimonio, es que de ella hasta la fecha en nuestro derecho se derivan otras situaciones jurídicas como el parentesco, familia y

filiación entre otras. Comenzaremos con el estudio del matrimonio desde su origen. Los antropólogos han señalado, que entre los primates ya existía un proceso de asociación y asimismo de cierta permanencia entre la pareja, por lo cual podemos hablar de que ya había en cierta manera una especie de matrimonio, por llamar de alguna manera a esa unión, cuyo origen era meramente natural. Mucho más adelante al organizarse en pequeños grupos y por evitar o prevenir el incesto, los integrantes de una tribu podían contraer matrimonio con las mujeres de otra tribu, y viceversa, figura a la que nosotros llamamos exogámia.

En algunas otras comunidades o pueblos, como ya lo habíamos apuntado anteriormente era permitido y llegaba a ser totalmente obligatorio el matrimonio entre los miembros de una misma familia, tal y como ocurrió en la familia egipcia. Como ya lo hemos visto el objeto de ello era la conservación de la pureza racial, al no mezclarse con otras razas o familias distintas (endogámia).

Podemos decir que anteriormente no existía una elección libre de la pareja, ya que como Eli Chinoy señala:

“Dos tipos de normas limitan la selección de un esposo o esposa es la endogámia y la exogámia, las reglas endogámicas exigen que el matrimonio se celebre dentro del grupo, las violaciones a tales reglas implicaban a veces grandes penas, la endogámia resulta muchas veces un simple resultado de las normas convencionales del intercambio social, más que el producto de leyes reconocidas”<sup>40</sup>.

De igual manera continúa su explicación señalando que "las reglas exogámicas prohíben los matrimonios dentro de un grupo. Así por ejemplo, muchas sociedades primitivas exigen a sus miembros que se desposen fuera de la tribu o del clan manteniendo de este modo una constante red de relaciones con otros grupos, relaciones basadas principalmente en el matrimonio. En estas sociedades hay tabúes de incesto que prohíben las relaciones sexuales y el matrimonio entre miembros de la familia nuclear, es decir entre padre e hija,

---

<sup>40</sup> Chinoy, Eli. Op. Cit. P. 151.

madre e hijo, hermano y hermana y usualmente entre abuelos y nietos. Aunque las relaciones sexuales son a veces permitidas entre personas que no podían casarse, por lo general coincidían los dos tipos de prohibiciones<sup>41</sup>.

Podemos apreciar como el tabú del incesto influyó desde las comunidades más antiguas y más adelante estudiaremos como ha influido hasta nuestros días.

Continuando con la historia, surge el matrimonio por compra o rapto, “una huella de estos sistemas aparece en forma legendaria en el rapto de las sabinas, y más tarde en Roma quedó un rastro del matrimonio por compra a través de la *coemptio* (venta simbólica de la mujer al futuro marido quien pagaba por ella un precio). Es posible que la ceremonia de la entrega de las arras en el matrimonio católico encuentre su antecedente remoto en el matrimonio por compra<sup>42</sup>.

En el apartado anterior hablamos de la familia romana y pudimos ver como para los romanos la familia era una unidad, político-económica pero sobre todo religiosa, ahora veremos como la religión influyó en el matrimonio dentro de la familia romana.

Entre los romanos al matrimonio se le denomina *iust nuptiae o iustum matrimonium*, el hombre toma el nombre de *vir* y la mujer *de uxor*.

La base de la familia romana es el matrimonio, tratándose probablemente de la primera institución establecida por la religión doméstica. Las familias romanas contaban cada una con su propia religión y sus miembros tenían que profesarla; cuando había hijas y estas eran pedidas en matrimonio por un joven de otra familia, el matrimonio no se limitaba sólo a cambiar de casa sino a dejar por parte de la mujer las costumbres, y religión paterna y a cambiarlas por las del esposo, profesando otra religión, oraciones y ritos. Tan importante es el matrimonio que se traduce en una ceremonia santa, que había de producir sus grandes

---

<sup>41</sup> Idem P. 151.

<sup>42</sup> Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. P. 475.

efectos, era común entre los romanos denotar al matrimonio con palabras que eran alusivas al acto religioso.

La ceremonia no se realizaba en el templo, sino en la casa del novio y precedidos por el dios doméstico. La ceremonia se componía por tres actos, el primero ante el hogar del padre, el segundo era el traslado de los novios del hogar del padre al hogar del novio y tercero en la casa del marido.

El matrimonio romano fue muy parecido al griego que también se componía de tres actos que son *traditio*, *deductio in domun* y *confarreatio*.

En las institutas de Justiniano encontramos la siguiente definición del matrimonio "nupcias o matrimonio es la unión del varón y la mujer, que implica una costumbre individual de la vida; y en una versión más libre se puede traducir así, nupcias o matrimonio es la unión del varón y la mujer, con el propósito de convivir en forma permanente e indisoluble"<sup>43</sup>.

La religión enseñaba que el matrimonio era algo más que una relación de sexos y un afecto pasajero. La religión no podía aceptar más de un hombre o una mujer en el hogar, de tal manera que la familia es monogámica.

El derecho romano permitía la disolución del matrimonio por *coemptio* o por *usus*, pero la disolución del matrimonio religioso realmente era muy difícil.

"Más adelante en el ius civile, no se requería de ninguna solemnidad civil o religiosa para su celebración"<sup>44</sup>.

Los requisitos para contraer matrimonio eran principalmente:

- "a) El consentimiento de los que van a contraer matrimonio;
- b) Consentimiento del pater familias;
- c) La edad de la mujer era de doce años y para el hombre los catorce"<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Vid. Lemus García, Raúl. "Derecho Romano" Editorial Limsa. México 1980. P. 113.

<sup>44</sup> Idem., P. 115.

<sup>45</sup> Idem., P. 116

Los anteriores requisitos no son los únicos pero se señalan estos por ser los aspectos más generales.

Los impedimentos para contraer el matrimonio fueron principalmente razones de parentesco, cuestiones político sociales o la existencia de un matrimonio común. Asimismo la disolución del matrimonio podía ser por las siguientes causas.

- "a) Muerte de alguno de los esposos;
- b) Extinción de la libertad;
- c) Pérdida del *status civitatis* de uno de los esposos;
- d) Por esterilidad de la mujer"<sup>46</sup>.

También existían otros dos tipos de matrimonio que eran: el matrimonio *cum manus* donde la mujer pasaba a formar parte de la familia y existía también el matrimonio *sine manus* que era aquel donde la mujer no entra a la familia del marido y ambos cónyuges tenían la facultad de solicitar el divorcio.

Para resumir podemos hablar de que el proceso histórico del matrimonio que se vivió en el pueblo romano constó de tres etapas importantes; la primera etapa del matrimonio va acompañada de la *manus*, en la segunda encontramos el *cum manus* y paralelamente el *sine manus* y para la tercera etapa la *manus* tendía a desaparecer, ya que perdió su fuerza por lo que en esta tercera etapa ya sólo se habla del *sine manus*.

Un aspecto importante que debemos de cubrir dentro de la organización romana respecto al matrimonio son las características del mismo y por señalar las más importantes podemos decir que, en él los esposos se debían una ayuda mutua y sobre todo una fidelidad recíproca.

En el matrimonio *cum manus* la mujer deja a su familia y pasa a la del marido, en este caso el esposo es el propietario de todos los bienes de la esposa y de aquellos que se

---

<sup>46</sup> *Idem.*, P. 118



adquirieron con posterioridad al matrimonio, si el marido fallecía, la mujer tenía derecho a participar de la herencia en la misma porción que los hijos.

En el matrimonio *sine manus* la mujer no podía gozar de estos derechos señalados con anterioridad.

Con la información y datos que se han presentado ya podemos contar a grandes rasgos con un conocimiento de la organización y funcionamiento del matrimonio romano, de tal suerte que tomamos los aspectos que a mi criterio podrán ayudarnos para entender la problemática que se presentará en capítulos posteriores. Veremos por que es tan importante el estudio del derecho romano, asimismo analizaremos cuál de estos elementos ha sido transportado a través de la historia llegando a consagrarse en nuestro código civil.

Ahora, estudiaremos otros tipos de familia como es la visigoda, donde observamos que el matrimonio era un contrato de compraventa donde el padre enajenaba el *mundus* o *potestad* al esposo, la edad más hábil para contraer el matrimonio eran los 20 años y en general éste era monogámico, aunque para los nobles era lícito tener más esposas.

El derecho de los visigodos prohibía en un principio contraer matrimonio con persona de distinta raza, posteriormente éstas leyes quedan sin efecto con una tendencia a la desaparición de las diferencias raciales, aunque no se haya podido lograr completamente.

En el derecho tradicional español, cuando los hijos o las hijas contraían matrimonio tenían los mismos derechos a ser cuidados por la familia, si uno de los hermanos se establecía por su cuenta éste contaba con el derecho a la dote, entre los hermanos el único derecho que no se compartía era la jefatura (reservado al hermano mayor).

El consejo de familia que ya mencionamos en el capítulo anterior, está formado en su totalidad por parientes y es el que aprueba a la futura esposa del joven que pretende contraer matrimonio.

En esta época el matrimonio es elevado a sacramental por la intervención de la iglesia.

Como podemos ver la unión matrimonial ya tenía una carga de sentimientos basados en el amor de la pareja.

Los impedimentos para contraer matrimonio se calificaban en los *impedientes* y *dirimientes*, los primeros hacen que el matrimonio se considere ilícito y los segundos sólo lo califican de nulo. Como ejemplo de los impedientes está el consentimiento de los padres, el voto simple de castidad, prohibiciones de la ley civil, etcétera.

Los impedimentos dirimientes podían atañer al derecho de las partes o lo referente a la disciplina del matrimonio; como ejemplo podríamos señalar las diferencias de religión, el parentesco en línea recta o colateral entre hermanos.

En esta época existieron o se manejaron los esponsales que nuestro derecho adopta a través de la historia y llegaron a tener tal importancia que se les consideró como matrimonio, sujeto a una condición suspensiva, los esponsales eran un contrato celebrado entre el padre y el aspirante al matrimonio con la hija.

En cuanto a la formalidad del matrimonio el sacerdote era sólo un testigo y cualquiera podía realizar ésta función, ya que lo importante en este acto era que la pareja manifestara públicamente su voluntad de unirse, El matrimonio era mogámico instituido también por la iglesia. El concubinato era mal visto, y la sociedad lo conocía con el nombre de *barragania*, pero aún así existían dentro de él los mismos impedimentos que a grado de parentesco se presentaban en el matrimonio.

De lo anterior podemos ver que en esta época el matrimonio más que una institución jurídica o social lo era religiosa. Vemos entonces que en este derecho la intervención de la iglesia tuvo una gran importancia.

Una vez que hemos estudiado estas formas de matrimonio que se asemejan enormemente a la figura que consagra nuestro código civil, pasaremos al estudio del derecho azteca.

En el derecho azteca existía una concepción de familia y matrimonio que a grandes rasgos contenía las siguientes características:

La edad para contraer matrimonio eran los 22 años para el hombre y entre los 10 y los 18 para la mujer, contraerlo era una obligación y el hombre que no lo hacía en su tiempo ya no lo podía hacer, acción mal vista dentro de los aztecas.

El matrimonio estaba prohibido en línea recta y colateral sin límite de grado pero no era tan rigurosa la prohibición de contraer matrimonio con la madrastra; era costumbre que el hermano del difunto se casara con la viuda, para la protección de los hijos. El matrimonio entre primos, tíos y sobrinos era muy frecuente.

La poligamia era lícita y muy frecuente, principalmente entre los nobles y los reyes.

Cuando una pareja no se unía en matrimonio, sino en un tipo de concubinato por llamarlo de alguna manera, si los vecinos lo consideraban como un matrimonio por largo tiempo, entonces, esta unión producía todos los efectos jurídicos del matrimonio legítimo.

La familia se reunía cuando el joven alcanzaba la edad para casarse y pedían a la novia en matrimonio, llevando obsequios para tal efecto; la familia de la novia se negaba de primera instancia, aceptando a la segunda visita y se arreglaban los términos en que iba a realizarse el matrimonio.

Era reconocido el derecho a divorciarse para ambos, el hombre podía solicitarlo cuando la mujer fuera estéril, pendenciera, impaciente, descuidada y perezosa; y para ella no se conocen las causas sobre las que podía fundar su divorcio.

"Los tribunales dictaban la separación y cada cual quedaba libre y podía hacer lo que quisiera. Pero si alguna vez los divorciados se volvían a juntar esto era castigado con la pena de muerte. El hombre casado, soltero o no sacerdote podía tener cuantas mujeres quisiera, con tal de que fueran libres de contraer matrimonio. La unión accidental de un hombre casado o soltero con una mujer soltera no tenía ninguna sanción. Pero el adulterio era

severamente castigado (nada más con la muerte), si el marido mataba a los adúlteros éste también era castigado con la muerte por homicidio”<sup>47</sup>.

Dentro del derecho que actualmente nos regula muchas de las figuras estudiadas en el preámbulo de este tema son casi idénticas, siendo de admirarse que el derecho azteca fuese tan parecido y en algunas figuras y costumbres idéntico al de otras culturas que eran separadas por miles de kilómetros, años y hasta por un océano; de lo que nosotros concluimos que el matrimonio es innato al hombre y los fines que se buscan por su medio serán los mismos no importando la cultura de que se trate. Dada la observación que antecede podemos adentrarnos al estudio del matrimonio en nuestro derecho, que como ya se ha observado tiene gran similitud a lo ya estudiado.

### 1.3.1.- EL MATRIMONIO PARA EL DERECHO CIVIL MEXICANO.

El matrimonio es un contrato de una naturaleza especial, que se contrae a voluntad, con ciertas solemnidades; pero que por lo general no se deshace, como los demás contratos, por la sola voluntad de las partes. Nuestra ley no nos proporciona una definición de lo que es el matrimonio, pero indirectamente se puede establecer, primero, que el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios competentes y con las formalidades que se exigen; lo que significa que es un contrato solemne; y segundo, que cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua a que se obliguen los cónyuges, se tendrá por no puesta; lo que equivale a definirlo como el *contrato solemne por el que se une un solo hombre y una sola mujer para perpetuar la especie y ayudarse mutuamente*.

Es un contrato por que se realiza con el consentimiento de quienes lo forman. Es solemne por que su celebración se lleva a cabo con la concurrencia de un funcionario especial.

---

<sup>47</sup>Vid. Esquivel Obregón, Toribio. Op. Cit. P. 184.

Su fin es biológico al procurar la perpetuación de la especie y es por eso necesaria la concurrencia de dos individuos del sexo opuesto. Tiene también un fin social que es la ayuda mutua.

El matrimonio ha sido en la antigüedad y es en nuestros días la institución en que descansa la familia, que es a su vez la base sobre la que se sustenta de la sociedad.

No basta la capacidad ordinaria de contratar y obligarse, para poder contraer matrimonio, sino que es preciso llenar ciertos requisitos que constituyen la aptitud necesaria para contraerlo; requisitos que se fundan en razones de acuerdo al fin eminentemente social y trascendental del matrimonio. Unas veces se refiere sólo a la aptitud biológica, es decir la pubertad de los contrayentes, otras a las condiciones de salud requeridas y otras más, a circunstancias que previenen la degeneración de la raza o que se fundan en los principios de moral y orden social, como por ejemplo el atentar contra la vida de uno de los cónyuges, para casarse con otro, etcétera.

Estos requisitos, cuando se refieren a circunstancias de las personas que pretenden celebrar el matrimonio, se llaman requisitos *intrínsecos*, como por ejemplo, la edad o la salud, y cuando se refieren a circunstancias exteriores a dichas personas se llaman requisitos *extrínsecos*, por ejemplo la celebración del matrimonio ante el juez del registro civil.

Cuando falta a la persona la aptitud necesaria para contraer matrimonio es que existe una circunstancia que impide dicha celebración o que existe un impedimento, que definimos como la falta de aptitud necesaria para contraer matrimonio. Los impedimentos pueden ser de tal manera graves, que imposibiliten en lo absoluto la celebración del matrimonio, o que, celebrado lo destruyen, llamándose a éstos *dirimentes* (que disuelven desunen o rompen); o bien puede ser dispensables y entonces se les llama *impedientes*.

La ley enumera los siguientes impedimentos para la celebración del matrimonio:

Se exige una edad de 16 años para el hombre y de 14 en la mujer para poder contraer matrimonio, estableciéndose presuncionalmente que a esta edad el hombre y la mujer tienen respectivamente la aptitud biológica necesaria. Cuando esa edad falta no se puede celebrar ese matrimonio, a menos que esa falta haya sido dispensada.

El parentesco influye de un modo diverso como impedimento para contraer matrimonio; el parentesco consanguíneo ya sea legítimo o natural en línea recta sin limitación de grados, ya sea ascendiente o descendiente; en línea colateral igual el impedimento comprende a los hermanos y medios hermanos; en la línea colateral desigual el impedimento se extiende a los tíos y sobrinos dentro del tercer grado, aunque ese impedimento puede dispensarse. El parentesco por afinidad en la línea recta y sin limitación del grado; y el civil entre adoptante y adoptado mientras dure esta relación.

Es impedimento para contraer matrimonio el adulterio de las personas que pretenden contraerlo. asimismo el atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el que quede libre es otro impedimento.

El empleo de la fuerza física o moral o infundir miedo grave a uno de los cónyuges para obtener el consentimiento y siempre que este subsista al celebrarse el matrimonio es otro impedimento.

Son impedimentos la embriaguez habitual, la morfinomanía, la heteromanía el uso indebido y persistente de otras drogas o enervantes, también lo son algunas enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias y el idiotismo y la imbecilidad.

El matrimonio se considerará nulo cuando sea celebrado por error sin los requisitos de ley y mediante impedimento, es nulo, ya sea relativamente o absolutamente.

Es la obligación principal de los cónyuges la de contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y socorrerse mutuamente, vivir juntos en el domicilio conyugal, teniendo

en el hogar conyugal autoridad y consideraciones iguales así como el derecho a decidir sobre la educación de los hijos y la administración de los bienes.

Como veremos más adelante, la constitución que el matrimonio ha tenido a lo largo de la historia, se verá trastocada en muchas de sus funciones, así como los derechos que son inherentes a él, debido a la utilización de nuevas técnicas de reproducción asistida. En este momento mencionaré como un ejemplo entre otros la situación de que para concebir un hijo por medio de los métodos de reproducción asistida, no es necesaria la conjunción carnal, que como la establece la ley es uno de los fines del matrimonio.

Es recomendable que los hijos que son producto de una técnica de reproducción asistida gocen del derecho que nuestra ley consagra que es el de tener una familia en donde puedan desarrollar todas sus capacidades.

#### 1.4.- LA FILIACION

Para entrar al estudio de la Filiación antes que nada, analizaremos su raíz etimológica, esta palabra proviene del latín *Filius* que significa hijo.

La filiación en un sentido estrecho define la relación que se establece entre el padre y la madre con respecto al hijo es decir paternidad o maternidad a contrario sensu, vista desde el lado del descendiente. Los extremos de esta relación son padre, madre e hijo.

Con la anterior descripción podremos comprender cual es la raíz de la Filiación y de la misma manera encontraremos que el estudio de la misma en estos tiempos de cambio se complicará aun más debido a las modernas técnicas de reproducción asistida, mismas que analizaremos más a conciencia con posterioridad dentro de nuestra obra; limitándonos en este momento a decir que en el pasado (y actualmente para nuestras leyes) hablar de

Filiación tenía relación directa con procreación y "actualmente ya es posible hablar de procreación sin filiación"<sup>48</sup>.

Entre otros casos la gran importancia de la Filiación la encontraremos con respecto a los derechos y obligaciones que como hijo se adquieran, como podrían ser la herencia, patria potestad, alimentos, el nombre, etcétera. Como lo señala Rogina Villegas "la filiación puede tener dos connotaciones, en sentido amplio se trata del vínculo jurídico que se establece entre ascendientes y descendientes sin grado de limitación; y en sentido estricto es la relación jurídica que existe entre el progenitor y el hijo, de lo que se desprenden una serie de derechos y obligaciones y es una situación jurídica permanente"<sup>49</sup>.

El problema de la Filiación se había resuelto con fórmulas no muy complicadas para determinar la misma dentro de éstas podemos agregar los casos de adopción que trae como consecuencia una Filiación con todos los efectos que ésta implica.

Para el autor argentino Eduardo A. Zannoni; "Desde una perspectiva amplia el derecho de la filiación comprende todas aquellas relaciones jurídicas familiares que tienen como sujetos a los padres respecto de los hijos, y recíprocamente, que atañen tanto a la constitución, modificación y extinción de la relación en cuanto al contenido que funcionaliza su objeto, es decir, la realización de los fines e intereses familiares que el derecho protege en razón de la paternidad y de la maternidad"<sup>50</sup>.

El autor Zannoni adentrado en un estudio de la Filiación desde la objetividad del derecho pero también desde la realidad del avance en las ciencias médicas y biológicas describe acertadamente; "La Filiación está determinada por la paternidad y la maternidad, de allí que la procreación constituya el presupuesto Biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno-filial. Aun así esta relación puede constituirse sin atender al hecho biológico, como acaece en la adopción y en la legitimación adoptiva. En tales casos la filiación

---

<sup>48</sup> Zannoni, A., Eduardo. " Derecho civil derecho de familia ". Editorial. Astrea. Argentina 1989. P. 284.

<sup>49</sup> Rogina Villegas, Rafael. Op. Cit. P. 451.

<sup>50</sup> Zannoni, A Eduardo. Op. Cit. P. 283.



constituida obedece a imperativos juzgados de interés familiar que atañen al orden público"<sup>51</sup>.

Del mismo modo las modernas técnicas de fecundación asistida, permiten disociar la procreación de la cópula entre los progenitores mediante la inseminación artificial o la fecundación Extracorpórea, incluso, la posibilidad de disociación entre madre biológica y madre portadora o sustituta, obliga a replantear la determinación de la maternidad por el parto.

Entendiendo que la filiación en sentido estrecho designa la relación entre el padre y la madre con respecto al hijo se pudiera llamar paternidad o maternidad vista del lado del progenitor y filiación, vista del lado del descendiente.

#### I.4.1.- FILIACION LEGITIMA E ILEGITIMA

Esta clasificación sin mucha explicación se refiere a los hijos que nacen dentro del matrimonio o fuera de él, a la época de la concepción.

En tiempos pasados un hijo ilegítimo padecía de una discriminación que lo marcaba por el resto sus días, e inclusive en la actualidad alguna legislación. marcará rasgos de discriminación al señalarlos como hijos bastardos, adulterinos o incestuosos, cuando los padres que los concibieron se encuentran viciados por algún impedimento para contraer matrimonio y son llamados hijos naturales, sólo los que sus padres no padezcan impedimento alguno, aún sin estar casados. En este orden de ideas podemos señalar como un ejemplo el decir de Napoleón "la sociedad no tiene interés en que sean reconocidos los bastardos"<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Idem. P. 284.

<sup>52</sup> Vid. Zannoni A. Eduardo. Op Cit. P.285.

