

409



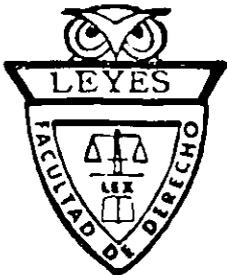
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"CONSECUENCIAS DE LA INSEMINACION
ARTIFICIAL EN MATERIA DE SUCESION LEGITIMA"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARTHA LETICIA ORTIZ POBLANO



MEXICO, D. F.

2000

280207



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 PERMITIRME LLEGAR A ESTE MOMENTO
TAN IMPORTANTE EN MI VIDA AL LADO DE
MI FAMILIA.



A MIS PADRES:

LUIS ORTIZ DEL MONTE Y ESPERANZA POBLANO
CAMACHO, POR SER LOS ANGELES QUE
EMBELLESEN MI HOGAR, QUE ME CONFORTAN Y
ALIENTAN CON SU CARIÑO Y COMPRENCION, QUE
SE INTERESAN EN MI BIEN Y SENSURAN MIS
ERRORES.

DOY GRACIAS POR ENSEÑARME A NO AMBICIONAR
LO QUE NINGUNO ALCANZA, PERO SI LA VIRTUD,
POR EL GRAN CARIÑO Y LA AYUDA QUE SIEMPRE ME
HAN DADO.

POR SER ELLOS LO MAS VALIOSO Y LO MAS BELLO
QUE LA VIDA ME HA DADO, Y POR QUE AMBOS HAN
CREIDO SIEMPRE EN MI.

A MIS HERMANAS:

CON ESPECIAL AMOR Y CARIÑO, POR TODO
LO QUE HEMOS COMPARTIDO Y POR EL
APOYO QUE ME HAN OFRECIDO.

A MIS AMIGOS:

POR TODO EL APOYO Y LA CONFIANZA QUE ME
HAN OFRECIDO EN RECONOCIMIENTO A LA GRAN
AMISTAD QUE NOS UNE

A LA MEMORIA DE UN GRAN AMIGO JOSE
LUIS

A MI ASESOR LIC. FELIPE HERNANDEZ CHAMU:

POR SU GRAN AYUDA Y A SUS INAPRECIABLES
INDICACIONES EN LA ELABORACION DE ESTA TESIS,
Y POR SER UN EXCELENTE PROFESOR, ADEMAS DE
UN GRAN SER HUMANO.

EN FORMA ESPECIAL AL DOCTOR IVAN
LAGUNES PEREZ DIRECTOR DEL SEMINARIO
DE DERECHO CIVIL.

EN AGRECIMIENTO POR EL APOYO Y
DIRECCIÓN EN EL PRESENTE TRABAJO.

A MIS MAESTROS DE LA FACULTAD DE DERECHO
POR LA EDUCACION PROFESIONAL QUE ME
BRINDARON Y POR HABERME MOTIVADO EL
RESPECTO A ESTA PROFESION.

**“CONSECUENCIAS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL
EN MATERIA DE SUCESION LEGITIMA.”**

INDICE.

	Pág.
-INTRODUCCION.	1
CAPITULO I. “ LA FILIACIÓN.”	
1.1. DEFINICION DE FILIACION.	4
1.2. ELEMENTOS DE LA FILIACION.	8
1.3. CLASES DE FILIACION.	13
A) MATRIMONIAL,	14
B) EXTRAMATRIMONIAL, Y	16
C) POR ADOPCION.	18
1.4. CONSECUENCIAS JURIDICAS.	20
CAPITULO II. “ DE LAS SUCESIONES.”	
2.1. CONCEPTO DE SUCESION.	23
2.2. CLASES DE SUCESION.	26
a) TESTAMENTARIA Y	27
b) LEGITIMA.	32
2.3. DEFINICION DE HERENCIA Y CONCEPTO DE HEREDERO	35
2.4. PERSONAS QUE HEREDAN POR SUCESION LEGITIMA.	39
2.5. CASOS EN LOS QUE SE ABRE LA SUCESION LEGITIMA.	41
2.6. OTROS CASOS EN LOS QUE SE ABRE LA SUCESION	

LEGITIMA SIN HEREDERO.