La filiación al paso de los años ha sufrido una gran evolución. La tendencia actual del derecho es a no diferenciar la filiación legítima de la ilegítima concediendo a los hijos nacidos fuera del matrimonio, los mismos derechos que a los nacidos dentro del mismo.

Aún así podremos encontrar legislaciones que marcan una diferencia en derechos de hijos legítimos e ilegítimos; como el caso del artículo 760 del Code Francés que concede derechos hereditarios al hijo adulterino en concurrencia con legítimos de su padre o madre, aunque la cuantía de llamamiento equivale a la mitad de lo que corresponde a estos.

Encontramos sin embargo, que a pesar de la prevalencia de estas disposiciones legales gran diversidad de países han otorgado derechos iguales a ambas formas de filiación sobre todo en los últimos 30 años; inclusive podemos encontrar reformas a: respecto de orden mundial como el convenio *sobre Estatuto Jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio* firmado el 15 de Octubre de 1975 por los integrantes del consejo de Europa, por el cual los países signatarios acuerdan *Los derechos del hijo nacido fuera del matrimonio en cuanto a alimentos y en cuanto a sucesión de los padres y miembros de las familias de estos, han de ser los mismos que si hubieran nacido dentro del matrimonio.*

En este orden de ideas las Naciones Unidas a través de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948*, a través de diversos instrumentos internacionales ha buscado la protección e igualdad de todos los hijos. Siendo así en 1978, el Consejo Económico y Social, elaboró *los principios generales sobre igualdad y la no discriminación con respecto de las personas nacidas fuera del matrimonio*, destacando en dicha declaración que toda persona nacida fuera del matrimonio tendrá derecho al reconocimiento legal de su filiación *materna y paterna*. Y una vez determinada la filiación, toda persona nacida fuera del matrimonio tendrá igual condición jurídica que la nacida de matrimonio.

---

Como ejemplo de países con esta nueva visión de la filiación podremos señalar dentro del continente Europeo, el artículo 108 del código civil Español que dispone *La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este código.*

En América podemos señalar el art. 240 del código civil Argentino que dispone *La filiación matrimonial y la extramatrimonial así como a la adoptiva plena surten los mismos efectos de acuerdo con las normas del código.* Como podrá observarse de su lectura, este artículo, fue tomado casi a la letra del artículo 108 del código civil Español. Otro país que podemos tomar como ejemplo es el nuestro.

En México también se hace la diferenciación en el Código Civil de hijos legítimos, hijos naturales y adoptados; concediendo los mismos derechos a los hijos naturales y a los legítimos, esto en sus artículos 324, 360 y 390 respectivamente. En México "el primero en proponer estas ideas de igualdad fue Venustiano Carranza"<sup>53</sup>.

Aún reconocida la igualdad de derechos de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, en la actualidad nos enfrentamos a otro inconveniente y este va en relación con el reconocimiento de la filiación.

Si bien es cierto que dentro del matrimonio tanto la paternidad como la maternidad es inexcusable también encontramos que cuando existe una separación de los padres por más de 300 días, el cónyuge no podrá presumirse como el padre, por otro lado la maternidad no podrá ser negada pudiendo con esto decir que siempre la maternidad será determinable en forma directa en tanto que la paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sólo se presume.

---

<sup>53</sup> Vid. Rogina Villegas, Rafael. Op. Cit. P. 458.

Pero ahora complicando más a fondo la determinación de la filiación podremos hablar de un fenómeno más actual y que es motivo de nuestro trabajo, se trata de las técnicas de reproducción asistida en todas las variedades que estas poseen. Aquí nos adentramos en otros problemas en cuanto a la determinación de la filiación a los que la sociedad actual y más específicamente nuestra sociedad (México) no está preparada para resolver; por una parte debido al total desconocimiento de lo que implica la inseminación artificial o extracorporal y por otro lado porque aún conociendo sobre el tema nuestro cuerpo normativo tiene un alcance nulo para resolver las controversias que se pudieran suscitar en este orden de ideas.

#### 1.4.2.- DETERMINACION DE LA FILIACION

La determinación de la filiación puede ser de tres tipos; legal cuando así lo establece el ordenamiento jurídico voluntaria cuando hay reconocimiento expreso o tácito del hijo y judicial que es la determinada por sentencia que declare la paternidad o maternidad no reconocida basándose en pruebas relativas al nexo biológico.

Más adelante en el desarrollo de esta tesis nos daremos cuenta que estos tres tipos de determinación de la filiación encontrarán una serie de conflictos y obstáculos, por las controversias que puedan presentarse con relación a los procedimientos de reproducción asistida, mismos que negarán principios tan naturales y conocidos como lo es *Mater Semper Certa est*.

Así encontramos en los supuestos de aplicación de las técnicas modernas de reproducción que se crea un conflicto con las doctrinas del derecho, e inclusive con nuestra propia legislación.

### I.4.3.- LA FILIACION PARA EL CODIGO CIVIL MEXICANO

El derecho mexicano y más expresamente el Código Civil reconoce tres tipos de *filiación* dependiendo las varias circunstancias que dan origen a dicha relación o liga, mismas que a continuación describiremos.

Hijos Legítimos.- Llamamos así a los hijos nacidos de padres que se encuentran unidos bajo la figura jurídica del matrimonio que ya conocemos y sobre la que no abundaremos más. Con el propósito de determinar si un hijo ha nacido o no dentro del matrimonio el Código Civil dispone que los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio y los que nacen después de trescientos días posteriores a la disolución del matrimonio no importando el motivo de la separación se presumirán hijos del matrimonio, esta corriente para determinar la filiación encuentra su origen en el antiguo derecho romano.

De lo anterior podemos señalar que la única prueba, en caso de controversia sobre la paternidad será que el marido no hubiere tenido acceso carnal a su cónyuge dentro del transcurso de tiempo señalado. Tal y como se desprende de *pater is est quem justae nuptiae demostrant* asimismo el código civil contempla las posibles excepciones que pudieren ejercerse, con el objeto de reconocer o desconocer a un hijo y los términos en que éstas deberán ejercitarse.

La filiación legítima se comprueba, por el acta de nacimiento. En caso de ser declarado nulo el matrimonio los hijos serán considerados nacidos dentro de éste.

Por la sola falta de presentación del acta de matrimonio, no pueden disputarse a un hijo legítimo el haber nacido de matrimonio, siempre que compruebe haber tenido la posesión de estado de hijo del supuesto matrimonio.

Hijos Legitimados.- Dentro de la categoría de los hijos legítimos y con iguales derechos que estos se considera una categoría especial, los hijos legitimados que son

aquellos nacidos de personas que no están unidas en matrimonio pero que después lo contraen. Para llevarse a cabo la legitimación es preciso que los padres reconozcan a los hijos, ya sea antes de celebrarse el matrimonio, al celebrarse éste o durante su existencia y aún habiendo muerto el hijo si ha dejado descendientes, pero aunque el reconocimiento de los hijos legítimos se haga posteriormente, surte efectos desde el día que se celebró el matrimonio.

Hijos Naturales.- El Código Civil se refiere a los hijos naturales en su capítulo IV bajo el título *del reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio*, Pueden llamarse hijos naturales los nacidos de personas que no están unidas en matrimonio. Esta filiación se comprueba por el reconocimiento que los padres hacen del hijo. Los hijos naturales se llaman así cuando el reconocimiento se hace con posterioridad al levantamiento de un acta de nacimiento, ya sea por acta especial del registro civil o por otro medio.

Adopción.- La adopción, como originadora del parentesco llamado civil, se conoció desde los tiempos del imperio romano y aunque desaparecida posteriormente en los Estados Europeos, se introdujo en Francia por decisión de la asamblea legislativa durante la revolución de Enero de 1792.

Nuestro código actual establece que la adopción es el acto por el cual un mayor de 25 años toma bajo su cuidado y protección a un menor o a un incapacitado, aunque sea mayor de edad, para establecer entre ellos un parentesco civil.

Cabe hacer la observación de que para nuestro ordenamiento jurídico los lazos filiales sólo se entablan entre el adoptante y el adoptado, no así entre los demás *familiares*.

## CAPITULO II.- ANTECEDENTES HISTORICOS

### II.1.-ROMA

Es Roma una de las culturas más antiguas y por este motivo una de las guías y rectoras de muchos de los sistemas jurídicos que hoy en día conocemos.

Resulta curioso encontrar que ya en Roma existía una forma de preservar la especie, de continuar con el linaje que es tan importante en esta época, para el desarrollo de la familia y de la sociedad romana.

Como lo señala Fustel de Coulanges en su obra *La Ciudad Antigua* "Si un matrimonio resultaba estéril por causas del marido, no era menos necesario que la familia se continuase. Entonces su hermano o un pariente del marido debía sustituirlo, y la mujer tenía que entregarse a ese hombre. El hijo que nacía de esa unión se consideraba como del marido y continuaba su culto. Tales eran las reglas entre los antiguos que estas leyes se encontraron tanto en Atenas como en Esparta"<sup>54</sup>. Podemos observar claramente que los problemas de esterilidad siempre se han presentado y se presentarán en tanto el hombre exista, pero también es de reconocer que hemos conseguido el resolverlos ya sea mediante la adopción o la utilización de métodos de reproducción asistida.

En Roma los efectos jurídicos que se generaron o se derivaron de esta forma de subsanar la esterilidad por parte del marido fueron entre otros, el hecho de que el padre hace el reconocimiento del hijo nacido de la unión de su esposa y de su hermano o pariente considerándolo como suyo, reconociéndole públicamente los derechos a heredar y el derecho por excelencia para los romanos que es el de ocupar la jefatura y continuar con la tradición religiosa y cultural de la familia todo lo anterior para preservar el linaje y el nombre de la familia. Como podemos observar dentro de los romanos y con el objeto de preservar la especie era permitido y bien visto que cuando el pater familias presentara problemas de

---

<sup>54</sup> De Coulanges Fustel. Op. Cit. P.33

esterilidad, éste fuera reemplazado por un pariente para fecundar a su mujer. Este hecho lo podríamos equiparar con los tratamientos de fecundación artificial que actualmente se aplican para el tratamiento de la esterilidad.

## II.2.- TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA EN SERES VIVOS (ANIMALES).

Nuestro interés al tocar este punto no es conocer los procedimientos de mejora de especies, como podría ser por ejemplo la busca de mejoras en el aumento de producción de leche dentro del ganado vacuno; el objeto es presentar un breve panorama de las investigaciones y resultados que se produjeron en experimentos realizados con animales de varias especies, mismas que dieron origen a los procedimientos que actualmente se aplican al hombre con el objeto de tratar los padecimientos de esterilidad; los que conocemos como inseminación artificial, fertilización in-vitro, etcétera; y algunos otros métodos que no han sido practicados en el hombre (al menos no de manera pública u oficial).

Se calcula que ya por los años de 1400 después de Cristo, comenzaron a practicarse estudios y experimentos de inseminación por métodos artificiales en animales como lo son conejos y ratas, con fines de conocer mejor el funcionamiento de los organismos vivos, la mejora de especies, etcétera. Una vez que estos procedimientos fueron comprobados científicamente fue que comenzó a procurarse su aplicación en el ser humano.

"El preámbulo que dió origen a la transferencia embrional se presenta en el año de 1960, cuando el investigador Heape, logró obtener embriones después de lavar con una solución salina los oviductos de unas conejas y transferir sus embriones a otra coneja, lo que podríamos considerar como la raíz de la maternidad subrogada utilizada actualmente en el tratamiento de muchos casos de esterilidad"<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Zárate, Arturo. y Mac Gregor, Carlos. "Manejo de la pareja estéril". Editorial. Trillas. México1990. P. 89.



"Dos años después Witten logró desarrollar un complicado medio de cultivo, logrando crear embriones hasta llegar a la etapa de blastocitos. Los científicos Maclaren y Biggers, aprovecharon el avance tecnológico descrito con anterioridad consiguiendo trasplantar embriones de ratones"<sup>56</sup>.

Para el año de 1963, en reportaje publicado en el periódico *Excélsior* con fecha 9 de Abril del mismo año, " se reporta el nacimiento de un borrego en la Universidad de Alberta, de Canadá, el cual nació sin madre biológica; su madre tan sólo fué una máquina"<sup>57</sup>.

"Ya desde fines del siglo pasado se venían realizando diversas investigaciones sobre la ectogénesis en conejos, ratas y otros animales. Un notable zoólogo de origen británico Gregory Goodwin Pincus (1903 - 1967), obtuvo a fines de la década de 1930 un promisorio resultado: logró la activación artificial del óvulo no fecundado de una coneja y el primer parto de un conejo vivo sin padre biológico"<sup>58</sup> (lo que actualmente se conoce como clonación). Sus investigaciones continuaron en el área de la biosíntesis de las hormonas suprarrenales descubriendo el primer compuesto anticonceptivo.

En el mismo sentido de los experimentos anteriores podemos mencionar que en el año 1980, el científico Monk, demostró por medio de sus experimentos con ratonas "que durante las primeras divisiones en el estado de mórula de 8 células, si cada blastómera, unida laxamente, es separada del resto, mantiene el potencial de un adulto completo y Le Donarín, observó en 1984, que si dos mórulas de este tipo son fusionadas en un conglomerado de 16 células, el resultado final será un animal adulto único. Dos divisiones más tarde, las 32 blastómeras de la mórula se observan muy adherentes entre sí y han perdido su potencial de desarrollo total"<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> *Idem* P. 89.

<sup>57</sup> Periódico *Excélsior*. Domingo 9 de Junio de 1993. Primera sección primera plana México D.F.

<sup>58</sup> Zannoni, A. Eduardo. *Op. Cit.* P. 464

<sup>59</sup> Tozzini Italo, Roberto. "Esterilidad e infertilidad humanas". Editorial. Panamericana. Argentina. 1989 P.251.

Al observar lo anterior se puede ver claramente la posibilidad de manipular con éxito los componentes genéticos de la fecundación, alterando con ello las concepciones científicas tradicionales provocando replanteos éticos, y por supuesto la creación de situaciones jurídicas nuevas. Llegando tan sólo en la imaginación a la posibilidad de que mediante procedimientos de manipulación genética, y mediante la mezcla adecuada de los genes fecundados, se pueda agregar a las características genéticas que transmitieron por herencia los padres procreadores, otras de genes donados con otra información genética, obteniendo de esta manera un hijo de paternidad genética múltiple. Esto que parece un cuento de cienciaficción no lo es tanto y para muestra cabra señalar a la doctora Beatriz Mintz de nacionalidad norte americana, que "realizó el siguiente experimento, apareo dos ratones negros y simultáneamente dos blancos albinos. Cuando los huevos fertilizados de cada par se habían multiplicado en ocho células fueron colocados juntos y disuelta químicamente la membrana exterior que cubre a cada embrión. Después de entre mezclarlos, la doctora Mintz obtuvo embriones de ocho células con un cruzamiento de las mismas. Uno de estos embriones fue implantado en una hembra y se desarrolló hasta producirse la gestación de una cría"<sup>60</sup>.

De lo visto nos percatamos de que en el hombre tan sólo se practican algunos de los procedimientos que día con día se aplican en los animales, pero que sí hoy en día se aplican en el ser humano algunos de los métodos descritos, que no nos extrañe que en el futuro los experimentos que aún no se han aplicado se pretendan aplicar, y sin la existencia de una ley que lo prohíba; en un futuro incierto hasta éste momento los futuros hijos no necesitarán de un padre para ser creados, y aún que la clonación no es tema de este estudio es necesario alertar a la sociedad de la latencia de estos problemas, con el objeto de que reflexione lo aberrante que sería que las ciencias médicas llegaran al extremo de aplicarla en el ser humano.

---

<sup>60</sup> Vid. Zannoni, A. Eduardo. *Op. Cit.* P.465.

En cuanto a todos los problemas jurídicos que podrían devenir por la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el ser humano, estos se tratarán a profundidad en capítulos posteriores.

## II.3.-TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA EN EL SER HUMANO

Dentro de este capítulo pretendo dar a conocer un pequeño esbozo de lo que desde sus orígenes y a través de la historia, se ha venido presentando dentro del campo de la investigación y de la práctica misma de la inseminación artificial y demás técnicas de reproducción asistida, estudiaremos algunas de las manifestaciones que dieron origen a todas las técnicas que se estudiarán dentro de esta obra, e incluso, *cabría la duda*, algún otro procedimiento que nuestra imaginación no alcance a dilucidar.

Para empezar podemos señalar que estos procedimientos de inseminación artificial comenzaron a practicarse desde el siglo pasado y quizá antes de ello (más de 150 años), y no fue sino hasta la década pasada que estos métodos se popularizaron en la sociedad.

No obstante lo que se expresa en el párrafo anterior, habrá de señalarse que figuras que se podrían equiparar en cuanto a su fin a la práctica de la inseminación artificial, se presentaron desde la misma época de los romanos como ya lo señalamos anteriormente, e incluso podemos remontar el uso de esas figuras a los mismos pasajes *Bíblicos*, donde "Saraí, mujer de Abram, no le daba hijos. Pero tenía una esclava egipcia, que se llamaba Agar, y dijo Saraí a Abram: <Mira, Yahvé me ha hecho estéril. Liégate, pues, te ruego, a mi esclava. Quizá podré tener hijos de ella.> y escucho Abram la voz de Saraí, tomó Saraí la

mujer de Abram a su sierva Agar la Egipcia, y dióselas por mujer a su marido Abram. Llegóse pues él a Agar la cual concibió"<sup>61</sup>.

O aquel pasaje en que "vio Raquel que no daba hijos a Jacob, y celosa de su hermana dijo a Jacob: < Dame hijos, o si no me muero.> Jacob se enfadó con Raquel y dijo: <¿ Estoy Yo acaso en lugar de Dios, que te ha negado el fruto de tu vientre?>. Ella dijo: < Ahí tienes a mi criada Bilhá; únete a ella y que de a luz sobre mis rodillas: así también Yo ahijaré de ella. > Dióle, pues a su esclava Bilhá por mujer; y Jacob uniose a ella. Concibió Bilhá y dió a Jacob un hijo. Y dijo Raquel < Dios me ha hecho justicia, pues ha oído mi voz y me ha dado un hijo>"<sup>62</sup>.

Estos pasajes descritos podrían equipararse (en lo que a la intención se refiere) a la inseminación artificial o inclusive a un procedimiento de aparición posterior, la maternidad subrogada.

Remontándonos a los orígenes de la inseminación artificial como un procedimiento médico "se dice que en 1462, Juana de Portugal, esposa de Enrique IV de Castilla, fue inseminada artificialmente dando a luz a *Juana de Beltraneja*, de lo anterior no existe ninguna prueba al respecto"<sup>63</sup>.

"En el año de 1799, se presenta con certeza el primer caso de inseminación artificial *homóloga* (con semen del esposo), practicada por el escocés John Hunter"<sup>64</sup>.

"En 1868, *La abeja médica*, revista médica, da cuenta de diez casos donde la inseminación artificial fue practicada con resultados favorables"<sup>65</sup>.

Para el año de 1884, "se realizó la primer inseminación artificial *heteróloga* (por donante)"<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> " *Biblia Católica* ". La Editorial Católica S.A., Alfonso XI, Génesis. Capítulo XVI versículos 1,2,3 y 4, Madrid España, 1951.

<sup>62</sup> " *Biblia Católica* ". Op. Cit. Génesis capítulo XXX versículo 1,2,3,4,5 y 6

<sup>63</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. " *El patrimonio* " Edit. Porrúa. México. 1983. P. 698.

<sup>64</sup> Vid. Langer, G. " *Artificial insemination* " Vol IV. PP. 232 y 240.

<sup>65</sup> Vid. Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit P. 699.

<sup>66</sup> Vid. Langer, G. Op. Cit. PP. 232 y 240.

Podemos señalar que dentro del siglo XIX sólo se reportan casos esporádicos de inseminación artificial; siendo hasta el siglo XX que este procedimiento llega a ser parte integrante para el tratamiento de la infertilidad.

Para el año 1942 "Seymour y Koerner, consultan a treinta mil médicos en los Estados Unidos de Norteamérica, logrando saber de 9, 489 embarazos logrados por medios artificiales"<sup>67</sup>.

En este orden de ideas podemos señalar que para 1945, en Gran Bretaña se reportaron treinta y un casos de inseminación artificial por esposo y quince de inseminación artificial por donante. Se estima que para 1960, en Gran Bretaña ya había 1150 niños nacidos por inseminación artificial por *donante* y en los Estados Unidos de Norteamérica entre cinco y siete mil nacimientos anuales. Cantidades que varían según las fuentes de consulta (otra fuente; Navarro Santiago CMF Rvdo. P. "Problemas Médico Morales". Editorial Cocusa, Madrid, 1954, página .1949).

Para el año 1937, surge la idea de transferir embriones, pero la misma no había podido efectuarse, debido a la limitada tecnología de la época y a la incipiente en ese campo de la investigación científica.

"A partir de la década de los cuarenta, las experiencias e investigaciones en el sentido de transferencia de embriones comienzan a practicarse en seres humanos. Se computan experiencias como las de los científicos "Rock y Menkin (1944), Landium y Shettles (1953), Petrov (1958), y Moricard (1959). Todos estos científicos lograron realizar fecundaciones in-vitro aunque no pudieron prolongar la vida del embrión por más de cinco o seis días"<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Vid. Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. 698.

<sup>68</sup> Vid. Zannoni A., Eduardo. Op. Cit. P. 464.

En 1950, "los médicos del cuerpo de sanidad del ejército de los Estados Unidos de Norteamérica practicaron en más de mil casos la teleinseminación, con soldados acantonados en Corea"<sup>69</sup>.

Para 1968, se establecen *Bancos de semen* en diversos países del mundo como lo son Francia y Alemania, calculándose que en la actualidad el número de centros de fecundación Extracorpórea asciende a más de cuatrocientos cincuenta, de los cuales el 90% se encuentra en los Estados Unidos y el resto repartido en Europa Occidental, Australia, Japón, Argentina, y México entre otros.

"El año de 1957, el Lic. Julio César Hernández realiza una encuesta en el Distrito Federal con más de ciento cincuenta médicos, los resultados: 21 manifestaron practicar la inseminación artificial, 8 aprobarla más no practicarla y el resto la rechaza. Un año más tarde la Lic. Hilda Cortés Obregón, publica la traducción de la ley sueca de la materia. En el mismo año el presidente de los Estados Unidos Mexicanos presenta ante el Congreso de la Unión un proyecto de ley donde entre otras cosas se pretende entrar a la reglamentación de la materia, a la que el congreso nunca dió trámite"<sup>70</sup>.

En 1960, el biólogo Italiano Daniele Petrucci, investigador de la Universidad de Bolonia; "logro el desarrollo de embriones humanos in-vitro, uno de los cuales se mantuvo vivo durante casi sesenta días dentro del tubo de ensayo y cuya evolución fue filmada"<sup>71</sup>; aunque Petrucci lo único que buscaba era el estudio de enfermedades como lo son la leucemia y el cáncer, a él se le debe en gran parte un notable avance en el estudio del desarrollo embrional.