45

CAPITULO III.
"LA INSEMINACION ARTIFICIAL."

3.1.	CONCEPTO DE INSEMINACION ARTIFICIAL.	49
3.2.	ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL.	53
3.3.	CAUSAS POR LAS QUE SE REALIZA LA INSEMINACION ARTIFICIAL:	59
	3.3.1. CAUSAS FISICAS.	60
	3.3.2. CAUSAS PSICOLOGICAS.	64
	3.3.3. CAUSAS INVOLUNTARIAS.	67
3.4.	CLASES DE INSEMINACION ARTIFICIAL.	68
	3.4.1. INSEMINACION ARTIFICIAL HOMOLOGA.	71
	3.4.2. INSEMINACION ARTIFICIAL HETEROLOGA.	73
	3.4.3. INSEMINACION ARTIFICIAL POST-MORTEM.	75
	3.4.4. IN VITRO.	77
	3.4.5. ALQUILER DE VIENTRE.	80
	3.4.6. TELEINSEMINACION.	83
	3.4.7. DONACION DE GAMETOS.	84
	3.4.8. CLONACION.	85
	3.4.9. DONACION O TRANSFERENCIA DE EMBRIONES.	87
3.5.	REQUISITOS PARA LLEVAR A CABO LA INSEMINACION ARTIFICIAL.	90

CAPITULO IV.
"LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN RELACION CON LA FILIACION EN LA SUCESION LEGITIMA."

4.1.	CONSECUENCIAS JURIDICAS QUE SE PRODUCEN EN MATERIA DE SUCESION LEGITIMA CON MOTIVO DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL.	96
4.2.	EXISTENCIA DE OTRAS PERSONAS CON IGUAL O MEJOR DERECHO A LA HERENCIA.	115
4.3.	PROBLEMATICA QUE SURGE CON LA APLICACION E INTERPRETACION DE LA LEY GENERAL DE SALUD Y OTROS ORDENAMIENTOS JURIDICOS EN LA PRACTICA DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL.	119
4.4.	BREVE PROPUESTA PARA ADICIONAR Y ADECUAR ALGUNOS ARTICULOS DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA DE FILIACION Y SUCESIONES SOBRE LA INSEMINACION ARTIFICIAL ACORDE A NUESTRA REALIDAD SOCIAL.	140

- CONCLUSIONES	157
- BIBLIOGRAFIA.	160

INTRODUCCION.

La presente tesis tiene por objeto estudiar los problemas que podrían presentarse a consecuencia de la práctica de la "Inseminación Artificial" en seres humanos, así como la práctica de sus diferentes técnicas de acuerdo a cada problema de esterilidad y, por lo tanto, sus posibles consecuencias jurídicas al aplicarlas en el ámbito del DERECHO CIVIL. Lo cierto es que en la actualidad no todos los países cuentan con una legislación que regule su práctica; sin embargo, Suecia uno de los pioneros de sobre el particular es el país que más se ha preocupado por el tema de la FECUNDACION ARTIFICIAL, y sobretodo cuenta con una legislación que contempla dicha práctica en los seres humanos.

Ahora bien, los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, en especial en el campo de biomédicina y biotecnología, han facilitado entre otros procedimientos el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción asistida como alternativas a la esterilidad en la pareja, generalmente se les conoce como "TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA CON AYUDA MEDICA" algunas de ellas inimaginables hasta hace pocos años. Entre ellas encontramos: La inseminación Artificial (I.A.) con semen del marido o del varón de la pareja (Inseminación Artificial Homóloga), o con semen de donante (Inseminación Artificial Heteróloga), esta última concretamente se ha venido realizando en España; también encontramos la Fecundación In Vitro (FIV) con transferencia de embriones (TE) de mayor complejidad que la anterior, la cual se dio a conocer por primera vez y universalmente en 1978, con el nacimiento de Louise Brown en Reino Unido, mientras que en nuestro país el primer bebé nació a través de esta técnica tuvo lugar en 1984. La Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG) técnica de mayor complejidad de las dos anteriores; la Maternidad Subrogada o Alquiler de Vientre técnica practicada con mayor frecuencia en los Estados Unidos de Norteamérica, en donde se han creado agencias dedicadas a ser

intermediarias para la práctica de este procedimiento. Por otro lado, la Inseminación Post Mortem cuyo empleo es menos frecuente por los conflictos que se han generado en torno a ella y por último tenemos la Clonación, la cual tiene algunos años de uso y a pesar de que muchos se oponen a su empleo se ha efectuado su práctica sobre todo después del nacimiento de la oveja Dolly en Gran Bretaña el 27 de febrero de 1997, siendo el primer clón perfecto pues se habían vencido todos los obstáculos. Hoy día en Estados Unidos se permite la experimentación sobre clonificación humana.

Las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos han sido poco adecuados o ineficaces, pero tales expectativas se acompañan de una inquietud y de una incertidumbre en relación con su aplicación, sin duda benéficas para la sociedad pero con una serie de implicaciones en el campo del DERECHO. Con el control científico y biológico el ser humano tiene el poder de alterar su destino y cambiar su existencia en el campo de la genética; ya que los avances científicos cursan generalmente por delante del Derecho, el cual se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquéllos, éste asincronismo entre la ciencia y el derecho originan un vacío jurídico, por lo que se deben solucionar todos aquéllos posibles problemas. Visto el alcance tanto en la ciencia como en la biología se hace precisa una revisión a nuestras actuales leyes, para adaptarlas con respecto a la fecundación artificial, evitando así se dé una colisión entre el derecho y la dignidad humana.

El mayor problema es cuando se utilizan donantes de material reproductor, ya que supone la incorporación de persona ajena, con lo que se pone en entre dichas cuestiones relacionadas con el derecho de familia, maternidad, paternidad, filiación y sobre todo con el Derecho Sucesorio. Es necesario, pues, establecer requisitos respecto al donante y donación, así como sus obligaciones y derechos si los hubiera respecto del donante con los hijos concebidos por estos medios.

Por otra parte, se hará referencia a los avances científicos y biológicos entorno a la repercusión en el **DERECHO CIVIL** ya que hasta hace pocos años sólo era una

quimera el poder crear un ser humano por medios mecánicos, y hoy día es una realidad, así como los problemas que se están presentando en nuestra vida moderna debido a su práctica; es decir, debido a los avances logrados dentro de la reproducción humana y a su repercusión en el campo de lo jurídico, concretamente en el Derecho Sucesorio y, muy especialmente en la **SUCESION LEGITIMA**. Igualmente se dirá si existen derechos y obligaciones entre progenitores y descendientes concebidos por estos medios. Lo anterior en virtud de que la especie humana es la única susceptible de cambios sobre todo que nunca se comporta de igual manera, pues día a día realiza nuevas investigaciones dentro del campo de la genética.

El problema de la Sucesión Legítima radica en que a falta de testamento, será la Ley quien determine quienes son herederos legítimos del de "cujus", pero siempre suponiendo la existencia de un nexo biológico entre autor de la herencia y heredero. Entonces, si las técnicas de reproducción asistida son de gran ayuda para el ser humano por solucionarle problemas de esterilidad dándole la oportunidad de lograr la paternidad; el derecho por consiguiente debe ser un regulador, debe poner los límites en cuanto a su práctica, debe buscar que no se lesionen los derechos del menor así concebido, por lo que, debe legislar sobre el tema de **FECUNDACION ARTIFICIAL**, ya que la omisión por parte del Derecho impone la necesidad de una revisión jurídica para legislar sobre ella, la cual deberá comprender su alcance, límites y repercusiones en el **Derecho Civil**, pues, el derecho debe ir a la par con la realidad y acorde con los avances de la genética ya que de otra manera nuestro derecho no estaría ajustado a nuestra realidad actual. Es por ello que el **Derecho NO DEBE SER ESTATICO**.