---

<sup>69</sup> Vid. Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. P. 699.

<sup>70</sup> Vid. Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. P. 99

<sup>71</sup> Vid. Zannoni A., Eduardo. Op. Cit. P. 464.

El año de 1969, "el doctor George Sillo-Seidel, de Francfort, Alemania; presenta el informe de una mujer que dió a luz un niño que fue fecundado con semen que permaneció congelado"<sup>72</sup>.

Este mismo año los científicos Edwards y Steptoe, "se asocian y después de 109 intentos de llevar a buen fin el implante de un embrión humano, logran realizar una fertilización Extracorpórea"<sup>73</sup>. Quedando desde ese momento establecido el procedimiento para llevar a cabo este tipo de tratamiento constando de tres etapas cruciales, mismas que son:

- 1.- Obtención de un óvulo maduro.
- 2.- La fertilización in-vitro y el cultivo del cigoto, y
- 3.- La implantación de embriones en la cavidad uterina.

Para la obtención del óvulo maduro en los primeros experimentos se dejaba que la mujer ovulara por sí sola y mediante laparoscopia (en un principio laparotomía) se intentaba capturar al óvulo. Este procedimiento resultaba sumamente inadecuado debido a que frecuentemente no podía visualizarse al óvulo y al ser extraído el mismo del folículo, aún se encontraba inmaduro.

Actualmente y con el propósito de resolver ese problema por medio de procedimientos farmacológicos, se induce el crecimiento folicular, obteniendo de esta manera una hiperestimulación ovárica, lograndose así, obtener un mayor número de óvulos maduros.

"En el año 1974, el médico británico Douglas Bevis, anunció públicamente haber realizado tres implantaciones de embriones en tubos de ensayo que culminaron con el nacimiento normal de tres niños. La verdad es que el hecho no fué comunicado científicamente a los centros de investigación"<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Vid. Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. Cit.* P. 699.

<sup>73</sup> Vid. Zárate, Arturo. *Op. Cit.* P. 89.

<sup>74</sup> Vid. Gutiérrez y González, Ernesto. *Op. Cit.* P. 699

La fertilización Extracorpórea (in-vitro) "tuvo su materialización reconocida por todo el mundo el 25 de julio del año 1978"<sup>75</sup>, en un hospital Ingles, en la ciudad de Oldham. En este año "la ciencia demostró la posibilidad de fecundar extra corporalmente óvulos mediante semen también extraído previamente, para luego implantar el embrión dentro del útero de la mujer"<sup>76</sup>, (al bebé que nace como resultado de este procedimiento se le suele llamar *bebé de probeta*. Este año Lesley Brown dió a luz a su hija Louise Joy Brown, que fué concebida luego de la unión de un óvulo que le fue extraído por laparoscopia con el espermatozoide de su esposo Gilbert, "este increíble éxito fue alcanzado gracias a la técnica que desarrollaron Patrick Steptoe y Robert Edwards"<sup>77</sup>. Este hecho representó un éxito científico asombroso, seguido poco después por resultados similares en Australia y los Estados Unidos de Norteamérica.

Hoy día más de un millar de niños han tenido su origen en procedimientos de laboratorio como el señalado y otro cuarto de millón de niños son el resultado de inseminación por espermatozoide donado, y las unidades de fertilización se multiplican por todo el mundo, incluyendo países como Argentina, México y otros países de Latinoamérica.

Desde la aparición de tratamientos de esta índole muchos alegatos se han presentado tanto en contra como a favor; los que a favor están defienden el derecho a procrear como un derecho absoluto, sin embargo el mismo pensamiento se ha ido modificando con el transcurrir el tiempo, a continuación se presentan dos corrientes que en este sentido se han expresado: el año de 1978, las Naciones Unidas en su declaración de los derechos básicos de la humanidad, *afirma el derecho de todo hombre y mujer adultos, sin limitaciones de raza, nacionalidad o religión a casarse y formar una familia*, aquí se observa la existencia de ese marco jurídico para ejercer lícitamente ese derecho, es decir, la familia y el matrimonio.

---

<sup>75</sup> Zarate Arturo, *Op. Cit.* P. 89

<sup>76</sup> Vid. Zannoni A., Eduardo. *Op. Cit.* P.463

<sup>77</sup> Vid. Spencer Reiss, *News Week*, "Making Hight - Tech Babies", Marzo 18 de 1985, P. 42.



Años más adelante en 1986, el Comité de Ética de la Sociedad Americana de fertilidad, proclama una libertad mayor, sustentando entre otras muchas consideraciones que "estas técnicas pueden resultar aceptables dentro de algunas comunidades y grupos científicos, expresando que no debería interferirse con tales deseos, a pesar de los fuertes sentimientos opuestos de grupos sociales con principios éticos y religiosos que excluyen la fecundación extramarital"<sup>78</sup>.

"En 1981, Suecia es el primer país en preocuparse sobre la materia, creando una comisión que antecedió a la formación de la primera legislación sobre la misma"<sup>79</sup>.

"El año de 1984, se dá a conocer por primera vez el nacimiento de un bebé producto de un embrión que permaneció congelado por dos meses en la ciudad de Melbourne, Australia, es el caso de la niña Zoe Leyland"<sup>80</sup>.

Para terminar con esta remembranza y únicamente para representar hasta donde (sin ser este el último límite) los métodos que nos atañen pueden ser llevados, nos remontaremos al 21 de septiembre de 1987, cuando aparece en los encabezados de algunos diarios la siguiente noticia: "Una abuela sudafricana está a punto de dar a luz trillizas como madre reemplazante, según informes de la prensa local. Los abogados que estudian las posibles implicaciones legales del nacimiento que se espera para la próxima semana expresaron la preocupación de que los bebés puedan ser nietos y nietas ante la ley en vez de hijos de su madre biológica. Poco se sabe sobre la familia blanca de Tzaneen que decidió mantenerlo todo en secreto. (sic) la abuela de 48 años identificada como Pat Anthony y su familia. Médicos de la exclusiva clínica Park Lane de Johannesburgo confirmaron que los tres huevos obtenidos de su hija de 25 años Karen Ferreira George y fertilizados en

---

<sup>78</sup> *Sherman, Elias. Et. Al. "And the ethics committee of the american fertility society"*

<sup>79</sup> *Zannoni A., Eduardo. Op. Cit. P.469.*

<sup>80</sup> *Zannoni A., Eduardo. Op. Cit. P472.*

un laboratorio con esperma de su yerno, George, fueron implantados hace más de ocho meses en el vientre de la Señora Anthony"<sup>81</sup>.

Con esta breve recopilación de sucesos o acontecimientos que he presentado concluimos este punto, pretendiendo que el lector se haya creado un panorama de lo que la inseminación artificial y las diferentes técnicas de reproducción asistida ha representado a través de la historia y de los conflictos legales que la sociedad actual comienza a tener que sortear.

Es preocupante saber, que los acontecimientos que se han recopilado anteriormente son sólo muestras de los experimentos y resultados que se han realizado, y han sido publicados ante la opinión pública, ahora imaginemos todos aquellos experimentos que se han venido practicando a la sombra, y que ni siquiera imaginamos. Para nosotros los abogados se trata de un tema que necesita de ser estudiado para comprender la problemática y las cuestiones jurídicas que todo esto implica y que en la actualidad se está presentando en el resto del mundo, sin que México sea la excepción.

Por lo anterior es de concluirse que nuestros ordenamientos jurídicos deben estar bien actualizados, y no quedarse a la saga de los avances que en el mundo de la medicina se vienen presentando día con día ya que este letargo, cada vez con más frecuencia, provocará que los conflictos que se presenten en relación con este tema nos tomen por sorpresa, siendo hasta ese momento que tengamos que buscar una solución.

## II.4.- EUROPA

Dentro de este tema pretendemos dar una breve reseña de los países europeos que actualmente, en lo que hace a legislación sobre la materia de inseminación artificial y de más

---

<sup>81</sup> Periódico "Novedades", 21 de septiembre de 1987 P. A-18

técnicas de reproducción asistida, llevan una gran ventaja sobre las leyes mexicanas. Mostrándose nuevamente que la necesidad de una legislación en tal sentido es una realidad latente con relación al gran adelanto de las ciencias médicas, y a raíz de la existencia de un orden normativo, se podrán evitar y controlar problemas tales como de salubridad, determinación de si una mujer debe o no ser inseminada por cualquier método (en relación con la capacidad de ejercicio), resolver problemas de paternidad, maternidad o filiación, etcétera.

Dadas las variadas controversias acerca de las implicaciones de la inseminación artificial, no es de admirarse la pregunta de que si se ha regulado o se han procurado regular las técnicas de reproducción asistida artificial en otros países. De tal manera que se ha evitado tocar el tema por muchas autoridades y que se ha definido a la inseminación artificial como una práctica privada o una decisión médica. Algunas otras opiniones sociales son en el sentido de que se debería crear un ordenamiento jurídico que regule estas técnicas.

La primera situación que dió origen a la necesidad de regular éstas prácticas es un caso australiano sobre la orfandad de embriones. En 1981, Mario y Elsa Ríos de origen Chileno quienes intentaron una fertilización in-vitro; preguntaron sobre el destino que correrían aquellos embriones que fueron congelados para ser usados en intentos de fertilizaciones posteriores. La pareja falleció en un accidente aéreo el año de 1984. Como ellos no dejaron ninguna disposición sobre sus embriones que permanecían congelados en un laboratorio Australiano, una discusión internacional se desató al respecto. Este debate se complicó porque los embriones permanecieron en posibilidad de heredar los bienes de sus padres y un descubrimiento posterior, comprobó que el señor Ríos no fue el que aportó el esperma.

Posteriormente un comité eventual decidió que los embriones deberían ser trasladados a un almacén y permitir que murieran.

Debido a los problemas sociales de la fecundación por métodos artificiales y el incremento del número de nacimientos, por estos métodos, se realizaron algunos intentos de regular tal situación, en diferentes países del mundo, quedando siempre lejos de resolverlos.

En el año de 1993, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, las Ciencias, y la Cultura, "constituyó un Comité Internacional de Bioética. Las conclusiones de sus trabajos, sirvieron como base para que en noviembre de 1997, como resultado de la XXIX Sesión de la conferencia General de la UNESCO se aprobara un texto tratando esta problemática"<sup>82</sup>; de entre los artículos contenidos en esta declaración tan sólo destacaré algunos para ilustrar al lector sobre su contenido.

Artículo 2.- la dignidad humana no está en función de las características genéticas individuales.

Artículo 6. - Nadie podrá ser discriminado por sus características genéticas.

Artículo 24.- Las intervenciones en la línea germinal son contrarias a la dignidad humana.

#### II.4.1.- SUECIA

Por razones obvias de la generalización del uso de las fecundaciones artificiales, extracorpóreas e inclusive la práctica de la maternidad alquilada, el gobierno sueco creó una comisión denominada *Comisión Sobre Inseminaciones*, el año de 1981; después de un exhaustivo estudio en varios campos como lo son el legal, ético y médico; esta comisión presenta ante el congreso sus conclusiones y sobre la base de ellas el 1º de marzo del año 1985, entran en vigor las *Normas Sobre Inseminación Artificial*, convirtiéndose éstas en la primera legislación en el mundo completa en el campo de la inseminación artificial, siendo de

---

<sup>82</sup> " *Inquietud Nueva*", año XIV, No. 80, Mzo.-Abr., 1998, P.25

extrañarse que esta legislación no considera la Inseminación Extracorpórea ni la maternidad subrogada a fondo.

Antes de la entrada en vigor de estas Normas cuando en la pareja el hombre autorizaba que se practicara en la mujer la inseminación, éste posteriormente podía desconocer al hijo como suyo; y a partir de estas Normas aunque el hombre puede retirar su aprobación hasta antes de la concepción, una vez realizada ésta, legalmente el hijo será considerado como suyo. Lo comentado con antelación se aplica en el caso de la inseminación artificial por donante. En esta práctica de inseminación entre el donante y el niño que nazca no se establece en lo absoluto ningún lazo que los una. Para poder estar en condiciones de ser donador únicamente se exige buena salud en todos los aspectos.

Una importante prohibición para la práctica de estos métodos es la inseminación a mujeres solteras o a parejas de relación lésbica.

En caso de que se efectúe una maternidad subrogada la esposa del padre al recibir al hijo tendrá que adoptarlo. Estos procedimientos así como los de inseminación artificial o extracorpórea no podrán realizarse sino en clínicas de Estado.

Por último comentaremos que estas normas también contemplan penas como por ejemplo al que practique una inseminación o proporcione semen con un fin de lucrar se le sancionará con multa o pena de cárcel.

## II.4.2.- AUSTRALIA

Mucho del trabajo sobre reproducción artificial se practicaba en Australia. Ocasionando que este País haya sido una de las fuentes para regular estos procedimientos y la misma fue la guía para muchos otros estados en el mundo.

En septiembre de 1982, el Instituto Nacional de Medicina de Australia, agregó una nota complementaria a su estatuto de experimentación humana. Este estatuto define a la

fecundación in-vitro y a la transferencia de embriones, como una práctica aceptable en el tratamiento de la infertilidad; y se determinó que aunque ellos establecieran procedimientos para su aplicación, las investigaciones posteriores tenían que ser realizadas por necesidad. Se determinó que la inseminación in-vitro y transferencia de embriones serían utilizadas normalmente con óvulo y espermatozoides de los padres, reconociéndoles que en muchas ocasiones el óvulo o espermatozoides tendrían que ser obtenidos mediante un donador.

La siguiente regulación es perteneciente a la donación de células sexuales:

- a) El donador es parte en el tratamiento y aceptaría la relación familiar que se presenta entre él y el hijo;
- b) La pareja receptora debe proponerse y aceptar los deberes y obligaciones que sobre la paternidad recaen;
- c) El consentimiento tiene que ser por parte de la pareja receptora y el donante;
- d) No debe haber ánimo de lucro entre la pareja receptora y el donante.

La mujer puede dar a luz un hijo proveniente de una pareja infértil de espermatozoides u óvulo, por lo que aquí surge la pregunta de ¿cómo determinar o definir la maternidad?, es ahí donde el problema radica. Esta situación no ha sido determinada aún por una resolución ética.

El articulado anterior ciertamente reconoce los problemas que pueden presentarse en el caso de practicarse una inseminación artificial, pero sólo los señala de manera muy general, como una guía para regularlas.

El interés está en regular las prácticas de fecundación asistida que se han realizado; esa regulación no previene la práctica de ellas, simplemente las reconoce, proponiendo una resolución ética. De cualquier manera esta carencia ética en las regulaciones no es suficiente para prohibir su empleo, no están condicionadas.

Con mucha ambigüedad fueron resueltas en el año de 1982, por el gobierno de la Ciudad de Victoria algunas de estas cuestiones creando el denominado *comité Waller*, que

publicó sus reportes en los años de 1983 y 1984, el comité estableció un pacto o tratado con los planteamientos que se presentan a continuación.

El reporte identificó un número de problemas relativos a la fecundación in-vitro y transferencia de embriones que necesitaban de una solución, incluyendo la inseminación artificial y el embarazo intrauterino.

Las recomendaciones de cualquier modo se enfocaron primordialmente a la inseminación in-vitro y se condicionó que el programa de fecundación in-vitro tendría que ser limitada a aquellos casos donde los gametos fueran obtenidos de marido y esposa y los embriones fueran transferidos al útero de la esposa.

Más adelante se publica la aclaración en el reporte sobre disposiciones de la producción de embriones por fertilización in-vitro en agosto de 1984; este reporte fue sumado por el gobierno de Victoria por considerarlo, social-ético y por los problemas legales que pueden derivarse o alcanzarse de la inseminación in-vitro. Le dá validez a la donación como una forma de mantener a la especie y con este contexto esa misma comisión realizó las siguientes recomendaciones.

La pareja cuyos gametos fueron utilizados no podrán vender ni disponer de los embriones, al hospital autorizado para realizar una inseminación in-vitro de ninguna manera se le permitirá realizar algún acto comercial con los resultados de la inseminación que no estén apegados al programa, las disposiciones de inseminación deberán estar apegadas conforme al programa de la inseminación artificial.

Las reglas anteriores claramente prohíben el comercio y la disposición de los embriones así como el desapego a las normas de los programas de la inseminación in-vitro.

Este intento para la regulación de los métodos señalados, contempla una apropiada regulación en lo que hace a la disposición de los gametos y de los embriones. Los donadores voluntarios son permitidos conforme a esta regulación.

La regulación Australiana expresa una precaución en lo que concierne a la inseminación hay un importante cuidado sobre la mercantilización, también encontramos un importante cuidado sobre la comercialización de la inseminación, proscribire la clonación, la fertilización inter-especies donde se unan gametos humanos y de animales y la fertilización de gametos infantiles y prescribe que la mujer que gesta a un niño será considerada como su madre.

Existe un reconocimiento social, ético y sobre los problemas legales que pueden desprenderse de este programa.

Esta inseminación es utilizada para resolver problemas de infertilidad, pero este suceso es independiente de las investigaciones y desarrollo de los programas en fertilización in-vitro.

#### II.4.3.- INGLATERRA

Inglaterra es el hogar del primer niño nacido por la inseminación in-vitro éstas deliberaciones comenzaron en 1978, y examinaron específicamente la fertilización in-vitro y la transferencia de embriones en humanos. Las investigaciones iniciales fueron permitidas y definidas como un procedimiento terapéutico. Nuevamente en 1982, el consejo de Investigaciones Médicas revisó los sucesos y concluyó que científicamente las investigaciones que envuelven experimentos sobre los procesos y productos de una inseminación in-vitro de gametos humanos, son éticamente aceptables y deberán ser permitidos los procedimientos en ambas condiciones. El objetivo es aclarar y definir la relevancia de los problemas clínicos como la no-concepción o diferenciación de los diagnósticos y tratamientos de la infertilidad y de las enfermedades de transmisión hereditaria.

En mayo de 1982, la Asociación Médica Británica por medio del *Comité Warnock* estableció un trabajo en grupo llamado *Interin report on human in-vitro fertilitation and*



embryon replacemen and transfer. En el entendimiento británico tradicional, el trabajo en grupo concluyó:

No es satisfactorio el hecho de practicar una fecundación artificial in-vitro con esperma y óvulo de una pareja, donde posteriormente el embrión sea transferido al útero de otra mujer, que sea quien lo cuide con el consentimiento de la pareja.

En 1984, se emite otro informe de esta comisión que fue creada para reexaminar los aspectos sociales, éticos y legales que se contraen por la aplicación de la inseminación in-vitro. Este comité emitió entre otras recomendaciones una particularmente interesante, encaminada a la prohibición de la inseminación artificial por donante y la maternidad subrogada, lo anterior a raíz de una revisión de los argumentos discutidos en la época sobre la inseminación, y la negativa de la opinión pública de introducir una tercera parte a la relación marital, considerada incongruente con la dignidad humana al tratar a la mujer como una incubadora y las consecuencias negativas que el niño pueda presentar posteriormente con la relación paternal.

El comité elaboró entre otras recomendaciones importantes las que se presentan a continuación, mismas que sólo se presentan para ilustrar nuestro panorama y sin darles ningún orden de importancia.

No deberán realizarse por el momento transferencias embrionarias por procedimiento de lavado uterino, se deberá respetar el anonimato del donador, el hijo será considerado de la pareja sin importar quien fué el donador, únicamente se admite la utilización de un máximo de diez gametos por donador, se desaconseja la fertilización póstuma, se prohíbe la transferencia de embriones humanos al útero de un animal de otra especie, la investigación de embriones únicamente podrá realizarse previa autorización y sólo durante los primeros 14 días.

Otro aspecto al que me gustaría dar relevancia es que se permitió la fertilización interespecies, previa autorización, donde se mezclaban gametos del hombre con los de

raciones por ejemplo, siempre que ha estos híbridos no se les permitiera llegar a la fase bicelular.

Por último señalaremos que este comité declaró *nosotros recomendamos que la regulación será introducida para impedir la actuación criminal y de operación en este Reino Unido, de las agencias cuyos propósitos incluyen el reclutamiento de mujeres para ser embarazadas por inseminación artificial o hacer arreglos para solteros o parejas que desean utilizar los servicios de una madre sustituta, tal legislación debe de extenderse suficientemente para incluir las organizaciones que puedan tener un aprovechamiento o no. Por lo que no se les dá reconocimiento legal a los contratos de sustitución.*

#### II.4.4.- FRANCIA

El gobierno francés creó un comité que en diciembre de 1986, dá a conocer sus conclusiones, entre las que podemos destacar la prohibición de la búsqueda de procedimientos para modificar la raza humana, el transplante de embriones humanos a animales, el embarazo masculino, la gestación completa en probeta y la urgente necesidad de una legislación para evitar el mercado negro de embriones o gametos humanos.

#### II.4.5.- ESPAÑA

Habrà de destacar en España los trabajos de la *Comisión Palacios*, que sirvió de base a las discusiones del parlamento donde fué sancionada la ley de la materia. El 24 de noviembre de 1988, el boletín oficial del Estado Español publicó la ley No. 35 denominada

como *Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, ésta ley en su artículo primero consagra:

Art. 1º.- "La presente ley regula las técnicas de reproducción asistida: la inseminación artificial (IA), la fecundación in-vitro (FIV) con transferencia de embriones (TE), y la transferencia intratubárica de gametos (TIG), cuando estén científicamente y clínicamente indicadas y se realicen en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por equipos especializados"<sup>83</sup>.

Por lo que hemos observado dentro de este capítulo los gobiernos Europeos han abierto los ojos al gran problema que el mundo del derecho comienza a afrontar ante el acelerado desarrollo de las técnicas de fertilización asistida y se han preocupado por encontrar soluciones en ese sentido ya sea con la emisión de leyes o de anteproyectos de ley como el del gobierno Italiano en 1985, y otras a las que ya nos hemos referido.

## II.5.- ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

Los Estados Unidos de Norteamérica han destacado del resto del mundo por la gran proliferación en la aplicación de las técnicas que se estudian, incluyendo la maternidad subrogada. Existen infinidad de clínicas privadas para el tratamiento de la esterilidad e infertilidad. Así como agencias que ofrecen los servicios de *madres de alquiler* y abogados especializados exclusivamente en esa materia.

Paralelamente a este desarrollo encontramos la falta de algún mecanismo central que regule todos esos servicios, aunado a esto y dado que en los Estados Unidos cada estado es independiente y autónomo en sus leyes y tribunales no existe una uniformidad de criterios relacionados con nuestra materia, *las técnicas de reproducción asistida* en todas sus modalidades.

---

<sup>83</sup> Ver *Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Española*. en el libro de Soto La Madrid, 562

A mediados de los años setentas fue creada una comisión Nacional, la que recomendó el avance de la investigación sobre embriones y la fecundación in-vitro, esto se dió bajo la necesidad de un análisis sobre las técnicas de fertilización asistida con un carácter legal, social y ético, así como para el estudio de las consecuencias actuales.