**“CONSECUENCIAS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL
EN MATERIA DE SUCESION LEGITIMA.”**

**CAPITULO I.
“ LA FILIACION.”**

1.1. DEFINICION DE FILIACION.

De entre las instituciones que configuran el derecho familiar se encuentra la filiación. Así tenemos que la procreación es el segundo dato biológico que configura el Derecho de Familia y, la regulación de este fenómeno natural lo establece el derecho a través de la institución llamada “FILIACION”.

Se entiende por “FILIACION” la relación de tipo jurídico que existe entre padre o madre o ambos y el hijo o la hija. El derecho impone y determina en la filiación solamente los deberes que pueden exigirse coercitivamente. En este sentido, la filiación es una de las principales fuentes que forman parte de la familia, ya que ésta se origina del parentesco; en consecuencia, la segunda fuente del derecho de familia es la procreación, es decir, que una pareja por unión sexual tenga un hijo, con lo que se generará un vínculo biológico y un vínculo jurídico entre los progenitores – padre y madre –, y por consiguiente con el hijo de ambos. Desde el punto de vista jurídico, el vínculo establecido recibe el nombre de paternidad, cuando es visto desde el lado de los padres – quedando involucrada en este concepto la maternidad – y de filiación, cuando se enfoca desde el ángulo del hijo creando el parentesco consanguíneo en línea recta en

primer grado, de ahí que por paternidad y filiación jurídica debemos entender la relación jurídica creada entre los progenitores (padre y madre) y su hijo, a los cuales la ley atribuye derechos y obligaciones.

A efecto de entrar en materia, iniciaremos exponiendo algunas de las definiciones sobre filiación, que nos dan diversos autores:

En primer lugar, tenemos que la palabra filiación proviene del latín "filius" que significa hijo, persona que desciende de otra. ⁽¹⁾ Ahora bien, en sentido gramatical filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres, es una relación de origen que permite conocer quienes son los ascendientes de una persona. ⁽²⁾

El Diccionario Jurídico nos indica que es "la relación que de derecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo, se conoce jurídicamente como filiación". ⁽³⁾ El Diccionario de Derecho dice que la "filiación es la relación de parentesco existente entre la prole y sus progenitores". ⁽⁴⁾

Jurídicamente la filiación es una de las instituciones jurídicas más antiguas, ya que desde tiempos inmemorables se conoce por el derecho la relación que existe entre los padres y los hijos. Por antonomasia, la filiación significa para el Derecho Civil la procedencia de los hijos respecto de los padres; también la calidad que el hijo tiene respecto a su padre o madre, por las circunstancias de su concepción y nacimiento en relación con el estado civil de los progenitores. ⁽⁵⁾

El Doctor Ignacio Galindo Garfias, nos dice que la filiación "es la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra". ⁽⁶⁾

Para el Profesor Manuel F. Chávez Asencio el concepto de filiación es la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre y la otra el hijo,

(1) Originado del Diccionario Básico Esparsa. T. III. p.2349.

(2) Alemany, José. Nuevo Diccionario Ilustrado Sopena. p.494.

(3) Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. T. II. 1988. p.214.

(4) De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. Edic. 13ª. Ed. Porrúa. México, 1985. p.272.

(5) Garrone, José Alberto. Diccionario Jurídico. pp. 149 y 155.

(6) Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Ed. Porrúa. México, 1983. p. 617.

donde se reconoce la realidad biológica por la que los seres descienden unos de otros. Sin embargo, no toda filiación biológica es necesariamente jurídica y a su vez no toda filiación como vínculo jurídico es necesariamente biológica, ya que existe la filiación adoptiva. (7)

Clemente Soto Álvarez en su obra el Derecho Civil, nos dice que la filiación “es la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra o en otras palabras es la relación existente entre padres e hijos. Si se la examina desde el punto de vista de la relación entre madre e hijo, se llama maternidad; si se contempla de padre a hijo se llama paternidad, si de hijo a padres se designa filiación”. (8)

La filiación para Alicia Pérez Duarte y para el lic. Antonio De Ibarrola es la relación de tipo jurídico que existe entre padre o madre y el hijo o la hija.