El *Comité Etico Asesor (the ethics advisory Boord EAB)*, fue comisionado para estudiar las cuestiones específicas, en auxilio y cooperación del Departamento de Salud y Servicios Humanos, para que ambos conjuntamente realizaran estudios sobre la transferencia de embriones y la fertilización in-vitro.

Las conclusiones a las que llegó el Comité Etico Asesor, que se aboco al estudio de la fecundación in-vitro y a la transferencia de embriones, mismas que causaron gran impacto, fueron las siguientes:

- 1) El departamento de salud deberá hacer mayores investigaciones en animales, con objeto de conocer los riesgos que pueden presentarse en ambas madres, con la aplicación de estos procedimientos en los casos de la maternidad subrogada;
- 2) El objetivo de las investigaciones comprende la fecundación in-vitro y la transferencia de embriones, para establecer medidas de seguridad y la efectividad de los procedimientos, de igual manera su calidad ética y las condiciones bajo las que estas técnicas puedan aceptarse;
- 3) El departamento de salud tomará iniciativas en colaboración con el comité, analizando y repartiendo información acerca de las prácticas clínicas que encierran la fecundación in-vitro alrededor del mundo; y
- 4) Deberá desarrollarse una legislación que defina los derechos y responsabilidades de todas las partes que intervengan en estas actividades"<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> Wurmbrann, Marcia Joy, "*The Legal Aspects of Surrogate Motherhood*". *Copies in Reserve Room and Archives, Estados Unidos De Norte América, 1983.*

El objeto inmediato de estas recomendaciones fue autorizar al Gobierno Federal para que tuviera influencia en alguna de estas áreas.

El informe que presenta el *Comité de Ética de la Sociedad Americana de la Fertilidad* en Septiembre de 1986, formula recomendaciones para la práctica de esas técnicas.

A partir del año de 1973, diversos estados restringen o prohíben la investigación en fetos humanos, dado que había que proteger la dignidad humana, como se ha mencionado no hay una uniformidad en los estados encontrando desde la prohibición absoluta hasta mínimas restricciones con el consentimiento de la madre. Por ejemplo en el Estado de Minnesota se determina que es ser humano cualquier organismo concebido por la unión de células sexuales humanas ya sea dentro del cuerpo o fuera de él, de 25 leyes estatales sobre investigación fetal 17, tratan la transferencia de embriones fecundados in-vitro. Por ejemplo El estado de Massachusetts cuenta con una legislación restrictiva donde el gobierno prohíbe la investigación en fetos.

Encontramos estados que prohíben la donación de fetos para experimentos, en algunos estados se prohíbe claramente el congelamiento de embriones para su donación.

Muchos Estados regulan las investigaciones de fetos humanos, la fecundación in-vitro, la transferencia de embriones y demás técnicas de reproducción asistida, prohibiendo de esta manera algunas de ellas y permitiéndose otras.

Algunos estados piden registros de estas prácticas de reproducción asistida y otros solicitan se acredite la necesidad de su aplicación.

Estados que cuentan con leyes gubernamentales sobre inseminación artificial, prohíben el pago a donantes, otros lo permiten asimismo se determina que el donador no es padre del niño concebido, ésta legislación protege por un lado al donador y por otro a la pareja estéril, algunos piden el consentimiento por escrito del esposo y lo determinan padre del niño una vez que éste nazca.

Otros estados que prohíben el pago en una adopción, equiparán esta prohibición a la subrogación.

Las leyes estatales pueden indirectamente complicar la práctica de la *Maternidad subrogada*, mientras no se resuelva específicamente sobre esos procedimientos; en materia de inseminación artificial por donador, práctica relativamente común para resolver el problema de la infertilidad, se dictaron leyes que aseguraran la legitimidad del niño y para establecer la paternidad, éstas presumen al esposo como padre del niño, determinando que el donador no tiene ninguna relación con ese niño, sin embargo esta legislación podría causar un problema a la pareja si se determinará que el esposo al convertirse en un donador de esperma para la inseminación o fecundación in-vitro, no es el padre legal y que éste tenga que adoptar al niño.

En los Estados Unidos se han presentado ininidad de juicios donde los pacientes de prácticas de reproducción asistida, han demandado a su médico, por haber nacido niños (hijos) con alteraciones genéticas; alegando estos no haber sido advertidos sobre dichos riesgos; y muchos juicios de estos, han sido ganados por la pareja estéril.

Como se observa se han elaborado leyes, prestando gran cuidado en su creación, con el objeto de evitar problemas, sin embargo la existencia de estas leyes en ocasiones puede crear mayores complicaciones.

En la actualidad por lo menos 28 estados han promulgado leyes para reglamentar la inseminación artificial por donante; en muchas de estas normas encontramos una clara prohibición de ser donante a cualquier persona enferma; otro tanto de estados prohíbe dentro de su normatividad el pago a las madres subrogadas.

Habiando de estados en particular y tan sólo a manera de referencia podremos decir que:

Pensylvania, cuenta con una legislación que permite el empleo de la Fecundación in-vitro en ella se obliga a los médicos a presentar reportes trimestrales al Departamento de

Salud, donde se contenga el nombre del médico responsable, nombres y datos de los patrocinadores y donantes, número de óvulos fecundados, número de embriones, etcétera.

En Kentucky, se cuenta con una legislación de la corte donde se permite la maternidad subrogada con contraprestación económica; por el contrario la suprema corte de New Jersey, ha desconocido validez al contrato de subrogación, de manera similar en el estado de Michigan se prohíbe el pago a las madres substitutas. En muchos otros estados se aplican leyes que fueron creadas con distintos fines a la maternidad subrogada.

Hablando de controversias en particular que han ido a parar a los tribunales y sólo de manera ilustrativa ya que nos sería imposible enumerar todas ellas comentaré algunos de esos juicios:

El año de 1954, un tribunal en el estado de Illinois declara que una mujer que se aplicará inseminación artificial por donante, aún con consentimiento del esposo, cometía adulterio, de forma similar el año de 1963, se determina en New York que un niño nacido por inseminación artificial por donante aún con el consentimiento del esposo de la madre era ilegítimo. Cabe hacer la aclaración de que en la actualidad estos criterios han cambiado, otorgando legalmente al niño plenos derechos cuando existió el consentimiento del esposo.

En los Estados Unidos, se han presentado innumerables casos de *maternidad subrogada* que han parado en la corte de cada estado y los criterios y resoluciones han sido muy variados en algunos de ellos se ha fallado en contra y en algunos otros se ha considerado valido y hasta se ha determinado la necesidad de crear un fondo genético para todos los casos de subrogación, por ejemplo en los estados de Shimner U. y Oklahoma.

Inclusive se han presentado casos como el niño concebido en el estado de New York, bajo contrato de *maternidad subrogada* celebrado entre los señores Malahoff y la señora Judi Stiver; "este contrato fue arreglado por el abogado Noel Keane, quien se dedicaba a arreglar asuntos de ese tipo en particular y que incluso contaba con catálogos de candidatas a la

*maternidad subrogada*. El nacimiento se dió en enero de 1983" <sup>85</sup> pero el niño nació con retraso mental, complicaciones en la columna y la pérdida paulatina de visión y oído; en ese momento y por esas causas ya nadie quería ser responsable de este niño.

Y que decir sobre el caso al que se denominó "*BEBE M*", que a continuación relataré, "por el año de 1986 se firmó un contrato de maternidad subrogada entre los señores Stern y Mary Beth, donde la señora Beth proporcionaría además del vientre la célula sexual femenina, es el caso que una vez que la bebé nació, Mary se rehusó a entregarla, aconsejando a todas las madres nunca comprometerse de semejante forma"<sup>86</sup>. El juicio en primera instancia ante los juzgados de New Jersey concluyó un año más tarde; mediante sentencia se determinó que el contrato era plenamente válido condenando a Mary a entregar a la niña a cambio de la remuneración que se le ofreció. Sin embargo para el 3 de febrero de 1988, el tribunal supremo de New Jersey, resuelve la apelación declarando nulas las disposiciones contractuales, y devolviendo a Mary los derechos sobre su hija y obligándose a Mary a la devolución del dinero que recibió por sus servicios. No obstante lo anterior el señor Stern conservó la custodia la custodia de la niña.

Lo anteriormente relatado debe ser tomado en consideración en el momento de legislar sobre la aplicación de estas técnicas.

Como se observa en los Estados Unidos aún con todas esas normas, no se ha alcanzado a cubrir la gran diversidad de técnicas de reproducción asistida y las respectivas consecuencias derivadas de su aplicación.

---

<sup>85</sup> Shelia choen. "*Surrogate mothers Whose baby is it* " *American journal of law and medicine* vol 10 no. 3, 1984.p 285.

<sup>86</sup> *Idem*. P. 290.



## II.6.- AMERICA LATINA

En éste capítulo trataremos únicamente lo que concierne a América del centro y del sur incluyendo a México. El motivo de estudiar por separado a estos países es que nuestros vecinos del norte, Estados Unidos y Canadá dada su idiosincrasia, tienen una concepción distinta de lo que en este estudio nos atañe; para ser más concretos, la inseminación artificial.

Encontramos que los países de América latina, incluyendo el nuestro se encuentran muy atrasados en lo que a legislación sobre la inseminación artificial se trata; sobre todo sí la hemos de comparar con las legislaciones que ya hemos estudiado de algunos países de Europa.

Es el caso que no deberían los legisladores de estos países dejar pasar, poniéndose vendas en los ojos, la realidad que día con día se vive en sus respectivos países, en lo que concierne a los procedimientos de reproducción artificial que cada vez con más frecuencia se practican en sus Naciones.

En Brasil por ejemplo "la inseminación artificial humana no afronta trabas legales"<sup>87</sup> como lo señala el doctor Milton Nakamura profesor en la Universidad de San Pablo, Brasil, lo anterior a simple vista podría considerarse lo más moderno y natural; pero ahora yo me atrevo a sugerir que esto no es lo más adecuado dado que con la serie de combinaciones de gametos y de aplicaciones de la inseminación artificial que se estudian; nos damos cuenta que es de sumo peligro la inexistencia de una regulación y el silencio en la ley, ya que si aún en Brasil o en el resto de los países latinoamericanos no se han presentado conflictos como los que se estudiarán, ello no quiere decir que los mismos estén exentos de que se presenten y ahí es donde cabe hacerse la pregunta ¿En qué se sustentarán los jueces para dictar alguna resolución?.

---

<sup>87</sup> Soto La Madrid, Miguel Angel. "Biogenética Filiación y Delito" Editorial. Astrea, Argentina, 1990.P. 29

Así encontramos por ejemplo que en Brasil ya existen Bancos para practicar la inseminación como lo señala el doctor Nakamura; "en la capital de Colombia encontramos otro banco de semen como nos lo dá a conocer Sanquino Madariaga"<sup>88</sup>.

Como lo señala Roberto Tozzini "Hoy día miles de niños han tenido su origen en procedimientos de laboratorio y las unidades de fertilización se multiplican por todo el mundo incluyendo la Argentina y otros países de Latinoamérica";<sup>89</sup> en México por ejemplo no hace falta sino buscar por Internet para tener a escoger clínicas que ofrecen semen, embriones y toda clase de tratamientos vinculados a este fin.

Como vemos dentro de estos países la ciencia médica avanza a pasos agigantados mientras que la legislación se encuentra en un letargo, como lo señala Zannoni autor Argentino "países como el suyo no cuentan con normas de derecho positivo y es necesario determinar un límite a imponerse para tales prácticas"<sup>90</sup>.

En el mismo sentido se expresa Cossari cuyo decir me permito transcribir, "No existe en la actualidad norma alguna que proteja a la sociedad de las alucinantes experiencias de la fecundación humana extracorpórea"<sup>91</sup>.

Otro autor que se expresa en este orden es Miguel Angel Soto Lamadrid quien nos dice "La inseminación artificial con donante, lo mismo que la Fecundación In-vitro, son ya una realidad en la América latina, aunque sus *desastrosas consecuencias* no hayan llegado todavía a los tribunales"<sup>92</sup>. Es necesario, asimilar su presencia y ponderar cuál deberá ser la posición legislativa más correcta.

Las técnicas de reproducción asistida en América Latina no son de aplicación reciente encontramos que en Febrero de 1979, nace en Colombia el primer bebé concebido por una inseminación Artificial por donante, cuyo semen permaneció congelado por más de tres

---

<sup>88</sup> *Idem. P. 29*

<sup>89</sup> *Italo Tozzini, Op. Cit. P. 250*

<sup>90</sup> *Zannoni, OP. Cit. P. 479*

<sup>91</sup> *Soto La Madrid. Op. Cit. P. 82*

<sup>92</sup> *Idem. P 83*

meses. La primer niña nacida en Argentina concebida en probeta de nombre Dolores Aceto nació el año de 1984, aunque el procedimiento de fecundación se llevó a cabo en los Estados Unidos, de igual manera sucedió con Carolina Herrera, niña de origen venezolano quien fue la primera niña de probeta en América Latina.

El 13 de mayo de 1986, nace Manuel Campos en Argentina por transferencia de gametos directamente a la trompa de su madre, éste fue el primero que nació por este método en Argentina y el tercero en América Latina, asimismo en Argentina en febrero de 1986, nacen los primeros mellizos concebidos por transferencia de cigotos fecundados in-vitro.

Los datos anteriores no son los únicos en América Latina, tan sólo se presentan para darnos un panorama de la frecuente aplicación de estas técnicas en América y por consiguiente la gran necesidad de una regulación normativa en gran parte de nuestro continente.

El gran atraso en las leyes dentro de América Latina no es coincidente con el interés que se ha despertado dentro de los doctrinarios del derecho, quienes conscientes de la necesidad de normar la inseminación artificial y de más técnicas de reproducción asistida se han expresado al respecto, proponiendo sus diferentes y controvertibles puntos de vista ya que siempre encontraremos gente a favor y en contra de la inseminación artificial lo que implica que al existir posiciones encontradas deba dejarse a un lado esta situación por parte de los creadores del derecho.

A continuación expondré sólo algunas de estas posiciones para ilustrar al lector: Llambias considera moralmente ilícitos estos procedimientos aunque la intención sea buena, de ésta manera se ajusta al refrán *"El fin no justifica los medios"* otros autores que consideran inaceptable y hasta ilícita la Inseminación Artificial son Di Cío, Cossari y Manuel Battle quien inclusive considera que estos procedimientos deben alcanzar la calidad de delito,

compartiendo esta opinión Cossari. Como autor Mexicano podemos hablar de Chávez Ascencio quien señala que la nueva vida requiere ser creada por un acto de amor lo que no puede presentarse en los procedimientos de Inseminación Artificial con semen del marido.

No está por demás señalar que la posición de la iglesia católica es firme en el sentido de la ilegitimidad moral de cualquier procedimiento de Inseminación Artificial sea cual fuere la causa, así en 1985, el consocio de médicos católicos de la Argentina, siguiendo estos principios consideró que *"estos procedimientos eran contrarios a la naturaleza por lo que debían considerarse ilícitos"*<sup>93</sup>, señalando como único remedio a la esterilidad a la adopción.

Con la misma tendencia Monseñor Sgreccia afirma: "La fecundación in- vitro es una técnica que permite la vida fuera del cuerpo materno, sin un acto de amor. Un producto de laboratorio que crea demasiados embriones que al no saber que hacer con ellos, acaban siendo congelados"<sup>94</sup>.

Por otro lado encontramos autores que conscientes de todos los problemas jurídicos que la Inseminación Artificial puede acarrear, han realizado estudios profundos, llegando a la conclusión de que al ser estos métodos una realidad, debe crearse una legislación al respecto, autores como ellos lo son Zannoni, Soto La Madrid, Gutiérrez y González quien incluso ha propuesto iniciativas de ley para algunas entidades federativas de nuestro país tratando estos temas, y Barroso Figueroa entre otros muchos autores que se han ocupado de estos procedimientos.

Como hemos visto es prioritaria una respuesta ética de los legisladores en América Latina ya que una posición pasiva, en un futuro incierto, podría provocar serios problemas al

---

<sup>93</sup> Soto La Madrid, *Op. Cit.* 12

<sup>94</sup> *"Inquietud Nueva"*, Año XIV, No. 80, Marzo.- Abril, 1988, P. 58

determinar la filiación o paternidad por ejemplo; o lo que sería peor una serie de experimentos en embriones que ataquen la integridad del ser humano; es por ello que en este trabajo nos hemos puesto la tarea de proponer un ordenamiento que regule y controle todo lo que se puede llegar a hacer mediante estos procedimientos y de igual manera se propondrán soluciones para los casos que así lo requieran.

## CAPTULO III.- LOS PROCEDIMIENTOS DE REPRODUCCION ASISTIDA.

### III.1.-ANATOMIA Y FISIOLOGIA GENITAL FEMENINA Y MASCULINA.

El aparato genital está constituido por las estructuras encargadas de las funciones de reproducción y ellas son diferentes en el hombre y la mujer.

La reproducción sexual necesita dos progenitores, cada uno de los cuales contribuye al proceso con una célula especializada o gameto, óvulo o espermatozoide, los que se reúnen para formar un huevo fecundado.

El óvulo generalmente es grande con reserva de vitelo para suministrar elementos nutritivos al embrión, el cual evoluciona una vez que dicho huevo es fecundado; los espermatozoides son pequeños y móviles adaptados a una especie de natación que los conduce hacia el óvulo mediante movimientos activos de su larga cola parecida a un látigo la ventaja biológica de la reproducción sexual es que permite la variada combinación de las mejores características de los progenitores transmitidas por la herencia.

#### III.1.1.- APARATO GENITAL FEMENINO

Para adentrarnos en el estudio del aparato genital femenino el Doctor Mario Rodríguez Pinto nos explica:

"Los genitales femeninos están constituidos por un conjunto de órganos, unos externos y otros internos"<sup>95</sup>.

Los externos son: los labios mayores, constituidos por dos repliegues de la piel, que va de la región del pubis hacia el ano, con el tiempo se cubren de vello; en medio de estos se encuentran los labios menores que son dos repliegues mucosos más pequeños que los

---

<sup>95</sup> Dr. Rodríguez Pinto, Mario. "Anatomía Fisiología e Higiene. Editorial Progreso. México 1984. P. 137

labios mayores, los que se extienden desde el pubis hasta la horquilla o entrada vaginal, entre los labios menores se encuentra el vestíbulo vaginal, mismo que en la mujer virgen se encuentra parcialmente obturado por el himen, por arriba del vestíbulo vaginal y en medio de los labios menores se encuentra una estructura de tejido eréctil denominada clítoris que se inserta por arriba en la sínfisis del pubis; la cavidad vaginal es un conducto en cuyo fondo se encuentra implantado el útero o matriz, la entrada al útero se llama cuello de la matriz.

El útero es un órgano muscular en forma de pera, de vértice inferior y base superior, está formado por una gran capa muscular tapizada en su interior por un tejido secretor llamado endometrio, a los lados y arriba del útero se abren las trompas de falopio que se dirigen hacia arriba y hacia afuera hasta aproximarse al sitio donde se encuentran los ovarios; Los ovarios son dos glándulas de secreción interna que poseen las células germinales llamadas óvulos, encaminadas a la función reproductora.

Los ovarios situados a las entradas de las trompas de falopio, secretan dos tipos de hormonas; los estrógenos y la progesterona, estas hormonas modifican la estructura y el funcionamiento de los órganos genitales femeninos a la vez que producen la instalación y mantenimiento de los caracteres sexuales secundarios (pelo pubiano, pelo axilar, crecimiento mamario, voz de tonalidad aguda y grasa glútea). Las gonadotrofinas secretadas por la hipótesis, estimulan el funcionamiento ovárico a la vez que la maduración alternativa de los óvulos en los ovarios.

La acción estrogénica produce un engrosamiento del útero aumentando en él la circulación sanguínea y el aporte de sustancias nutritivas, esto prepara al endometrio para la anidación del óvulo fecundado; Hacia el catorceavo día de iniciada la acción estrogénica se desprende de uno de los ovarios un óvulo maduro, dicho óvulo pasa por la trompa de falopio y llega al útero.

Si no hay fecundación prosigue su camino, de lo contrario la nueva célula fecundada se anidará en una de las paredes uterinas, iniciando el desarrollo, crecimiento y mitosis del nuevo ser.

### III.1.2.- APARATO GENITAL MASCULINO

Continuando con nuestra explicación. "El aparato genital masculino está formado y funciona de la siguiente manera: La uretra masculina está formada por las partes que a continuación se describen:

Una primera porción se llama prismática y se localiza por debajo de la vejiga. Esta parte de la uretra se encuentra rodeada por una glándula, propia del hombre, llamada próstata.

Una segunda porción se llama perineal. La uretra durante este trayecto atraviesa los músculos del perineo.

La tercera etapa es la porción llamada peneana, que a su vez desemboca al exterior a través del meato urinario en el extremo del pene"<sup>96</sup>.

Tanto la uretra peneana como la última parte de ésta, llamada también uretra del glande, se encuentran en la parte inferior y media de un conjunto de estructuras formadas por un tejido esponjoso con abundantes lagunas venosas con propiedades eréctiles; dichas estructuras eréctiles forman el pene y se les llaman cuerpos cavernosos, siendo éstos los que constituyen casi en su totalidad el pene.

El glande es la estructura que forma su parte terminal. Las estructuras peneanas se encuentran cubiertas por piel, la que se extiende hasta el extremo del pene y a ese nivel se repliega para formar una estructura histológica de transición que se adhiere en el surco formado entre los cuerpos cavernosos y el glande, a dicha porción de piel que se desarrolla

---

<sup>96</sup> *Rodríguez Pinto, Mario, Op. Cit. P. 142*



sobre el glande se le llama prepucio, el que en ocasiones presenta un orificio tan estrecho que se hace necesario quitar toda la piel del mismo, a lo que se llama comúnmente circuncisión.

El pene se encuentra firmemente adherido a la sínfisis del pubis por un elemento muy resistente que se llama ligamento suspensor del pene.

En la porción de la uretra llamada prostática desembocan los orificios de los conductos deferentes que confluyen junto con los de las vesículas seminales.

Las vesículas seminales son dos estructuras saculares que se encuentran a los lados y atrás de la próstata y de la vejiga urinaria, y que sirven como sitio de almacenamiento de los espermatozoides antes de su expulsión.

Los espermatozoides, en dichos sacos, se mezclan con el líquido seminal elaborado por la próstata y juntos constituyen el semen.

Los conductos deferentes son dos conductos que proceden de las estructuras testiculares alojadas en el escroto, dichos conductos suben a través de los canales inguinales que se introducen en el abdomen para desembocar en el sitio antes mencionado de próstata.

Los testículos son glándulas de secreción interna, de forma ovoide que se encuentran alojados durante la etapa fetal en el abdomen, pero que a medida que se desarrolla el feto y llega a término, los testículos descienden a través de los conductos inguinales y se alojan en la bolsa escrotal, que es una estructura formada por piel en cuya túnica interna existen fibras musculares capaces de encontrarse y acercar los testículos a la sínfisis púbica o bien de relajarse y alejarlos de la misma.