Tanto Rafael Rojina Villegas como Sara Montero Duhalt, coinciden en afirmar que el concepto de filiación en el derecho tiene dos connotaciones, una amplia y otra estricta. Rojina Villegas nos explica que el término filiación en sentido amplio comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendiente y descendiente sin limitación de grados; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de filiación no solamente referida en línea ascendiente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc.; sino también en línea descendiente, para tomar como punto de relación los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc. Además de este sentido amplio, se entiende en sentido estricto: la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. (9) Sara Montero Duhalt señala que en un concepto amplio la filiación “es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre madre-hija o hijo. El concepto amplio de filiación toma el nombre específico de paternidad, maternidad o filiación en sentido estricto, en razón

(7) Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. pp. 2 y 3.

(8) Soto Álvarez, Clemente. Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil. Edic. 3er. Ed. Limusa. México, 1989. p.115.

(9) Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia. Edic. 4ª. Ed. Porrúa. México, 1991. p.450.

de la persona a que se refiere en un determinado momento ésta relación. Se llamará maternidad a la relación de la madre con respecto a su hijo; paternidad a la relación del padre con su hijo y estrictamente filiación cuando el punto de referencia es el sujeto hijo o hija con respecto a su madre o padre.” (10)

Al analizar los conceptos anteriores encontramos que, la mayoría de los autores antes citados coinciden al indicar que la filiación: es una relación que existe entre dos personas de las cuales una de ellas es el padre o la madre de la otra – hijo o hija – creando un parentesco de primer grado. Es la relación de parentesco entre descendientes y ascendientes, constituida por un parentesco directo ascendente.

La filiación en su aplicación en el Derecho Civil, equivale a la procedencia de los hijos respecto a sus padres; es una relación de origen que permite señalar una ascendencia precisa a la persona; es una relación de parentesco que se establece entre los descendientes y los ascendientes, como nos dice Mazcaud la filiación une a los esposos con sus hijos para Planiol la filiación tomada en el sentido natural de la palabra es una descendencia en línea directa; sin embargo, para el derecho la palabra ha tomado un sentido más estrecho extendiéndose exclusivamente a la relación del padre o la madre con el hijo. En consecuencia, será el vínculo existente entre los padres y el hijo de ambos.

Entonces, el estado de filiación es el estado civil de la persona determinada por la situación que, dentro de una familia le asigna él haber sido engendrado en ella, o el estar en ella en virtud de la adopción o de otro hecho legalmente suficiente al efecto.

Así tenemos que la filiación es la relación jurídica que existe entre progenitores y descendientes directos en primer grado, por lo que se puede considerar que la fuente primordial de la familia es la filiación, por ser el parentesco más cercano y más importante. Por lo tanto, podemos señalar que la procedencia de los hijos respecto a los padres, es un hecho biológico con consecuencias de derecho, que nadie puede

(10) Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Edic. 5ª. Ed. Porrúa. México, 1992. p.266.

desconocer, ya que siempre se es hijo de un padre y de una madre. Toma el nombre de paternidad o maternidad, cuando se considera del padre o la madre, creando el parentesco de primer grado; en consecuencia, la norma jurídica referente a la filiación se apoya en el hecho biológico de la procreación.

Cuando la filiación tiene lugar por naturaleza, presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres. De acuerdo a lo antes expuesto dicha relación deriva o bien de una relación de descendencia o de la voluntad de una persona que adquiere derechos y obligaciones al igual que un padre o una madre o de ambos, en el caso de la adopción.

Lo que nos lleva a determinar que, la "FILIACION" es la procedencia de los hijos e hijas respecto del padre y la madre, es el vínculo jurídico determinado por la procreación. Es la relación consanguínea fundada en el hecho biológico de la procreación; es decir, es el nexo biológico entre padres y el hijo.