La estructura íntima testicular está constituida por un conjunto de células que producen, al estímulo de las gonadotrofinas hipofisarias la hormona masculina llamada testosterona. También en su estructura íntima existen finos canales llamados seminíferos en cuyo interior radican las células de Sertoli, que dan origen a los espermatozoides.

La secreción hormonal de los testículos se inicia hasta el tiempo de la pubertad y dicha secreción produce la maduración del esqueleto, acelera el crecimiento, induce a la implantación de los caracteres sexuales secundarios y hace que se inicie la espermatogénesis o formación de los espermatozoides, los caracteres sexuales en el hombre son: pelo pubiano y axilar, el engrosamiento del pelo abdominal, del pecho y la barba, el crecimiento del pene y los testículos, el adelgazamiento de la cintura pélvica, engrosamiento de la voz, el ensanchamiento de la cintura escapular y la pérdida del pelo en las regiones laterales de la frente.

Se sabe que la acción de la testosterona en el psiquismo del individuo produce rasgos de masculinidad que lo hacen formar parte activa ante los problemas de la vida y le confieren un estado de ánimo que lo hacen parecer agresivo, en el buen sentido de la palabra.

### III.2.- EL PROCESO DE FECUNDACION

En este orden de ideas, y una vez conociendo brevemente el funcionamiento y constitución de los aparatos genitales tanto femenino como masculino podemos hablar de lo que es la fecundación y asimismo conocer el lado opuesto, la infertilidad misma que trae como consecuencia que la pareja recurra a las técnicas de reproducción asistida en cualquiera de sus modalidades, objeto de nuestro estudio, cabe precisar que el proceso y concepto de fecundación, difiere del vocablo fertilización, que es tan sólo la etapa en donde el espermatozoide se fusiona con un óvulo para iniciar el desarrollo del cigoto resultante.

Para explicar con celeridad el proceso de fecundación el Doctor Claude A. Ville expone: "El semen depositado en la vagina durante el coito se desplaza por la vagina y llega al útero, parcialmente por sus propios medios, pero principalmente por la fuerza de las

contracciones de las paredes musculares de estos órganos; la mayor parte de los espermias se pierde en el camino, pero algunos llegan a las entradas de las trompas de falopio y nadan subiendo por ellas. Aunque la movilidad de los espermias puede desempeñar un papel mínimo o nulo en su transporte desde la vagina al oviducto, probablemente dicho movimiento tenga importancia para la penetración del huevo"<sup>97</sup>.

Si el óvulo es fecundado generalmente ocurre en el tercio superior de la trompa de falopio. Sólo uno de los centenares de millones de espermias depositados en cada eyaculación fecunda a un solo óvulo.

Cada óvulo humano está rodeado por una capa de células derivadas del folículo y denominadas coronaradita.

Cuando el espermia penetra en el óvulo se produce cierta clase de cambio en la superficie del óvulo que impide la entrada de otro espermia. El espermia deja su cola fuera del óvulo o se desprende de ella poco después de penetrar el citoplasma del óvulo; sólo permanecen el material nuclear de la cabeza y el centriólo. Esta fusión del óvulo y la cabeza del espermia forma el cigoto.

Para concluir la explicación de este proceso de una manera breve diremos que, al llegar el huevo fecundado al útero quizá de tres a siete días después de la fecundación, el mismo ya presentará la forma de una apretada bola de treinta y dos células, llamada mórula.

La mórula se implanta en las paredes del útero, donde tiene un estrecho contacto con la corriente sanguínea materna. Simultáneamente el útero se prepara con cambios físicos y químicos que permitirán un medio propicio para el desarrollo del nuevo ser.

El cigoto se desarrolla hasta convertirse en el embrión, mismo que consigue las materias nutritivas y el oxígeno por medio de un órgano llamado placenta que crece al compás del embrión. La corriente de sangre fetal, entra por las dos arterias umbilicales.

---

<sup>97</sup> Dr. Ville A., Claude. "Biología" Editorial Mc. Graw-Hill. México 1988. P. 827

El útero aumenta de tamaño en proporción al crecimiento fetal de manera que al llegar al término de la gestación su masa será 24 veces mayor que al comienzo.

El feto en el útero tomará la posición fetal que por lo general es boca abajo. Nueve meses más tarde y de manera aproximada el bebé estará en posibilidad de nacer.

### III. 3.- QUE ES LA ESTERILIDAD

Una vez que conocemos el funcionamiento del cuerpo humano en materia de reproducción podremos explicar a que se le denomina *ESTERILIDAD*.

La esterilidad es la incapacidad de una pareja para lograr una concepción después de un año de relaciones sexuales regulares sin protección anticonceptiva, para otros autores el período de relaciones será de dos años como mínimo.

No hay que confundir la esterilidad con la infertilidad que implica la capacidad de lograr concepciones, más no hijos viables.

Ambos problemas pueden ser resueltos por la aplicación de los procedimientos que en este trabajo se estudian pero antes de determinar su aplicación existen tratamientos que pueden curar el mal y por ende permitir un natural embarazo, los tratamientos pueden ser muy variados e incluso requerir de intervención quirúrgica.

Es muy común dentro de nuestra sociedad culpar a la mujer de la imposibilidad de embarazo, pero la verdad es que en porcentaje los problemas pueden ser de un 50% en el hombre y un 50% en la mujer, pudiendo variar estos porcentajes.

Ocurre generalmente esterilidad masculina cuando el número total de espermias en una sola eyaculación es inferior a 150 millones; entre las mujeres, 14 por cada 100 son estériles porque las trompas de falopio han sido bloqueadas por infección, el ovario está

cubierto de una cápsula gruesa o porque su hipófisis secreta inadecuadas cantidades de gonadotrofinas. El moco cervical secretado por algunas mujeres es resistente al paso de espermias (aveces sólo los de algunos hombres), evidentemente por alguna clase de reacción antígeno anticuerpo.

En nuestros tiempos la presencia de esterilidad ha aumentado entre otras causas por el uso de drogas, tabaco, alcohol y algunos medicamentos; de igual manera el estrés cotidiano, los matrimonios tardíos, los abortos provocados, el uso de anticonceptivos y dispositivos intrauterinos, e incluso la presencia de enfermedades venéreas o vírales y como un curioso remate ésta puede ser provocada por algún problema psicológico y no fisiológico.

Según datos que nos proporcionan los doctores Arturo Zárate y Carlos Macgregor, autores mexicanos se calcula que entre 10 y 20 % de la población sufre el problema de esterilidad o el de subfertilidad y que otro 5% tiene un período breve de fertilidad.

Es importante señalar que el 10% de esta población. Ya sea estéril o subfertil, sufre tal padecimiento sin llegarse a descubrir la causa del trastorno.

Las causas que pueden provocar esterilidad se comprenden dentro de la genética, bioquímica, biología, neuroendocrinología y farmacología; siendo las causas más frecuentes la anovulación, la alteración espermática y la obstrucción tubaria, además de un considerable número de alteraciones cuya etiología no ha sido posible explicar.

En algunos casos donde se desconoce la causa del mal o habiéndola localizado no se ha podido remediar, es donde encontramos los progresos más espectaculares de la fertilización in-vitro y la transferencia de embriones que comenzó a aplicarse en nuestro país hace 17 años aproximadamente y cuyo uso se ha ido mejorando y popularizando.

Tomando como base la población general se calcula que la probabilidad de que ocurra esterilidad es de 25%, clasificada en tres tipos esterilidad absoluta, subfertilidad, y presencia de intervalos largos de infertilidad antes de concebir.

Existen también factores sociales y de conducta sexual que influyen directamente en el problema de la esterilidad pudiendo mencionar como ejemplo que la mujer tiende a retrasar su época de procreación a los 30 años o más conociéndose que el índice de capacidad de fertilidad comienza a descender en esta década de la vida. Otro ejemplo podría ser que los métodos anticonceptivos se usan dentro de la pareja por un período de 4 a 10 años y aunque aún no se ha comprobado que su uso en los de tipo hormonal produzca esterilidad (aunque se sospecha que así es) si se ha observado por lo menos, la existencia de un período de subfertilidad posterior a su suspensión.

De igual manera los dispositivos intrauterinos si se han podido asociar con la probabilidad de esterilidad debido a infecciones uterotubarias que producen obstrucción. Otra causa que puede relacionarse directamente al comportamiento social es la presencia de múltiples compañeros sexuales por parte de la mujer, lo que puede acarrear esterilidad de tipo inmunológico (creación de anticuerpos) lo que es de muy difícil solución.

Para determinar la causa de la esterilidad se habrá de hacer un estudio inicial en ambas partes de la pareja, en la mujer habrá de aclarar las características menstruales, la permeabilidad tubaría, uterotubaria, las condiciones de la vagina y de la cervix; asimismo en el hombre se analizará la calidad del semen (densidad, número, vitalidad, movilidad, etcétera).

Una vez que se ha determinado la causa del problema en primer lugar se ha de procurar remediarlo, lo que no siempre es posible, es entonces cuando se opta por utilizar los métodos que se estudian como la fertilización in-vitro, inseminación artificial, préstamo de vientre, etcétera.

Ahora y habiendo descrito de una manera breve lo que implica la esterilidad, sus causas, la posibilidad de remediarlos y en algunos casos la imposibilidad de hacerlo, pasaremos al estudio de cada uno de los procedimientos de fertilización asistida.

### III.4.-INSEMINACION ARTIFICIAL

La inseminación artificial en los seres humanos es un método o artificio distinto de los usados por la naturaleza para lograr introducir el espermatozoides en el interior de los órganos genitales femeninos.

Este procedimiento al igual que los demás de fecundación asistida únicamente deberá ser procurado cuando se hallan agotado todas las terapias específicas y que las mismas fracasaren. Asimismo la utilización de éstas técnicas no es ninguna garantía de lograr el embarazo.

Las indicaciones más comunes no las únicas para que se practique este procedimiento son: a) esterilidad inexplicable, b) imposibilidad de eyacular dentro de la vagina y c) presencia de semen anormal.

Este procedimiento que también es denominado inseminación terapéutica, puede efectuarse con semen del esposo (inseminación homóloga) o de un donador (inseminación heteróloga).

La inseminación del semen en la mujer puede ser:

- a) Intrauterina, siendo éste procedimiento el más utilizado;
- b) Intracervical;
- c) vaginal;
- d) intraperitoneal; e
- e) intrafolicular.

A continuación se describe de manera muy simple la inseminación.

Primeramente se obtiene el semen ya sea del esposo o del donante con dos horas de anticipación (inclusive el semen congelado) el cual se separa, hecho lo anterior se limpia el

cervix con solución salina fisiológica y con un catéter intrauterino o con sondas de alimentación pediátrica, se deposita a través del cervix en la cavidad uterina 0.1 a 0.5 de la muestra procesada. El resto se deposita en el cadocervix y ectocervix. La programación se hace lo más cercana al período de ovulación. Con el objeto de aumentar las posibilidades de embarazo actualmente se utiliza la hiperestimulación ovárica controlada, lo que podría provocar embarazos múltiples.

### III.5.- LA FERTILIZACION EXTRACORPOREA O IN-VITRO.

La fertilización extracorpórea es la unión de espermatozoide y óvulo, fuera del cuerpo humano. Por técnicas de laboratorio, reproduciendo así el proceso de fecundación del óvulo, lo que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de falopio; para el posterior traslado del huevo o huevos fecundados a la cavidad uterina para su desarrollo posterior.

Para poder aplicar este procedimiento se requiere de un útero normal, al menos un ovario funcionando y accesible para la obtención de oocitos y de una muestra espermática aceptable. Como la fertilidad disminuye con la edad la mayor parte de los centros no aceptan a pacientes mayores de entre 35 y 40 años por los bajos resultados que pudieran presentarse.

La fertilización extracorpórea en un principio se empleó en pacientes con enfermedad tubaria irreversible, donde este método fue la única alternativa posible, al transcurrir el tiempo y al existir mayor experiencia su aplicación se ha extendido a la mayor parte de las condiciones productoras de esterilidad.

La edad puede ser una limitante por lo que en gran parte de los tratamientos se requiere que la mujer sea menor de 35 años aunque en este requisito pueden existir variaciones.



Este procedimiento por requerir de tecnología mucho más compleja que la inseminación artificial, eleva por mucho su costo por sobre aquella. Este procedimiento al igual que la inseminación artificial admite la misma clasificación de homóloga y heteróloga.

Para hablar brevemente de la técnica que se utiliza para este procedimiento lo dividiremos en cuatro etapas aunque la primera de ellas no siempre es utilizada; estas etapas son:

Hiper Estimulación Ovárica Controlada.- El objeto de este paso es aumentar el número de óvulos para que entre varios obtenidos, exista mayor posibilidad de fecundación, esto por lo general se realiza con la administración farmacológica de gonadotrofinas exógenas.

Aspiración.- En sus orígenes y aún en algunas ocasiones se aspiraban los óvulos por laparoscopia, actualmente en la mayor parte de los casos se obtiene a través de punción dirigida con ultrasonografía vaginal, que se aplica mediante analgesia leve intravenosa.

Fertilización.- Los óvulos obtenidos se colocan en un medio de cultivo por tiempo variable para su maduración (2 o 3 horas), cuando están listos se agregan los espermatozoides previamente procesados para su fecundación, esto se efectúa colocando una gota de semen.

Se calcula que entre el 45 y el 52 % de los embriones cultivados no alcanzan la etapa de blastocitos, y por ello es necesario cultivar por lo menos 4 embriones en cada intento de Fecundación Extra Corpórea.

Transferencia.- Una vez realizada la fecundación y debido a la alta tasa de abortos, habiéndose completado el cultivo de embriones (48 horas. ) se realiza el trasplante de varios embriones los que se depositan en la cavidad uterina por vía transcervical; "al transplantar más de un embrión se acarrea la probabilidad de un embarazo múltiple. Por ejemplo la posibilidad de un embarazo único con la Fecundación Extra Corpórea es de 11%, cuando se

implantan dos embriones aumenta la probabilidad de embarazo a 21% pero se obtiene un 1% de posibilidad de embarazo gemelar; el implante de 3 embriones permite un 29% de éxito con una probabilidad de 3% de embarazo gemelar”<sup>98</sup>.

Posterior a la transferencia de embriones la paciente permanece acostada por un período de 4 a 6 horas y es dada de alta; debiendo tomar una alta prescripción de progesterona por 14 días, y teniendo frecuentes consultas para detectar con oportunidad el embarazo si es que lo hubo.

Se calcula que únicamente del 10 al 15 % de las fecundaciones extracorpóreas pueden culminar con el nacimiento de un niño.

Dentro de estos procedimientos encontramos que no sólo puede haber donadores de espermias sino también de óvulos o incluso de embriones, lo que de no existir una legislación al respecto, a la larga podría ocasionar grandes conflictos que incluso pararían en tribunales; y que tendrían que resolverse a toda costa y sin excepción.

### III.6.-FECUNDACION POST-MORTEM

Hoy en día vemos con asombro que las técnicas de reproducción asistida que a cada momento se popularizan más, han alcanzado fases que sobrepasan la imaginación de cualquier ser humano, incluyendo la de los más creativos autores de obras de cienciaficción.

Una de estas fases es la que estudiamos en este momento que no es sino una derivación de la fecundación extracorpórea, es la fecundación post-mortem que como su nombre lo indica consiste en fecundar al embrión posteriormente a la muerte de alguno de sus padres, la forma más común que se encuentra de este procedimiento es la fecundación del óvulo de la esposa viuda con el semen congelado de su marido premuerto.

---

<sup>98</sup> Zárate, Arturo y Mac Gregor, Carlos, *"manejo de la pareja Estéril"* Editorial Trillas, Méx. 1990. P.93

Otras posibilidades serían por ejemplo cuando un óvulo que permaneció congelado después de la muerte de su dadora posteriormente es fecundado con espermatozoides de su viudo y depositado en una madre substituta, este procedimiento ha sido muy poco utilizado debido a la poca experiencia en el trabajo sobre óvulos congelados, una mayor probabilidad es el depósito en una mujer, de un embrión que permaneció congelado y que haya sido fecundado por una pareja, y que posterior a ello, uno o los dos hubieren fallecido.

Como se observa, apriori a este procedimiento debió haber sido congelado y conservado por métodos adecuados ya sea un embrión, espermatozoides u óvulos de una persona que murió antes de la fecundación o del trasplante en el caso de embriones.

Un caso que dió la vuelta al mundo fue el caso francés de 1984, donde la Viuda Corinne Parpalax demandó a los laboratorios que conservaban el semen de su marido muerto la devolución del mismo; después de un largo juicio ella ganó pero al practicarse este procedimiento no se logro el embarazo deseado.

Aunque autores como Zannoni consideran esto como una inmoralidad genética y proponen la destrucción del material genético a partir de la muerte del dador encontramos que a la fecha ya hay bancos donde se puede dejar guardado este material y cabe entonces hacerse la pregunta de si es viable la inseminación póstuma.

Estudios realizados señalan que por lo general las viudas, a la muerte de su esposo acuden solicitando estos métodos por miedo a la soledad pero después de ser invitadas a tomarlo con calma y a pensar bien lo que desean hacer ellas casi nunca vuelven.

De esta manera surgen preguntas acerca de los nuevos hijos, cosas como el derecho al nombre, herencia, a la filiación con el padre o la madre muertos con anterioridad a su fecundación, parentesco con las familias de ellos, que consecuencias psicológicas se presentarían en el hijo, o incluso que hay del riesgo de que una vez nacido, la madre o el padre lo rechacen.

Autores como Zarraluqui afirman que este niño no podrá ser considerado hijo del padre muerto antes de su fecundación, e incluso le niegan cualquier derecho; Yo en lo personal considero que no se puede condenar a nadie por no haber cometido ningún delito o falta administrativa y ese hijo no es sino una inocente víctima de un capricho incomprensible, al que no pueden negarse los derechos que todo ser humano posee.

### III.7.- MATERNIDAD SUBROGADA.

El adentrarnos a este tema es como entrar a un gran laberinto con tantas ramificaciones como nuestra imaginación pueda abarcar, correspondiendo a cada ramificación una denominación distinta, pero que por comodidad las estudiamos conjuntamente, sin embargo procuraremos tan sólo a manera representativa más no absoluta dar una definición de lo que la *maternidad subrogada* implica.

La palabra *maternidad subrogada* tan acostumbrada, encuentra su origen en la expresión inglesa *Surrogate motherhood*, sin embargo como veremos esta denominación tan sólo refleja una forma de estos procedimientos.

De una manera muy escueta podremos definir a la *maternidad subrogada* como la práctica por la cual una mujer gesta a un niño con la intención de entregarlo a otra mujer después del nacimiento.

Encontramos que en este procedimiento una de las variaciones es que en ocasiones lo único que se subroga es la función de la gestación, ya que el matrimonio estéril aporta el embrión fecundado con antelación ya sea in-vitro o in-vivo y el mismo es transplantado posteriormente a la mujer que aportará el espacio, tiempo, y todo lo necesario para que el embrión madure y nazca un niño.

Otra forma es aquella donde la subrogada no sólo aporta su vientre sino también el gameto femenino donde a plena luz se observa que la madre subrogada es también la

madre biológica del niño que una vez nacido entregará a otra pareja; a este método también suele llamarse *maternidad sustituta*.

Moreno Luque denomina simple contrato de incubación al primer método que se menciona y contrato de maternidad al segundo de ellos.

Otros autores denominan a estos procedimientos como *arrendamiento de vientre* cuando existe una remuneración económica a cambio del servicio de la madre sustituta o subrogada, un autor que no está de acuerdo con esta denominación es José Barroso Figueroa, quien lo considera "contrato de prestación de servicios por obra determinada, añadiendo además que existe la posibilidad de que aparte de la prestación de servicios se presente la donación o venta de un óvulo"<sup>99</sup>.

Los problemas y consecuencias que se pueden presentar por falta de una regulación jurídica son tan extensos, como posibilidades dentro de este tema, por ejemplo puede ser que exista un donador de semen o incluso una tercera mujer que aporte los óvulos. También podría presentarse con frecuencia lo que escuche el verano del año pasado en un noticiero llamado *Despierta América* del estado de California, en los Estados Unidos, donde se reportó que dentro de aquel país una mujer que se encontraba desahuciada, después de embarazarse transplantó a su madre el embrión para que ella lo gestara y diera a luz al hijo que su madre genética ya no conocería (este caso puede equipararse en tanto a sus consecuencias a una forma más de la fecundación post-mortem ya estudiada), asimismo este proceso funcionará por medio de un contrato que podrá ser oneroso o gratuito.

Encontramos en los Estados Unidos de Norteamérica, que los procedimientos de maternidad subrogada han encontrado tierra fértil dentro de la sociedad lo que sólo sucede en ese país ya que en el resto del mundo no han sido muy aceptadas. Incluso en Europa donde la sociedad es considerada con un criterio muy amplio. La causa de proliferación de

---

<sup>99</sup> Barroso Figueroa, José. "Estudios Jurídicos que en homenaje a Antonio de Ibarrola Asnar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la UNAM" Editorial Cárdenas, México 1996, P. 27

procedimientos como éste, es la falta de normas especiales que planten lineamientos al respecto.

Actualmente se puede hablar de que en los Estados Unidos se encuentran más de 25 agencias que se dedican a la intermediación donde se ofrecen mujeres que se alquilan para estos procedimientos. Lugares que cuentan con amplios catálogos de fotografías y características para escoger a la madre ¿perfecta?, Por sí esto fuera poco también existen asociaciones donde los futuros *padres* conviven con la *madre subrogada* llegando incluso a convertirse en grandes amigos y hasta llegan a considerarse parte de la familia.

Otro país donde la mejor amiga de la pareja estéril se ofrece gratuitamente a subrogar su maternidad es Suecia donde por los medios de comunicación se ha sabido de por lo menos 3 casos, ya que en Suecia comienza a regularse este procedimiento prohibiéndose las remuneraciones económicas, pero permitiendo las madres subrogadas gratuitas donde únicamente la esposa del hombre que aportó el semen tendrá que adoptar al niño una vez nacido para que pueda considerarse su madre.

Sin tomar partido a favor o en contra de la maternidad subrogada como un procedimiento que remedie una deficiencia que haga imposible para una pareja tener un hijo, salta a la vista una imperante necesidad de regular normativamente estos procedimientos ya que incluso, podrían efectuarse por simple vanidad de una mujer que no quisiera perjudicar su hermoso cuerpo, o que tan sólo tenga miedo de embarazarse y prefiera que otra mujer lo haga por ella. En tales casos puede afirmarse sin temor a una equivocación que tal actitud iría en contra de cualquier moral y buenas costumbres, y quizá esta situación podría elevarse al rango de delito.

Para darnos una idea de la opinión mundial acerca de la maternidad subrogada, presentaré una reseña de algunas declaraciones de comités y proyectos de ley.

El año de 1983, el *Comité de Ética del Colegio Real de Obstetras y Ginecólogos del Reino Unido* se declara en contra de las madres Subrogadas.

Un año más tarde dentro de las recomendaciones que emite el comité Warnock se señala que la operación de agencias tanto lucrativas como no lucrativas deberán considerarse delito y se considerarán ilegales todos los contratos de sustitución no dándoseles por ningún motivo validez ni fuerza en los tribunales. Este mismo año un tribunal inglés acepta que una madre subrogada entregue al hijo nacido de ella, a la pareja con la que se comprometió anteriormente a cambio de una remuneración económica. Sin embargo ya en la ley de 1985, se prohíbe la existencia de intermediarios más no de Madres Subrogadas.

El año de 1984, un proyecto de Ley Francés proclama la nulidad de pleno derecho de la Maternidad Subrogada.

Para el año de 1985, El Código de Familia Búlgaro declara que la maternidad se determina con el nacimiento no importando que la concepción se hubiere realizado con material genético ajeno a la mujer que dió a luz, de igual manera en Australia estado de Victoria se determina que la madre es aquella a quien se realizó el implante ya sea de óvulo o de embrión.

Este mismo año un proyecto de ley Italiano presentado a la Cámara de Diputados en su artículo 8º prohíbe de plano todo procedimiento que persiga la maternidad subrogada, penalizando con multa y una suspensión de ejercicio profesional al médico que lo realice.

Hasta el año de 1985, en los Estados Unidos sin mediar ninguna legislación, los contratos onerosos de Maternidad Subrogada no son muy bien vistos, se han presentado muchos proyectos de leyes especiales en diversos Estados, pero tan sólo en eso han quedado, en proyectos.

El 1º de marzo de 1985, en Suecia se promulga la primera ley en el mundo, que trata el tema de la maternidad Subrogada prohibiendo que exista remuneración económica más no la Maternidad Prestada es decir gratuita.

En 1986, en España se presenta el informe promulgado por la Comisión Especial de la Cámara de Diputados, donde se rechaza la maternidad Subrogada o por *cuenta ajena*, proponiéndose incluso en el informe palacios sanciones de tipo penal, administrativo o civil.

En el año de 1987, el Consejo de Europa en Estrasburgo señala que no debería utilizarse este método, pero de ser el caso, la madre subrogada no debería recibir remuneración económica alguna, asimismo debería poder quedarse con el niño que naciere si se diera el caso de que cambie de opinión. Lo anterior cuando sea el caso del trasplante de embrión, cuando ella sea la madre Biológica deberá ser prohibido de plano.

Como posiciones doctrinales podemos señalar la de Lledo Lague quien piensa que se trate de un alquiler de útero, o de un arrendamiento de obra, cuyo resultado es el hombre, deben ser prohibidos absolutamente para evitar que la persona o sus componentes sean objeto de estas relaciones jurídicas.

Otro autor que inclusive propone elevar estas técnicas a delito es Javier Gafo.

Por otro lado encontramos la opinión de comités, que aprueban la maternidad subrogada inclusive con carácter de oneroso, se trata de la comisión para la reforma legal en Ontario Canadá (1985), el consejo de salud Holandés (I-1984-II-1986) y la Sociedad Americana de fertilidad (1976).

Para terminar no deberá permitirse de ninguna manera lo que en alguna ocasión se propuso, acerca de utilizar mujeres mentalmente muertas como incubadoras vivientes ya que se estaría atentando contra la propia dignidad del ser humano.

Así no podemos permitir que en caso de realizarse procedimientos de Maternidad Subrogada éstas se practiquen como algo cotidiano ya que con antelación habría de analizar muchas cosas como problemas psicológicos de la madre subrogada, la pareja a quién será entregado el niño o el mismo infante en caso de conocer su verdadero origen, asimismo las consecuencias legales como determinación de la filiación, paternidad y maternidad, derechos hereditarios, al nombre, licitud de los contratos, viabilidad de los mismos, casos en que sea



preciso aplicar estos métodos, el papel que juega la voluntad, lo que pasaría si una de las partes se retracta, si será aplicable alguna sanción, que pasaría si el niño nace con alguna afección o defecto, si son gemelos, si la madre se droga o es alcohólica, que procede si una mujer no estéril ni infértil, capaz de llevar a buen término su embarazo permite que otra mujer lleve en sus entrañas a su hijo, etcétera.

Todo lo anterior deberá ser tomado en consideración por el derecho ya que esa es precisamente su función, para de este modo permitir una sana política familiar y social.

Con todas estas nuevas posibilidades se crean nuevos principios que habrán de considerarse como lo señala José Barroso Figueroa, un ejemplo de estos principios es: "*La madre no es siempre Biológica*".

Como conclusión podemos señalar que en el mundo y principalmente en México la evolución del derecho no debe ser frenada por el terror que puede ocasionar en la mente humana el progreso científico, sino que siempre deberá procurarse que vaya a la par de ese desarrollo para evitar la existencia de lagunas de Derecho teniendo que resolverse de ser el caso por analogía en cualquier conflicto de esta especie.

## CAPITULO IV.- NATURALEZA JURIDICA DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN MEXICO

### IV. 1.- LAGUNA DEL DERECHO (Falta de Regulación)

Ahora que conocemos lo que son las técnicas de reproducción asistida, sus modos de aplicación, sus orígenes y las iniciativas de algunos Estados, para reglamentarlas y encuadrarlas en una normatividad; entraremos al estudio de la situación jurídica de estas técnicas dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Para comenzar nos remitiremos al Código Civil donde encontramos que nuestro código, inspirado en el Derecho Romano contempla de una manera muy conservadora, figuras que estas nuevas técnicas trastocan como son la familia, la filiación, el derecho a heredar, etcétera; dentro de este estudio haremos notar las carencias de nuestro ordenamiento jurídico cuando en su entorno se realizan actos jurídicos que nuestra legislación no contempla ni regula de modo alguno; por lo que podemos señalar ante esta hipótesis jurídica que se presenta, que nos encontramos ante una laguna de derecho que en definición de Rafael de Pina Vara son "las fallas que se presentan en un sistema jurídico cuando la pereza legislativa impide la creación de las normas que reclaman las necesidades sociales en cada momento",<sup>100</sup> de igual manera se podrían presentar lagunas de la ley que en definición del mismo autor son "las fallas u omisiones que pueden presentarse en las leyes y que el Juez se encuentra autorizado a cubrir, mediante la aplicación, en su caso, de las normas subsidiarias establecidas al efecto por el legislador (principios generales del derecho, costumbres, etcétera)"<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> De Pina, Rafael. "Diccionario de Derecho", Editorial Porrúa México 1980, P. 220

<sup>101</sup> Idem. P. 220

Si bien es cierto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo cuarto en su tercer párrafo consagra como una garantía del individuo: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos"<sup>102</sup>; también lo es que todo derecho tiene un límite. Una forma de determinar dichos límites es, El *Derecho de uno termina donde comienza el derecho del otro*, así encontramos que la procreación estará delimitada cuando se interfiera con los derechos de otro, por lo tanto la libertad que consagra la Constitución Política y la Ley General de Salud, reglamentaria del artículo cuarto de la misma Constitución no es una libertad absoluta, encontrando su límite donde se interfiera con la libertad y los derechos de otra persona, pudiendo este derecho incluso otorgarse al producto de la concepción ya que el mismo Código Civil le otorga derechos en el artículo 22\*<sup>103</sup>, mismos derechos que no deben pasarse por alto de ninguna manera.

En México, donde no encontramos una legislación expofesa para la aplicación de tales prácticas que se han convertido de uso cotidiano, se aprecia la necesidad imperante de comenzar a legislar en este sentido; determinándose que la finalidad de estos tratamientos será remediar la infecundidad y con ello el deseo de formar una familia y no podrán ser aplicadas simplemente como una opción más para tener hijos.

De igual manera estos ordenamientos jurídicos deberán atender a los derechos y obligaciones de todas las partes involucradas en la aplicación de estas técnicas, prestándose gran interés a los derechos del hijo concebido de esta manera, con el objeto de que no sean vistos de una manera desnaturalizada y sean respetados como personas que son, debiendo ser amados y buscados, otorgándoles un valor absoluto y no viéndose como un bien útil que satisfaga un instinto o necesidad de los padres.

---

<sup>102</sup> Ver. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Colección Porrúa, Leyes y Códigos Mexicanos, Artículo Cuarto, Editorial Porrúa, México 1998.

<sup>103</sup> Ver. *Código Civil*, Op. Cit. Artículo 22

El gran avance científico de la medicina ha ocasionado que por ejemplo la determinación jurídica de la filiación que por miles de años siguió una técnica con formulas que no podían de ningún modo ir contra la naturaleza de la reproducción humana; hoy en día carezcan de sentido al aplicarse a las técnicas de reproducción asistida, de ahí nuestro interés por determinar formulas aplicables a los casos de reproducción artificial, logrando de esta manera que la ciencia jurídica se actualice ante la ciencia médica que le ha tomado una delantera de años de experimentación y experiencia.

Así como el determinar la paternidad y la maternidad antes no contemplaba gran controversia jurídica; actualmente con la aplicación de las técnicas artificiales de la reproducción otras figuras jurídicas corren la misma suerte; de esta manera podemos hablar del derecho familiar, sucesorio, los contratos, etcétera donde al presentarse una controversia y debido a la falta de disposiciones aplicables el Juez se enfrentará a un gran problema y tendrá que resolver por hermenéutica, aplicando otras disposiciones creadas con otro fin, al caso que se trate, cuando esto no debería ser. Lo anterior se resolvería existiendo un ordenamiento jurídico aplicable a los casos de reproducción asistida por lo que se puede observar claramente la imperante necesidad de legislar sobre la materia.

En la actualidad, bajo el estado que guardan nuestras leyes, en caso de una controversia jurídica el Juez tendría que dictar una resolución atendiendo a lo que marca el artículo 18 del Código Civil y cabe hacerse la pregunta de ¿ Qué fundamento jurídico le servirá de base?.

Es una realidad en nuestro tiempo que se aplican las técnicas de reproducción asistida sin embargo no existe ningún ordenamiento legal que regule esta situación por lo que nos enfrentamos a la existencia de una enorme *laguna de derecho* que requiere de ser cubierta.

Teniendo una gran tarea los legisladores de esta nación ya que de su trabajo depende una relación armoniosa dentro de todos los sectores de la sociedad que de alguna

manera ya sea directa o indirecta algún día podrán enfrentarse a conflictos relacionadas con la materia de nuestro estudio, por ello corresponde a nuestros legisladores delimitar el controvertido *Derecho al Niño, el derecho del embrión, del feto, el Derecho Genético, el Derecho a contratar y prestar estas técnicas, el Derecho del niño nacido bajo estos procedimientos, etcétera.*

Atendiendo el poder legislativo a estas ineludibles necesidades, el derecho se colocará a la par de la medicina alcanzando una realidad que se escapa de sus manos en la actualidad, de ésta manera el juez contará con las herramientas jurídicas para resolver cualquier tipo de controversia legal que se le presentare no teniendo ninguna necesidad de aplicar una ley que fue creada para otro fin y contando con un fundamento concreto para resolver cualquier controversia que llegue a sus manos como consecuencia de conflictos de intereses de cualquier especie derivadas de la aplicación de las técnicas de fecundación asistida.

Deberá también, existir una normatividad que obligue al médico a no aplicar estos métodos de reproducción de no tratarse de la única esperanza para la pareja, a esta determinación deberá anteceder un minucioso estudio de cada caso en particular; y de ser ésta la única opción viable así lo hará saber a sus pacientes, debiendo estar completamente capacitado para tratar no sólo los aspectos médicos sino también para orientar a la pareja sobre las consecuencias psicológicas, económicas, éticas, morales y por supuesto las *legales.*

Conscientes de la actualización de los métodos de reproducción asistida los legisladores han incorporado en la Ley General de salud el artículo 466 que señala: "Artículo 466.- Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si esta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación, si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”<sup>104</sup>.

No obstante lo anterior podemos afirmar que este artículo no es suficiente para resolver todos los problemas que pudieran presentarse como consecuencia de la aplicación de la variedad de técnicas de reproducción asistida, aún aplicándose de manera supletoria, de ahí la importancia de actualizar más las leyes, con el objeto de poder resolverse cualquier asunto relacionado con el tema que nos atañe.

De igual manera el legislador consciente del gran adelanto científico en el tratamiento de la Biogenética en reformas del mes de mayo del año 1997 incorpora a la Ley General de Salud\*<sup>105</sup> artículos que tratan el manejo de preembriones, embriones y fetos con fines de investigación, como lo son los artículos 314 y 349, de igual manera otros artículos del mismo ordenamiento legal hablan sobre el tratamiento de las células progenitoras hematopoyéticas, como el artículo 322 y el artículo 324 que trata de la donación de estas células y de la libre revocación, el 329 que habla de la autorización, para manejar bancos de sangre, semen, etcétera; el artículo 330 que se refiere a la disposición terapéutica de las células progenitoras hematopoyéticas en los bancos de semen y por último el artículo 332 del mismo ordenamiento jurídico que nos señala que los donadores no podrán cobrar por sus servicios.

Como se ve el legislador ha dado su primer paso, pero todo el manejo de esta nueva tecnología es una gran carrera y nuestra legislación y la sociedad se encuentran muy atrasadas para tal afecto.

Por lo anterior podemos concluir que aún apareciendo breves chispazos donde se pretende poner fin con la obscuridad de la ley y con las lagunas jurídicas, falta mucho por

---

<sup>104</sup> Ver *Ley General de Salud*; Editorial Sista S.A. de C.V., México 1998, artículo 466.P.107

<sup>105</sup> Ver. *Ley General de Salud*, Op. Cit. Artículos respectivos. PP.79-82.

hacer y se espera que este trabajo sirva algún día como base para acabar con esta muy clara *laguna de la ley*.

#### IV.2.- CONTROVERSIAS QUE PODRIAN PRESENTARSE POR LA FALTA DE REGULACION.

Las controversias que pudieran presentarse por la falta de un ordenamiento jurídico que regule la aplicación de todas las técnicas de reproducción asistida serán tantas como el límite que nuestra imaginación nos permita y el objetivo de ejemplificar algunas de ellas no es otro que recalcar la urgente necesidad de crear una normatividad que impida se llegue a tanto problema por el uso de las técnicas de reproducción artificial y, que de caerse en ellas, el juzgador tenga la posibilidad de resolver conforme a derecho, asentando su resolución en bases sólidas para tal efecto.

Para este fin comenzaremos esta ejemplificación continuando con el mismo orden que presentamos en cada una de las técnicas de reproducción asistida; desde luego muchos de los problemas que se estudien en cada caso podrán repetirse en las demás técnicas de reproducción y algunos otros escapanán de nuestra observancia.

La inseminación artificial homologa no presenta gran problema ya que es la forma más similar al procedimiento natural de reproducción, más aún dentro de esta técnica cabe hacerse las preguntas; ¿tiene el hijo nacido derecho a conocer la forma en que fue concebido?, o ¿tienen los padres el derecho a guardar en secreto ante su hijo esta situación?, para contestar esto habrá de tenerse mucha precaución de las consecuencias morales y psicológicas e incluso legales que podrían presentarse tanto para los padres como para su hijo, de igual manera ¿qué pasaría si una mujer sin el consentimiento de su esposo se practica con el espermatozoide de su cónyuge una inseminación artificial, y su cónyuge no desea tener a ese hijo?. Para nuestra ley, el esposo de no poder demostrar que fue físicamente

imposible cualquier contacto físico con su cónyuge será declarado padre legítimo y no habrá forma de demostrar lo contrario.

Complicaciones mayores podrían suscitarse cuando se trate de inseminación heteróloga, en este caso el donador es una persona ajena al matrimonio, nuestra Ley General de Salud ya contempla esta posibilidad en su artículo 466, el que dispone que forzosamente tendrá que existir la autorización del esposo para practicarse una inseminación en la mujer, sin embargo, como ya se hace ver con prelación, aunque esta autorización no se otorgare, el producto de la concepción al nacer sería considerado hijo del esposo, esto atendiendo a los artículos 324, 325 y 326 de nuestro Código Civil.

Dentro del mismo asunto habrá de considerarse que actualmente y bajo el ordenamiento que nos rige una mujer soltera puede practicarse una inseminación artificial en el momento que lo desee negando de esta manera el derecho que tiene su hijo a contar con la figura paterna.

Otro punto que se habría de acentuar es determinar que pasará con el donador de esperma. No es difícil que un amigo o pariente de la pareja se ofrezca amablemente a donar su material genético, lo que sin asegurarlo pero dejando abierta la posibilidad podría ocasionar que se desarrollara entre el donador y la mujer inseminada un sentimiento más fuerte que el de una amistad, pudiéndose causar de esta manera un gran perjuicio al matrimonio, llegando inclusive al rompimiento. Por lo que yo me inclino porque el donador sea totalmente anónimo, al menos para la pareja ya que el médico tendrá que conocerlo y practicarle todos los estudios que sean necesarios para considerarlo plenamente sano y candidato a donador.

Ahora que hablamos del donador cabe hacer la suposición de que el hijo de madre soltera que se practicó la inseminación lo localice y le pretenda imputar la paternidad fundándose en el artículo 382 fracción IV del Código Civil, el donador estaría en desventaja ya que no hay ningún ordenamiento legal que lo proteja a él y a su anonimato, habrá de



considerarse que el nunca pretendió ser padre limitándose a ser un simple donador voluntario de células progenitoras hematopoyéticas.

Por el contrario y hablando del donador de esperma se podría invertir la situación, pretendiendo el donador otorgar el reconocimiento del hijo nacido de la mujer a la que se le practicó inseminación con su célula progenitora.

Otro riesgo que se puede correr al no existir un control sobre el número de donaciones es que al dedicarse un sólo individuo a donar su semen de una manera indiscriminada se caiga en situaciones de incesto en las nuevas generaciones, ya que sin conocerlo la pareja, ambos pueden proceder del mismo padre genético.

Asimismo se corre el riesgo de que en un futuro los hijos intenten por la vía legal romper el vínculo filial con alguno de sus padres, alegando que él no aportó el material genético.

En lo que hace a la *Fecundación Extracorpórea* se corren los mismos riesgos que se han señalado para la práctica de la *Inseminación Artificial*, la diferencia existente es que la fecundación ocurre fuera del aparato genital femenino, de aquí se desprende la pregunta ¿qué pasará con el embrión fecundado y vivo que no fue implantado? ; habrá quien señale que estos pueden ser guardados en los mismos bancos de semen y si la pareja no lo desea, incinerarlos, como lo dispone la Ley General de Salud, sin embargo, considero que el embrión al ser una vida independiente en su estado inicial deberá ser tratado al igual que el feto, que el ordenamiento legal precitado señala "sólo podrá darse destino final a un feto previa expedición del certificado de muerte fetal"<sup>106</sup>.

Por lo anterior habrá de determinarse legalmente que suerte seguirán todos esos preembriones, embriones y fetos que fueron fecundados y no utilizados; porque no puede tampoco permitirse que continúe el desarrollo de los mismos fuera de su madre porque se estarían creando hijos sin padres lo que va en contra del orden natural, moral, y ético.

---

<sup>106</sup> Ver. *Ley General de Salud*, Op. Cit. artículo 350.P.84

Dentro de la fecundación post-mortem habrá que determinarse las consecuencias del orden legal que se ocasionarían si antes de que se practique la inseminación muere el esposo o aún habiéndose realizado una fecundación in-vitro y ya existiendo el embrión, pero antes del implante muere el esposo ¿ qué procedería en tal situación? por un lado el niño no tiene ninguna culpa y por lo mismo no puede quedar desprotegido. Sin embargo de acuerdo con nuestra legislación, para algunos doctrinarios de las ciencias jurídicas si ese niño no nace dentro de los 300 días siguientes a la muerte del cónyuge este no podrá ser considerado hijo del esposo; de acuerdo a lo que señala el artículo 324 de código civil vigente. De igual manera y como se desprende del artículo 337 del mismo ordenamiento jurídico, ese niño no tendrá derecho alguno a heredar de los bienes del de cujus esposo de su madre.

Si el cónyuge dispusiera antes de su muerte y por escrito lo contrario a lo aquí descrito no podría darse carácter legal a esa disposición, ya que para el alcance de nuestras leyes esto es material y jurídicamente imposible. Por lo que podríamos señalar que ese niño sería considerado ilegítimo y no podría llevar el apellido del padre, asimismo no contaría con derecho a heredar sobre los bienes del de cujus de su madre sin contar con ninguna base legal para entablar un juicio en su favor, sin ni siquiera servir de algo la disposición escrita del de cujus.

Sin embargo en defensa de ese menor podría utilizarse el artículo 364 que señala la posibilidad de reconocer al hijo que no ha nacido sin entrar en mayores detalles, y por lo tanto podría señalarse que los derechos que se desprenden del artículo 389 que son sobre, alimentos, recibir porción hereditaria y apellido, son procedentes.

Cambiando de tipo de fecundación asistida toca el turno a la maternidad subrogada; dentro de éste procedimiento podemos encontrar un mayor número de controversias sin excepción de las que ya hemos estudiado.

Para empezar podemos afirmar que según nuestra ley será considerado hijo de la mujer el que nazca de ella, ésto se desprende de los artículos 324 y 360 del Código Civil, y si ésta fuere casada aunque el cónyuge no tuviera nada que ver en el proceso de fecundación se presumiría legalmente que el hijo es suyo.

Por lo antes dicho la primera pregunta a resolver en el caso de practicarse estos métodos de reproducción asistida será ¿ Quién deberá de considerarse la madre de ese niño? ¿ La gestante, la genética o la estéril que desea al hijo?. Comenzando por aquí encontramos el primer gran obstáculo en la determinación de la filiación y el proponernos resolver este asunto es evitar que las parejas que incurran en estas prácticas no tengan como único remedio el *Fraude a la Ley o las falsas declaraciones*

A la sombra de nuestro derecho la madre sustituta portadora contará con una protección legal y en caso de cambiar de opinión podrá decidir registrar al niño nacido como suyo y no habrá forma de obligarla a hacer lo contrario.

De forma similar a la anterior tenemos que la donadora de óvulo también puede retractarse sin que haya poder humano ni legal que la obligue a cumplir con su trato.

La falta de una normatividad que regule la utilización de estas técnicas que no aparecen prohibidas de ninguna manera por nuestra legislación podría llevarnos a situaciones tan aberrantes como la que se describirá a continuación:

Que pasaría en nuestro País, sí como ya ocurrió en Australia una pareja que no podía tener hijos por esterilidad de la esposa práctica una fecundación extracorpórea con el óvulo de su madre y con semen de su cónyuge y una vez realizada la fertilización se depositó el embrión en el vientre de la dadora del óvulo (madre y suegra respectivamente); al nacer el hijo, éste fue entregado a la pareja, siendo la abuela a la vez madre del niño y la madre del niño a la vez su hermana y el niño sería hijo del padre pero a la vez su cuñado, esto desprendiéndose de los artículos que en su momento estudiamos.

Del ejemplo anterior observamos la imperante necesidad de regular de alguna manera la aplicación de estos procedimientos ya que tales situaciones escapan de cualquier lógica.