De ahí, que por paternidad y filiación jurídica debemos entender la relación jurídica creada entre los progenitores (padre y madre) y el hijo. Sin embargo, no siempre toda filiación se deberá basar en un hecho biológico, ya que jurídicamente puede existir la filiación derivada de la voluntad de una persona, la cual adquiere derechos y obligaciones al igual que un padre y una madre, o ambos, como sucede en el caso de la adopción. Si bien es cierto, es idéntica por naturaleza en el plano jurídico, admite diversas clasificaciones, pudiendo ser legítima, natural o civil. Ante tal realidad es que a través de ésta institución del Derecho Familiar se pretende regular el fenómeno de la procreación.

1.2. ELEMENTOS DE LA FILIACION

Considerando que la filiación es la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo o hija, y que presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y los padres.

La filiación equivaldrá a la procedencia de los hijos respecto a sus progenitores, quedando acreditado dicho nexo con la paternidad y la maternidad respectivamente.

Por lo que, los elementos de tal relación serán: la paternidad y la maternidad, por formar parte de ésta relación jurídica, integrándose estos elementos de distinta manera según trate de establecerse, ya sea respecto a la madre o el padre en un determinado momento. Se entiende por maternidad la relación de la madre con respecto a su hijo o hija, y paternidad a la relación del padre con su hijo o hija. "En sentido gramatical paternidad significa calidad de padre como maternidad significa calidad de madre."⁽¹¹⁾ Para Planiol la maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y, por consiguiente, perfectamente conocido; por el contrario, la paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sino sólo presumirse. Además, para poder determinar quien es el padre, es necesario conocer quien es la madre.

La paternidad o la maternidad, son el vínculo consanguíneo que une al hijo con el padre o la madre y, partiendo de este hecho biológico se dará una situación reconocida por el Derecho, que es la calidad de hijo a través del nombre, del trato y de la fama.

Maternidad viene de "materno (latín, maternus) perteneciente a la madre; estado o calidad de madre. Maternidad legítima, es aquella en la que el hijo es concebido dentro del matrimonio.

Maternidad ilegítima, es aquella en la que el hijo es concebido extramatrimonialmente.

Maternidad natural, vínculo genético entre mujer no casada al concebir."⁽¹²⁾ Así tenemos que maternidad es el hecho indubitable derivado de los datos comprobable del embarazo y el parto, ya sea que se dé dentro o fuera del matrimonio. Excepcionalmente surgirá la incertidumbre de la maternidad cuando el parto tenga lugar sin testigos, y el recién nacido sea abandonado por su madre.

⁽¹¹⁾ Soto Álvarez, C. Ob. cit. p. 115.

⁽¹²⁾ Palomar de miguel, Juan. Diccionario para Juristas. Ed. Ediciones. p. 844.

Para que surja el vínculo de filiación entre la madre y el hijo, basta que se dé el hecho del nacimiento de un niño de una mujer determinada; es decir, su vínculo de filiación materna quedará establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.

La filiación se compone de elementos múltiples: el primer punto que ha de establecerse es el parto de quien pretende ser la madre, tal mujer ha tenido un niño en tal momento, ello presupone que se conoce el hecho del alumbramiento y su fecha. En segundo lugar, se debe establecer la identidad del hijo, la persona que reclama ¿es verdaderamente el niño parido por aquella mujer?. Esta identidad supone necesariamente que deba concordar la fecha del alumbramiento y la edad del reclamante y, además que no haya habido sustitución de un niño por otro. Cuando esos dos puntos sean probados la maternidad, es decir, la filiación respecto de la madre queda establecida. La prueba de maternidad es más fácil, ya que jamás deja lugar a duda, *mater semper certa est, pater miertus*, dice el vulgo: "hijo de mi hija, mi nieto será, el hijo de mi hijo, la duda cabra". Pues el parto permite conocer con certeza la relación entre la madre y el hijo que ha dado a luz. Una vez probada la maternidad, un conjunto de circunstancias nos permitirán determinar que varón ha engendrado a aquella persona cuya filiación se trata de establecer. El nacimiento es un hecho natural relacionado con el hombre que genera o crea obligaciones y derechos patrimoniales y deberes familiares que derivan de la filiación. Es de gran importancia por que es el principio de la persona con plena capacidad de goce, y el principio del estado de familia que constituye.