Otras situaciones que hoy por hoy no encuentran ninguna respuesta bajo el marco jurídico que nos rige son las que a continuación enumeraré:

- ¿Qué pasaría si el hijo naciera con retraso o alguna otra enfermedad congénita y nadie quiere hacerse cargo de él?
- ¿Se le puede fincar alguna responsabilidad al médico de suscitarse el caso anterior?
- ¿Qué pasaría si después del divorcio o separación una mujer se practica una inseminación artificial y pretende imputar al ex cónyuge la paternidad del niño?, Claro que lo anterior respetando los términos que la misma ley marca para que sea considerado el padre.
- ¿Podrá una mujer soltera practicarse una de estas técnicas de reproducción asistida?
- ¿Deberá permitirse que una mujer que lleve una relación lésbica se practique alguno de estos procedimientos, pretendiendo ser la madre del niño que nazca?
- ¿Qué futuro correrán los preembriones, embriones y fetos no depositados en un vientre?
- ¿Existe algún derecho de propiedad sobre ellos o sobre el semen?
- ¿Podrán realizarse actos de comercio con ellos?
- ¿Deberán permitirse los procedimientos y experimentos de mejora de semen y de óvulos o de codificación genética?
- ¿Deberán los donantes considerarse parte de la familia?

- ¿Es posible prohibir que se practique la maternidad subrogada por mero placer y capricho y no por una real necesidad terapéutica?
- ¿Será posible permitir el embarazo de un hombre?
- ¿Debe prohibirse la gestación completa dentro de una probeta?
- ¿Será permisible la utilización en estos procedimientos de gametos infantiles?
- ¿Debe existir una prohibición absoluta de experimentos tendientes a modificar el género humano?
- ¿Debe prohibirse rotundamente la fecundación interespecies?
- ¿Será necesario prohibir de manera radical el implante de un embrión humano dentro de un animal de otra especie?
- ¿Podrá impedirse que se utilicen mujeres con muerte cerebral como madres (incubadora)?

Como se contempla existen aún muchas respuestas sin resolver y de algunas respuestas depende inclusive el futuro de la humanidad.

El listado que presento con antelación parece sacado de una obra de ciencia-ficción o de misterio, pero no es así, muchas situaciones de tal naturaleza ya han llegado a los tribunales en otros países del mundo; o han sido propuestas y defendidas; en gran número en los Estados Unidos.

Sin embargo no reflejo en este trabajo cada uno de esos juicios por razones obvias de espacio y tiempo. Y las situaciones que aún no han llegado a algún tribunal se encuentran en estado de latencia ya que son en un 100% posibles, de igual manera pueden existir muchas situaciones más que hayan escapado de nuestra observación, así que de la reacción del jurista, del legislador y del que imparte la justicia depende que estos problemas no empiecen a multiplicarse en los tribunales y que nuestra sociedad pueda continuar su vida de manera armoniosa y conforme a las reglas que deben regir a la humanidad.

En el mismo orden de ideas es necesario tomar consciencia de todo lo que estas técnicas implican; por ejemplo habrá de determinarse cual será el futuro de los embriones y fetos que no puedan ser implantados; ya que no deberán ser tratados como basura con el pretexto de que no son vida humana; nosotros los abogados quienes juramos defender la justicia para todos aún para los indefensos; debemos definir al hombre no sólo a partir del nacimiento.

Lo anterior se desprende de que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Es imposible decir que no hay nada antes del nacimiento. Asimismo es importante promover una reflexión sobre la vida prenatal y sobre ciertos aspectos que afecten a los niños en general.

#### IV.3.- SITUACION JURIDICO - FILIAL DEL NIÑO AL NACER.

Como se ha observado dentro del contenido de este trabajo la existencia de técnicas artificiales de fecundación asistida rompe en muchos aspectos el orden jurídico que por siglos ha regido a la sociedad y para ser más concretos a los mexicanos; encontramos ante nuestros ojos que principios casi tan antiguos como la humanidad misma; tales como *mater semper certa est* y *pater is est quen justae nuptiae demostrant*, mismos que encontraron su origen en la naturaleza hoy han sido superados en muchos sentidos por la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

Así como ya se ha mencionado en ocasiones habrá de escoger ante 3 mujeres que pretendan ser madres de un sólo hijo; la que aportó el óvulo (madre genética), la que aportó el vientre (madre biológica) y por supuesto aquella mujer estéril que siempre deseo tener un hijo y que acudió a las técnicas que en el contenido de esta investigación hemos estudiado, contratando o pactando con las otras dos para llegar al fin que se trata, tener un hijo (madre legal, voluntaria).

De igual manera por parte del padre encontramos que si la madre biológica es casada su esposo puede reclamar su paternidad y en el estado que guardan nuestras leyes éste tendrá gran posibilidad de lograr se le otorgue ese estado jurídico, por otro lado el donador de esperma puede pretender promover juicio en el mismo sentido que se señalo líneas atrás y por último encontramos al esposo de la *madre legal* que de igual manera es su voluntad ser padre de esa criatura.

Por otro lado encontramos el desconocimiento de estado del padre. Quizás el cónyuge de la mujer que se inseminó nunca deseó ser padre (en este caso es indiferente que el material genético provenga de él o de un donante), al tenor de nuestra legislación este hombre se encuentra en un total estado de indefensión: claro que cumpliéndose los requisitos que establece el artículo 324 del Código Civil.

Otro aspecto que habrá de analizarse es la situación jurídica de aquel hombre que aportó el material hematopoyético y que nunca fue su voluntad convertirse en padre, como ya comentamos el hijo de la mujer inseminada estaría en la posibilidad de ejercitar una acción de reconocimiento del estado del hijo con todos los derechos que ello traería consigo.

Como se observa el progreso de la medicina ha de ser equiparado al de la ciencia jurídica creándose una nueva legislación que permita a la sociedad entrar en un orden jurídico, no cayéndose en un estado de anarquía donde el juez no encuentre que rumbo tomar o donde basándose en una legislación del año 1932, estos conflictos jurídicos dejen muy atrás las normas a aplicarse, teniendo que dictar una resolución que aún conociéndose por el juez, no sea la más correcta o adecuada.

La intención en este momento es determinar un sentido correcto para establecer la filiación, cuando nazca un niño como resultado de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

Es de sencilla apreciación que al diferir las técnicas de reproducción asistida, por menos o por más, a la concepción normal o natural, también es necesario encontrar la

fórmula más adecuada para determinar la filiación y poder de esa manera conocer quien es el padre, la madre y el hijo respectivamente dentro de ese complejo número de candidatos a recibir tal calidad.

El método por el que me inclino ya que es el que considero más justo, es determinar la *voluntad de ser padre*, esta voluntad deberá existir con antelación a la aplicación de cualquier técnica de reproducción asistida, de esta manera serán considerados padres del niño quienes desde antes de la concepción lo desearon y buscaron.

Propongo la creación de un archivo, donde se concentre toda la información necesaria para este efecto, por lo que toda expresión de voluntad deberá aparecer por escrito; de igual manera será obligatorio que todo contrato que se realice con ese fin sea inscrito en el mismo archivo, estos contratos deberán ser firmados por todas las partes involucradas, es decir por el médico, el donador de semen, la donadora de óvulo, la que proporcione su vientre (quien siempre deberá ser soltera al practicarse la transferencia) y la pareja que deseó tener al hijo. Este contrato será obligatorio en el 100% de los casos, sin excepción alguna.

El contrato a que se hace referencia deberá contar con la voluntad expresa de cada una de las partes, de realizar el proceso en lo que le corresponda y al concluirse con el nacimiento de un niño, entregarlo a la pareja que desea a ese hijo para que inscriba al mismo en el Registro Civil como tal.

Asimismo el contrato que será conocido y leído por cada una de las partes que intervengan, explicará con detalle todos los riesgos que se corren de que el niño nazca con alguna deficiencia de cualquier sentido, de esta manera los padres no podrán fincar ninguna responsabilidad al médico ni negarse a recibir a esa criatura como hijo suyo que es.

Con antelación a la firma del contrato deberán existir los siguientes antecedentes:

- Certificado de tratamiento de infertilidad a la pareja hasta sus últimas consecuencias.



- Certificado médico de infertilidad o esterilidad según sea el caso.
- Certificado de estudios psicológicos a todas las partes involucradas en la aplicación de la técnica a excepción del médico que la llevará a cabo, esto con el sentido de intentar prevenir en lo posible reacciones de las partes donde pretendan cambiar de opinión iniciado el tratamiento, así como algún problema psicológico que pudiera presentarse una vez entregado el niño a los padres legales.
- Certificado de un estudio médico al donador con el fin de comprobar su salud física y psíquica con el objeto de prevenir en lo posible la transmisión de enfermedades hereditarias al niño que nazca.
- Certificado de salud de la mujer que proporcionará el óvulo y el vientre donde se determine que no están enfermas ni son afectas al alcohol, las drogas o portadoras del VIH.

Todos los certificados a que se hace alusión constarán de igual manera en el mismo expediente que contenga el contrato.

En lo que hace a los donadores, el mismo archivo contará con una base de datos que lleve el computo de las donaciones, contando con un tope de 10,. Esto será con el objeto de prevenir las situaciones de incesto de que se ha hablado.

Al escogerse el donador, esto se hará mediante un cálculo matemático de territorios para procurar en lo posible el mayor distanciamiento entre cada donación en la que participe.

En el caso de ser necesaria la aplicación de la madre subrogada deberá procurarse en lo posible que sea diferente la que aporte el óvulo y la que aporte el vientre ya que al proporcionar una sola mujer la célula progenitora hematopoyética y el vientre, ésta sentirá un mayor lazo de unión para con el nuevo ser que lleva en su vientre lo que causará mayor dolor al desprenderse del niño una vez nacido éste. Asimismo sugiero que la madre biológica nunca conozca al niño que dé a luz para no despertar ese sentimiento.

En mi opinión la creación de un Archivo de Técnicas de Reproducción que cuente con los bancos de información de referencia evitarán en un gran número la existencia de estos conflictos que aunque en nuestro país no se han presentado o se han presentado en bajo índice, al aplicarse cada vez con mayor frecuencia las técnicas de reproducción asistida en México, más cerca estamos de que se presenten y como se dice para muestra un botón sólo hay que voltear hacia nuestro vecino país del norte para ver que los asuntos que aquí se tratan son ya una realidad.

Con la existencia de los contratos obligatorios que se proponen para poder realizar un procedimiento de reproducción asistida, así como de una buena regulación normativa, el orden legal continuará su paso y la determinación de la filiación no correrá los riesgos que ahora ya se pueden prever.

De esta manera la voluntad de ser padres será el origen del establecimiento de la filiación desplazándose de esta manera la antigua fuente de filiación (la natural), con esto no pretende modificarse el sistema que se sigue para determinar la filiación de los niños concebidos mediante una reproducción natural ya que en estos casos continúan siendo tan viables como en la Roma antigua.

Por último y siguiendo la misma teoría de la voluntad de ser padre hablaremos de la fecundación post-mortem con la que en lo personal no estoy de acuerdo por las razones que ya se explicaron. En el caso de aplicarse este procedimiento y de existir manifestación de la voluntad expresa y por escrito del padre, ésta deberá ser inscrita en el Archivo de Técnicas de Reproducción asistida con el objeto de que se le otorgue validez absoluta y de esta manera el hijo nacido podrá contar con todos los derechos de un hijo nacido en vida de su padre, como son el de llevar el apellido de su padre, sobre la masa hereditaria de su padre, etcétera.

Esta teoría de la voluntad de ser padre también tendrá sus limitantes, como por ejemplo a una mujer que viva en relación lesbica no se deberá permitir practicarse estos

procedimientos ya que siguiendo el orden natural, un hijo tiene derecho al padre y la madre no a tener dos madres ya que todo ello acarrearía consecuencias que saldrían totalmente del contexto de este trabajo.

Así que, cuando se apliquen las técnicas de reproducción asistida sea la que fuere, la manifestación de la voluntad de ser padre por escrito y registrada en el Archivo, será la fuente legal para establecer la filiación, de esta manera una vez nacido el niño podrá ser registrado como hijo de la pareja, gozando de todos los derechos y obligaciones que la ley confiere a los padres y a los hijos respectivamente. Esto sin perjuicio de lo que se establece en el Código Civil vigente cuando se trate de un nacimiento derivado de una concepción natural, es decir sin la intervención de los procedimientos que en este trabajo se estudian.

#### IV.4.- AUTORIDAD COMPETENTE EN CASO DE CONTROVERSIA

La autoridad competente en caso de controversia se determinará de igual manera bajo la tutela de una nueva normatividad que como hasta ahora se ha venido haciendo. Es decir cualquier controversia donde se dispute la titularidad o intitularidad de un derecho de filiación donde se haya aplicado una técnica de reproducción asistida, será resuelta por los Jueces de lo familiar, de igual manera serán resueltos los conflictos por la mala aplicación de los contratos que con ese fin se realicen.

La anterior afirmación se desprende de que todos estos conflictos caen dentro del orden del derecho familiar, incluyéndose los contratos de reproducción asistida.

Los demás ordenamientos jurídicos que ya rigen en nuestro derecho determinarán el sistema de turnar los asuntos y normarán los procedimientos respectivos.

## CAPITULO V.-PROPUESTA DE REGLAMENTACION DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA EN MEXICO

### V.I.- EXPOSICION DE MOTIVOS

Como resultado del estudio realizado en el desarrollo de esta investigación; se llega a la inminente conclusión de que es una realidad que el desarrollo avasallador de las ciencias médicas y en particular de las técnicas de reproducción asistida, ha superado por mucho al orden del derecho, las leyes que norman nuestro entorno, inspiradas en otra concepción que se tenía del mundo y de la vida, se han visto rebasadas.

El fundamento en que nos sustentamos para afirmar lo anterior y asimismo, para proponer la inminente necesidad de legislar sobre las técnicas de reproducción asistida en México, se deja ver claramente en el transcurso del desarrollo de esta investigación.

De un balance objetivo en el contenido de este trabajo, he llegado a la conclusión de la necesidad de nuevas figuras jurídicas, que sin alterar de ninguna manera el orden legal que nos rodea, pero si de una manera auxiliar, colaboren a que nuestra sociedad continúe su rumbo de una manera armónica y civilizada.

En un principio la idea que tenía en mente, era simplemente proponer algunas reformas a la Constitución, al Código Civil, y a la Ley General de Salud; sin embargo conforme mi investigación fue avanzando y tomando forma me dí cuenta de la imperiosa necesidad de algo más profundo que unas simples reformas y adhesiones a las leyes ya existentes.

Hoy en día, en la sociedad y tiempo que nos ha tocado vivir, ante los constantes descubrimientos y avances tecnológicos, encontramos una necesidad apremiante de actualizar los sistemas jurídicos existentes, para de este modo regular dichos avances.

En esta época, los códigos legales, entendiendo a estos como recopilaciones en un sólo cuerpo normativo de leyes de una sola materia jurídica, ordenadas con un plan, sistema y método uniformes; cruzan por una época de descodificación.

En este sentido se pronuncia el maestro Acosta Romero quien señala "Los códigos civiles, mercantiles y penales desde fines del siglo XIX o principios del XX, están sufriendo un proceso de desmembramiento paulatino y progresivo"<sup>107</sup>, asimismo señala que la era de los grandes códigos ya paso viviéndose la nueva presencia de leyes marco o especializadas.

El fenómeno del que hablamos se presenta tanto a nivel Internacional como Nacional. Como ejemplo dentro de nuestro país de las leyes a que nos hemos referido podemos señalar la Ley Aduanera, Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, Ley Federal de Caza, Ley Federal de Bienes Nacionales, etcétera.

El orden del mundo actual debe irse desarrollando en todos los sentidos, y así como la medicina no se ha detenido ante nada, la ciencia del derecho debe abrirse a los cambios que en su entorno se suscitan día con día, como lo señaló en alguna ocasión el Juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América, Oliver Wendell Holmes, "el derecho es vida y la vida cambia"<sup>108</sup>.

Es por lo anterior que considero que lo más pertinente en la actualidad y primordialmente refiriéndome a México, es la creación de leyes que contemplen y regulen esos progresos sociales y científicos.

La razón por la cual propongo la necesidad de crear una nueva ley de Técnicas de Reproducción Asistida es que en el mundo actual, todas las ciencias existentes se encuentran en un período de constante evolución; en este orden de ideas me atrevo a afirmar que la ciencia del derecho no debe ser la excepción, ante todos estos cambios a los que la sociedad actual se enfrenta, deben de existir ordenamientos jurídicos actualizados, leyes

---

<sup>107</sup> Acosta Romero Miguel. Y López Betancourt Eduardo. "Delitos Especiales", Editorial Porrúa, México 1990, segunda edición actualizada, P. 3.

<sup>108</sup> *Idem.* P. 3

especializadas, Lo preceptuado, se debe a que un sólo ordenamiento jurídico no debe saturarse de información, es necesaria para una buena economía jurídica y procesal la creación de nuevas leyes especializadas que contemplen la existencia de esos nuevos progresos científicos.

El derecho también se encuentra en un proceso de evolución; toda vez que una fuente del derecho es la fuente real y que las prácticas de reproducción asistida ya existen, así como los conflictos que ya se han suscitado en otros países como consecuencia de su aplicación, es fundamental que el derecho regule aquellas actividades.

Este proceso de evolución al que hago referencia no debe ser coartado, es por ello que propongo, la creación de una ley que dentro del derecho privado, exclusivamente regule las técnicas de reproducción asistida.

El proponer la creación de una legislación sobre técnicas de reproducción asistida no es la única solución para resolver las controversias que puedan presentarse, se requiere de un proceso más elaborado consistente en la cooperación de las asociaciones médicas, universidades, la Secretaría de Salud, de los profesionistas, y de la población en general, así como de los órganos legislativo y judicial; todo lo anterior con el fin de crear gente e instituciones preparadas y familiarizadas con esta disciplina, ya que no podemos esperar que por el simple hecho de promulgar una ley obtengamos resultados satisfactorios. En conclusión para que una ley funcione necesita estar rodeada de factores que permitan su validez y eficacia.

Antes de presentar mi propuesta de proyecto de ley de técnicas de reproducción asistida; quiero dar a conocer que dicha propuesta la estructuré con base en todas y cada una de las consideraciones y análisis que se hicieron en el transcurso de esta investigación, de modo que cada artículo que presénte habrá sido producto de una reflexión contenida en esta investigación.

A continuación me permito presentar mi propuesta de reglamentación de las técnicas de reproducción asistida, con la esperanza de que en el futuro el derecho, cuente con las herramientas necesarias para hacer frente a esa nueva gama de problemas que podrían presentarse como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

## CAPITULO V.2.- PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY DE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA EN MEXICO

### CAPITULO I

#### DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1.- Las disposiciones de esta ley son de orden público y de observancia general en el Distrito Federal.

Art. 2.- La presente ley regula, las técnicas de reproducción asistida aplicadas en el género humano; su empleo, su manejo, la determinación de la filiación cuando el hijo nazca como resultado de estas técnicas, el derecho a heredar y llevar el apellido de los padres, los requisitos para ser susceptible de practicarse estas técnicas, ser donador, madre sustituta o subrogada, de los contratos de reproducción asistida, del Archivo de Técnicas de Reproducción

Asistida, de los bancos de material genético, las clínicas de reproducción asistida, medidas de seguridad y delitos.

Lo que esta ley determine se aplicará exclusivamente cuando el hijo nacido, haya sido concebido por cualquier técnica de reproducción asistida y cuando exista esterilidad en cualquiera de los padres.

Art. 3.- Para los efectos de esta ley se entenderá como técnica de reproducción asistida, todo medio o artificio empleado, buscando procurar el embarazo dentro de una pareja estéril

o infértil aplicado con el objeto de procurar la concepción y nacimiento de un niño.

Art. 4.- Los tipos de fecundación asistida que esta ley regula, son los siguientes.

I.- Inseminación artificial

II.- Fertilización extra- corpórea o in- vitro

III.- I.X.I.

IV.-Procedimientos de maternidad subrogada o sustituta

V.- Lavado uterino con transferencia de embriones

VI.- Clonación o partenogénesis.

Art. 5.- Queda estrictamente prohibida la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana; la violación de este precepto será sancionada como lo establezca el artículo 92 de esta ley.

Art. 6.- Para la aplicación de cualquier técnica de reproducción asistida, será requisito indispensable que se hayan efectuado previamente todos los tratamientos adecuados para el tipo de esterilidad o infertilidad de que se trate y que ninguno haya tenido como resultado la concepción.

Art. 7.- Previamente a la aplicación de estos métodos será requisito la expedición de un certificado de esterilidad o infertilidad; según sea el caso, expedido por el médico que haya tratado a la pareja o mujer estéril.

Art. 8.- La inseminación artificial es un método o artificio, distinto del natural para lograr

introducir el semen en el interior del órgano genital femenino.

Art. 9.- La fertilización extracorpórea o in-vitro, es un método por el cual se une al espermatozoide y óvulo fuera del cuerpo humano, mediante técnicas de laboratorio; para que una vez fecundados, se realice el traslado del huevo o huevos fecundados a la cavidad uterina para su desarrollo posterior.

Art. 10.- EL I.X.I. es un método por el cual se inyecta de manera artificial un solo esperma en el interior de un óvulo.

Art. 11.-La maternidad subrogada es una práctica por la cual una mujer gesta al producto de la concepción, que fue fecundado con su célula progenitora; con la voluntad expresa de entregarlo a una pareja al nacimiento, para que la segunda lo registre como su hijo:

Art. 12.- La maternidad sustituta es una práctica por la cual una mujer gesta al producto de la concepción que fue fecundado con óvulo ajeno; con la voluntad expresa de entregarlo a una pareja al nacimiento, para que la segunda lo registre como su hijo.

Art. 13.- El lavado uterino con transferencia de embriones, es aquel procedimiento por medio del cual se transfiere un embrión fecundado invivo o por métodos artificiales, por medio del lavado uterino, al útero de una mujer distinta.



Art.14.- La clonación es la fecundación mediante una célula cualquiera no el esperma, la que contiene todos los componentes genéticos del organismo al que pertenecía y absolutamente toda la información para crear un nuevo ser idéntico a aquel.

Art. 15.- El empleo de cualquier técnica de reproducción asistida será empleado únicamente como la última alternativa para alcanzar la procreación, cuando los tratamientos

encaminados a remediar la esterilidad o infertilidad hayan fracasado. Queda expresamente prohibido que estas prácticas se apliquen como una forma opcional o alternativa de procrear. La violación a lo aquí preceptuado será considerada delito y será sancionada como se establece en el artículo 92 de ésta ley.

## CAPITULO II

### SOBRE LA APLICACION DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA

Art. 16.- Tanto en el método de inseminación artificial como en el de la fertilización extracorpórea encontraremos la siguiente clasificación:

I.- Homóloga.- Cuando se realice con el semen del esposo.

II.- Heteróloga.- Cuando se realice con el semen de un donador.

Art. 17.- Los hijos nacidos por estas técnicas gozan y disfrutan desde su concepción, por tratarse de vidas humanas, de todos los derechos y obligaciones que la constitución

política y sus leyes secundarias consagran, aun encontrándose fuera del útero materno, estos no podrán ser tratados de desigual manera a los concebidos en forma natural.

Art. 18.- Cuando se trate de procedimientos de fertilización extracorpórea, sólo se fertilizará el número de óvulos que corresponda al número de embriones que serán transplantados.

Art. 19.- Queda prohibida la congelación de embriones.

Art. 20.- Queda prohibida la fecundación post-mortem, cualquier persona que la ejecute, estará a las sanciones que se determinen en el artículo 92 de esta ley.

Art. 21.- Sin perjuicio de las sanciones a que se hace alusión en el artículo precedente, si se practica la fecundación post-mortem existiendo disposición por escrito del cónyuge de Cujus manifestando su voluntad de reconocer al hijo que sea fecundado y nazca en tiempo posterior a su muerte, la misma será registrada en el archivo correspondiente y se le dará valor para efectos de filiación, herencia y demás derechos que a un hijo se otorguen.

Art. 22.- Se aplicarán las disposiciones de los artículos 20 y 21 cuando la mujer que proporcione el material genético se encuentre desahuciada y pretenda que el cónyuge conserve al hijo que nazca de una madre subrogada o sustituta, tiempo después de la muerte de su madre genética y legal.

Art. 23.- Si uno de los futuros padres o ambos fallecen; una vez que se ha realizado la fecundación de las células progenitoras, la práctica se llevará hasta el término y el niño

nacido será considerado hijo póstumo con todos los derechos y obligaciones que de la filiación se desprenden. Si la fecundación no se ha realizado, se suspenderá el procedimiento.

Art. 24.- Las células progenitoras hematopoyéticas, donadas para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, por ese sólo hecho, dejarán de pertenecer al que las donó, perdiendo éste cualquier derecho de reclamarlas.

Art. 25.- Por ningún motivo se podrán realizar actos de comercio, como la venta de células progenitoras hematopoyéticas o el pago a las madres subrogadas, estos servicios siempre serán proporcionados de manera gratuita. Lo anterior no impedirá que se pague al médico por sus servicios y los gastos que se pudieran causar a las madres subrogadas, por motivo del embarazo y parto. La violación a este precepto será sancionada como lo establece el artículo 92 de ésta ley.

Art. 26.- Cuando ambos cónyuges consienten por escrito en la aplicación, cualquiera que sea, de técnicas de reproducción asistida, su uso no podrá ser alegado como causal de divorcio.

### CAPITULO III

#### DE LOS REQUISITOS PARA APLICARSE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA, SER DONADOR O MADRE SUSTITUTA

Art. 27.- Tendrá capacidad para realizarse técnicas de reproducción asistida, cualquier persona mayor de edad que se haya comprobado que es estéril.

Art. 28.- Para ser madre subrogada o substituta, habrá de contarse con la mayoría de edad y con una buena salud tanto física como psíquica.

Art. 29.- Para ser donador, habrá de contarse con la mayoría de edad y con una buena salud tanto física como psíquica.

Art. 30.- No podrá aplicarse ninguna técnica de reproducción asistida a parejas del mismo sexo.

Art. 31.- Queda expresamente prohibido que una mujer que no cumpla con los requisitos que señalan los artículos 6 y 7 de este ordenamiento jurídico, se practique cualquier tipo de procedimiento de reproducción asistida.

Este artículo incluye la aplicación de la maternidad subrogada, es decir, para su aplicación se requiere la preexistencia de una mujer u hombre infértil o estéril.

### CAPITULO IV

#### DE LOS DONADORES

Art. 32.- Será considerado donador cualquier persona que de manera gratuita proporcione sus células progenitoras, ya sean semen, óvulos o embriones fecundados.

Art. 33.- En la totalidad de los casos el donador de células progenitoras

hematopoyéticas, deberá practicarse un exhaustivo estudio clínico, con el objeto de determinar tanto su salud física como psíquica. De igual manera habrá de determinarse la ausencia de adicciones al alcohol o a las drogas; para de esta manera clasificar como candidato a donador.

Esta disposición incluye en el caso de las madres subrogadas, o substitutas a la mujer que gestará al producto de la concepción.

Art. 34.- Por ningún motivo el donador de células progenitoras hematopoyéticas podrá ser familiar o amigo de la pareja que requiera la aplicación de estas técnicas. Esto incluye en el caso de las madres subrogadas a la mujer que gestará al niño.

Art. 35.- El donador de óvulo o esperma será anónimo para los padres y demás personas, así permanecerá una vez que nazca el hijo.

El hijo que nazca por estas técnicas en ningún momento tendrá acceso a esta información. De igual manera el donador no conocerá a la pareja que utilice su material genético, ni al producto de la concepción.

Art. 36.- Los donadores de células progenitoras hematopoyéticas serán registrados en el Archivo de Técnicas de Reproducción Asistida, con el objeto de controlar el número de

donaciones que por regla general no podrán superar el número de cinco.

Art. 37.- Cualquier persona que desee ser donadora de células progenitoras hematopoyéticas deberá ser registrada en el Archivo de Técnicas de Reproducción Asistida. Dicho registro será efectuado por los bancos de semen autorizados.

Art. 38.- La elección del donador será responsabilidad absoluta del médico que practique cualquier técnica de reproducción asistida; éste mismo elegirá de entre el material genético con que cuenten los bancos, el que considere más compatible con las personas que requieran de estas técnicas.

Art. 39.- La mujer que pretenda gestar al producto de la concepción, para entregarlo a una pareja, una vez nacido éste, deberá ser soltera y permanecer así por lo menos hasta después del momento en que se realice la transferencia.

## CAPITULO V

### DE LA FILIACION

Art. 40.- Todo niño nacido bajo las técnicas de reproducción asistida será considerado hijo de la pareja estéril que manifestó expresamente y por escrito su voluntad de ser

padres y ni los padres ni los hijos, podrán intentar en ningún momento alguna acción de desconocimiento o pérdida de la filiación.

Art. 41.- Las madres subrogadas o substitutas no tendrán ningún derecho ni obligación derivados de la filiación, lo anterior se fundará en la manifestación por escrito expresada en el contrato de técnicas de reproducción asistida que será firmado por las partes contratantes, manifestación que expresará su voluntad de no reconocer al niño nacido como resultado de la aplicación de estas técnicas, una vez que nazca éste.

Art. 42.- El artículo que antecede también se aplicará a los donadores de material genético.

Art. 43.- En el caso de las madres substitutas o subrogadas el niño nacido de estas mujeres no tendrá ninguna relación jurídica ni filial con el cónyuge de éstas, de encontrarse casadas al tiempo del parto.

Art.44.- El niño nacido como resultado de estas técnicas será considerado y registrado como hijo de ambos cónyuges, que manifestaron en contrato por escrito su voluntad de ser padres.

Art. 45.- Ninguna mujer podrá practicarse cualquier método de reproducción asistida sin el consentimiento expreso y por escrito de su cónyuge, de ocurrir lo anterior el médico que la practique y la mujer que viole esta prohibición serán sancionados conforme al artículo 92 de esta ley.

En éste caso el cónyuge no podrá ser obligado contra su voluntad a reconocer al niño como su hijo y contará como pruebas a su favor:

I.- Con el desconocimiento de la autorización que se haya registrado como suya para realizar tal procedimiento.

II.- Con todas las pruebas de sangre, biológicas y genéticas que estén a su alcance.

Art. 46.- Si por cualquier circunstancia como resultado de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, el niño nace enfermo, cualquiera que sea su enfermedad, sea ésta curable o incurable, el niño será considerado hijo de la pareja que manifestó su voluntad de tener al hijo, y por ningún motivo, tendrán los padres facultad para desconocer a su hijo.

Art. 47.- Si dictado el divorcio o decretada por el Juez la separación de los cónyuges, una mujer por medio de las prácticas de fecundación asistida, se embaraza y pretende imputar el hijo a su ex cónyuge, El segundo contará con los medios de prueba a que se refiere el artículo 45 de esta ley. Lo aquí preceptuado se aplicará de caerse en los casos prescritos por el artículo 324 del Código Civil para presumirse la paternidad, el que viole éste precepto se sancionará conforme al artículo 92 de esta ley.

Art. 48.- Los hijos nacidos como resultado de las técnicas de reproducción asistida serán tratados exactamente igual que los nacidos por concepción natural y gozarán de todos los

derechos que de la filiación se desprenden, como llevar el apellido de los padres, derechos hereditarios, alimentos y educación.

## CAPITULO VI

### DE LOS CONTRATOS DE REPRODUCCION ASISTIDA

Art.49.- Todos los sujetos que intervengan en los contratos de reproducción asistida están obligados a cumplir y respetar éstos, para su cumplimiento se estará a lo dispuesto en el contrato respectivo; y en su defecto las controversias serán resueltas como lo señala el Código Civil en el capítulo de contratos correspondiente.

Art. 50.- Siempre que una pareja estéril requiera de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, antes de la aplicación del procedimiento deberá signarse por ambas partes un contrato donde se exprese la voluntad de ser padres. Dicho contrato será inscrito en el Archivo de Técnicas de Reproducción Asistida.

Art. 51.- Dentro del mismo contrato se determinarán los riesgos naturales que puede correr el producto de nacer con deficiencia o

cualquier otro tipo de enfermedad, ya sea curable o incurable.

Art. 52.- El mismo contrato a que se hace referencia será signado por todas las partes que intervengan, es decir por el médico y en caso de maternidad subrogada por la mujer que aporte el vientre y por el representante del banco de semen.

Art. 53.- En casos de maternidad subrogada la mujer que aporte el vientre conocerá el contenido del contrato y expresará su voluntad de entregar al niño una vez que nazca, limitándose su voluntad a ser portadora más no madre del producto que nacerá.

Art. 54.- Con antelación a la firma de cualquier contrato de reproducción asistida deberán existir los siguientes requisitos:

I.- Certificado de tratamiento de esterilidad o infecundidad de la pareja sin resultados positivos.

II.- Certificado de esterilidad o infecundidad según sea el caso.

III.- Certificado de estudio psicológico a los pacientes y a la madre subrogada de ser el caso.

IV.- Certificado expedido por el banco de semen de salud psíquica y física del donador de células progenitoras

hematopoyéticas, respetando el anonimato.

V.- En su caso certificado de salud psíquica y física de la mujer que será la subrogada o la substituta, que además se compruebe que no son afectas al alcohol ni a las drogas.

Art. 55.- Los certificados de referencia se anexarán al contrato de reproducción asistida

## CAPITULO VII

### DEL ARCHIVO DE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA

Art. 56.- Se creará el Archivo de Técnicas de Reproducción Asistida, con carácter permanente, que contará con un registro informatizado de donantes de gametos con fines de reproducción humana, con las garantías precisas de anonimato, un Archivo de contratos sobre técnicas de Reproducción asistida y que contará con las funciones y competencias que se le confieran y que serán reguladas por su propio Reglamento Interior.

Art. 57.- El Archivo de Técnicas de Reproducción Asistida, dependerá de la Secretaría de Salud.

Art. 58.- Las funciones del Archivo de Técnicas de Reproducción Asistida serán las siguientes:

I.- Conservar todos los contratos que se firmen en el Distrito Federal con motivo de la práctica de cualquier técnica de reproducción asistida, contando con una base de datos disponible para cualquier Juzgado que requiera de información.

II.- Contar con una base de datos actualizada, que contenga toda la información de los donadores de semen, de esta manera cada persona no podrá

efectuar más de cinco donaciones en el transcurso de su vida.

III.- Determinar con base, matemática zonas donde se puedan distribuir las cinco donaciones de cada individuo.

Art. 59.- La información de donadores existentes y el registro de nuevos, presentados por los bancos de semen, deberá contar con todos los estudios necesarios para considerarlos candidatos a donador, respetándose la confidencialidad.

Art. 60.- Los médicos con cédula profesional debidamente registrada, en cualquier momento podrán solicitar a los bancos de semen, las células progenitoras hematopoyéticas que necesiten para llevar a cabo cualquier práctica de reproducción asistida.

Art. 61.- Los particulares no podrán tener acceso a la información de

los bancos de células progenitoras hematopoyéticas para rastrear al donador ni por ninguna otra circunstancia.

Art. 62.- El poder judicial o el Ministerio Público tendrán acceso a cualquier tipo de información que maneje el Archivo de Técnicas de Reproducción Asistida cuando se presuma que existió algún fraude o que el médico incurrió en alguna responsabilidad.

Art. 63.- El Archivo de Técnicas de Reproducción Asistida extenderá copia certificada del contrato de reproducción asistida, misma que se entregará a los padres legales una vez que se realice el nacimiento. Con la copia de referencia los padres podrán acudir ante el Juez del Registro Civil y registrar al niño como su hijo. El Registro Civil conservará dicha copia.

## CAPITULO VIII

### DE LOS BANCOS DE SEMEN, CLINICAS QUE PRACTIQUEN TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA Y SU PERSONAL

Art. 64. - Todas las clínicas en que se realicen técnicas de reproducción asistida, así como los bancos de recepción, conservación y distribución de

material biológico humano, ya sean públicas o privadas, se rigen por lo dispuesto en la Ley General de Salud y sus Reglamentos.



Art. 65. - Los Bancos de semen podrán existir por sí solos o como anexos de las clínicas que practiquen técnicas de reproducción asistida. Los mismos deberán contar con el permiso que para tal efecto expida la Secretaría de Salud y con un Registro en el Archivo de Técnicas de Reproducción Asistida.

Art. 66.- Las clínicas que practiquen técnicas de reproducción asistida, deberán contar con el permiso que para tal efecto expida la Secretaría de Salud y con un registro en el Archivo de Técnicas de Reproducción Asistida.

Art. 67. - Las clínicas deberán contar con laboratorios equipados para la identificación e incubación de gametos y embriones, un seminólogo y profesionales idóneos en el arte de saber estimular la ovulación y obtener los óvulos en el momento preciso.

Art. 68. - El inmueble donde se realicen estas técnicas deberá estar diseñado teniendo en cuenta que la sala de operaciones y el laboratorio para el cultivo y la fertilización estén contiguos y comunicados.

Art. 69.- Las clínicas de reproducción asistida deberán contar con el equipo necesario y adecuado para realizar la práctica de técnicas de

reproducción asistida, de igual manera el personal deberá estar capacitado adecuadamente y los médicos deberán estar titulados y contar con experiencia.

Art. 70. - El laboratorio deberá contar con una campana de flujo laminar, incubadoras, osmómetro y microscopios. Los reactivos y vidriería deben ser de la más alta calidad y encontrarse en condiciones asépticas estrictas.

Art. 71. - Los bancos de semen y depósitos de óvulos exclusivamente podrán conservar semen y óvulos congelados, más no así preembriones ni embriones vivos.

Art. 72. - Los bancos de semen y depósitos de óvulos tendrán una supervisión de la Secretaría de Salud por lo menos cada cinco años para verificarse el buen manejo y control del material genético ahí resguardado, así como la buena administración de los mismos.

Art. 73. - El semen y óvulos únicamente podrán crioconservarse por un lapso de cinco años, después de este tiempo deberán ser renovados por material fresco.

Art. 74.- Los médicos que practiquen técnicas de reproducción

asistida deberán estar capacitados para dar toda la información necesaria a sus clientes sobre las técnicas que se usarán, los riesgos que se correrán para el niño, las posibilidades de éxito y de conflictos y los problemas a los que la pareja puede

enfrentarse del orden ético, moral, psicológico, religioso y legales.

Art. 75.- El médico antes de realizar cualquier procedimiento de reproducción asistida deberá brindar a la pareja estéril, toda la información a que hace alusión el artículo anterior.

## CAPITULO IX

### MEDIDAS DE SEGURIDAD, SANCIONES Y DELITOS

Art. 76. - Por ningún motivo se permitirán experimentos en que se pretenda llevar el proceso de gestación completo dentro de una probeta.

Art. 77. - Por ningún motivo se permitirá ningún experimento donde se pretenda lograr el embarazo de un hombre.

Art. 78.- Quedan prohibidos los experimentos que busquen la mejora de óvulos y semen, donde se pretenda la manipulación genética.

Art. 79.- Quedan prohibidos los experimentos tendientes a modificar el género humano.

Art. 80.- Queda prohibida la fecundación interespecies aun a manera de experimento.

Art. 81.- Queda prohibida la implantación de un embrión humano dentro de un animal de otra especie y viceversa.

Art. 82.- Se prohíbe la utilización para cualquier procedimiento de reproducción asistida del uso de gametos infantiles, aun de manera experimental.

Art. 83.- Queda prohibida la práctica de madres subrogadas o substitutas en mujeres en estado de vida vegetativa.

Art. 84.- Queda prohibida la aplicación de la clonación en el genero humano.

Art. 85.- La investigación en gametos deberá ser efectuada en gametos animales y su único objeto deberá ser la prevención de enfermedades. No será permitida la investigación en gametos humanos.

Art. 86.- Queda prohibida la manipulación genética para la selección de sexo, raza y características específicas.

Art. 87.- Queda prohibido dar al embrión cualquier otro uso distinto a la procreación.

Art. 88.- Queda prohibida la existencia de agencias que ofrezcan los servicios de madres subrogadas, tanto las de carácter lucrativo como las que no lo son.

Art. 89.- Cualquier centro que se dedique a la aplicación de técnicas de reproducción asistida sin la licencia correspondiente será clausurado y

multado por el monto que la autoridad determine.

Art. 90.- Queda prohibida la fusión celular de preembriones humanos, aún con el carácter de experimentación.

Art. 91.- Al que por cualquier motivo viole el anonimato de un donador se le aplicarán las penas que el artículo 92 determine.

Art. 92.- La violación a cualquiera de los artículos que esta ley establece será sancionada de la siguiente manera:

I.- Cualquier persona que viole los preceptos por esta ley establecidos será sancionada con una pena de dos a ocho años de prisión dependiendo de la magnitud de su falta.

II.- Si la persona que viole los citados preceptos fuera un médico titulado la sanción se agravará en un tanto más que la pena que correspondería para el que no lo fuere.

## CONCLUSIONES

Al concluir este estudio he llegado a las conclusiones que me permito enumerar:

*PRIMERA.*- Las figuras tradicionales de los derechos de familia y hereditario, así como de los contratos, han sido alteradas con la aparición de las técnicas de reproducción asistida que aquí estudiamos.

*SEGUNDA.*- Tan antiguos como la humanidad, los procedimientos para subsanar la esterilidad, han ido evolucionando hasta llegar a estas técnicas, por lo que concientes de su existencia otros países occidentales ya han legislado sobre la materia.

*TERCERA.*- América Latina, en lo que hace a legislación sobre dichas técnicas, se encuentra muy poco actualizada, no existe una sola ley sobre la materia, y México no es la excepción, encontrando el mismo vacío jurídico.

*CUARTA.*- La aparición de las madres subrogadas quebranta violentamente la idea que se tenía tradicionalmente de la maternidad, ya que con el empleo de mujeres que aporten su vientre para llevar en él un producto que no será considerado su hijo, sino hijo de otra mujer, ahora la mujer que dé a luz no será siempre la madre legal.

## BIBLIOGRAFIA

- 1.- Acosta Romero, Rafael. López Betancourt , Eduardo. "Delitos Especiales", Editorial Porrúa, México 1990, Segunda edición actualizada.
- 2.- A. Zannoni, Eduardo. "Derecho Civil, Derecho de Familia", Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina. 1989.
- 3.- Azuara Pérez, Leandro. "Sociología", Editorial Porrúa, México 1992.
- 4.- Barroso Figueroa, José. "Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio de Ibarrola Asnar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la UNAM", Editorial Cárdenas, México 1996.
- 5.- "Bíblia Católica", La Editorial Católica S.A Alfonso XI, Madrid España, 1951
- 6.- Chinoy, Eli. "La Sociedad", una introducción a la sociedad, Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1992.
- 7.- De Coulanges, Fustel. "La Ciudad Antigua", Editorial Porrúa, México 1996, Colección "Sepan Cuantos " número 181.
- 8.- De Pina, Rafael. "Diccionario de Derecho", Editorial Porrúa, México 1980.

- 9.- Ezquivel Obregón, Toribio. "Apuntes para la historia del Derecho en México", Editorial Porrúa, Tomo I, México 1984.
- 10.- Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil", Editorial Porrúa. México 1995.
- 11.- García Maynez, Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, México 1992.
- 12.- Gutiérrez y González, Ernesto. "El Patrimonio", Editorial Porrúa, México 1983.
- 13.- Gutiérrez y González, Ernesto. "Sucesiones Inter Vivos y Mortis Causa", Editorial Porrúa, México 1995.
- 14.- Italo Tozzini, Roberto. "Esterilidad e Infertilidad Humanas", Editorial Panamericana, Argentina 1989.
- 15.- Langer G. " Artificial Insemination a study of 156 succesful", Vol. IV. U.S.A. 1990.
- 16.- Lemus García, Raúl. "Derecho Romano", Editorial Limusa, México 1980.
- 17.- Pérez Peña, Efraín. "Infertilidad, Esterilidad y Endrocrinología de la Reproducción", Editorial Salvat, México 1995.
- 18.- Rodríguez Pinto, Mario. "Anatomía Fisiología e Higiene", Editorial Progreso, México 1984.

- 19.- Rogina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil Introducción, Personas y Familia", Editorial. Porrúa, México 1993.
- 20.- Rojas Soriano, Raúl. "Guía Para Realizar Investigaciones Sociales", Editorial plaza Valdés. México 1992.
- 21.- Shannon, Thomas A. "Surrogate Motherhood : the ethics of using human beings", New York 1988.
- 22.- Shelia, Choen. "Surrogate Mothers Whose Baby is it ", American Journal of Law and Medicine, Vol. 10
- 23.- Sherman, Elías. "The Ethics Commite of the American Fertility Society", Nueva York 1990.
- 24.- Soto La Madrid, Miguel Angel. "Biogenética Filiación y Delito", Editorial Astrea, Argentina 1990.
- 25.- Ville A. Claude. "Biología", Editorial Mc. Graw-hill, México 1988.
- 26.- Wurmbrand Barcia, Joy. "The Legal Aspects of Surrogate Motherhood", copies in reserve room ano archives 1993.
- 27.- Zárate, Arturo y Mac Gregor, Carlos. "Manejo de la Pareja Estéril", Editorial Trilias, México 1990.

## LEGISLACION

- I.- *"Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"*. Colección Porrúa Leyes y Códigos de México, Editorial Porrúa, México 1998.
- II.- *"Código Civil para el Distrito Federal"*. Colección Porrúa Leyes y Códigos de México, Editorial Porrúa, México 1998.
- III.- *"Ley General de Salud"*. Editorial Sista S.A. de C.V., México 1998.

## HEMEROGRAFIA

- a) Periódico "Excelsior". Domingo 9 de junio de 1963, Primera sección, Primera plana, México Distrito Federal.
- b) Periódico "Novedades". 21<sup>o</sup> de septiembre de 1987, México Distrito Federal. Página 12.
- c) Revista "Inquietud Nueva". Año XIV, No. 80, Mzo-Abril, 1998.
- d) Revista "News Week". Artículo " Making hight- techbabies", 18 de marzo de 1985, Estados Unidos de Norte América.