Para que se dé la maternidad, es necesario probar dos elementos:

1. El hecho del parto, y
2. La identidad entre el ser que dio a luz y el que pretende serlo. Por lo tanto, se es hijo de la madre si se prueba el parto, y si la persona que alega esa filiación materna es producto de aquél alumbramiento.

Nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal en su artículo 60 establece:

"...La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene la obligación

de que su hijo figure en el acta de nacimiento de su hijo...”

Eduardo Zannoni, afirma que la “Maternidad es acreditada por el parto de la mujer. Esto nos lleva a concluir que el parto constituye el hecho que, aprobado atribuye la maternidad, en sentido biológico siempre es cierta”⁽¹³⁾

Marcel Planiol manifiesta que la “filiación materna es la única susceptible de probarse directamente, el hecho del alumbramiento puede demostrarse con toda certidumbre de testigos; en cambio, la paternidad nunca deja de ser una probabilidad; el hecho de la concepción escapa a toda prueba; nos conformamos con presuponer que no produce certidumbre.”⁽¹⁴⁾

Como ya mencionamos para probar la maternidad es necesario probar dos elementos:

I.- El hecho del parto, el cual es un hecho natural que por si sólo basta para establecer que cierta mujer es la madre de una persona y,

II.- La identidad de ésta con el hijo dado a luz por la misma; es decir, el parto es el hecho que permitirá conocer la filiación materna en forma directa. El alumbramiento es un hecho cuya existencia se puede constatar por medio de la prueba directa, entre la identificación que existe del ser que dio a luz en el parto y el que después pretende serlo.

Para efectos jurídicos el hecho de la maternidad resulta de la prueba de que una mujer dé a luz a un hijo, y que éste después se identifique como aquél que pretende el carácter de tal. En cuanto a la madre, la justificación del parto puede hacerse por el acta de nacimiento del hijo, si el nombre de la MADRE se hizo constar en dicha acta, por ser ella quien presenta al hijo, y por consiguiente tiene la obligación de dar su nombre y sólo en los casos en donde el hijo sea presentado como de madre desconocida o por el padre, la partida de nacimiento no revelará este hecho o sea, el parto deberá probarse

⁽¹³⁾ Zannoni, Eduardo. Hijos Legítimos. Edic. 2ª. Ed. Astrea. México. p.294

⁽¹⁴⁾ Planiol, Marcer. Tratado Elemental de Derecho Civil. Vol. IV. T. II. Ed. José M. Mujica. Puebla, 1967. p.142.

por medio de testigos, pues podría darse la suposición de infante y por lo tanto, una mujer atribuirse un determinado hijo que en realidad no dio a luz.

Una vez probada la maternidad y establecida ésta en relación con la madre, pasaremos a la filiación paterna: ¿Cuál fue el hombre que dejó encinta a la mujer?. Puesto que el problema de la paternidad no puede probarse o plantearse en tanto que la maternidad no se haya determinado, y menos aun pensar en investigar quién es el padre del niño cuando no sea determinado quién es el padre del niño.. Tendremos que la paternidad a diferencia de la maternidad no puede ser conocida directamente, ni en forma inmediata, ya que las relaciones sexuales que hayan existido entre varón y una mujer – dando como resultado el nacimiento de un hijo – se encuentran rodeadas de un velo impenetrable, y sólo a través de una presunción podrá afirmarse que un determinado varón es el autor del embarazo de una mujer, pues, la filiación paterna sólo puede ser afirmada de esta forma; en consecuencia la paternidad únicamente puede ser reconocida por medio de presunciones y para determinar quién es el padre es necesario primero conocer quién es la madre. Quedando sujeta la paternidad a fuertes restricciones.

Sara Montero Duhalt, de manera breve nos explica que la paternidad de es siempre una presunción *juris tantum*, admite prueba en contrario. *Pater is est quem justae nuptiae demostrant*, el hijo de mujer casada es hijo del marido de su madre, y la paternidad fuera del matrimonio es incierta sólo puede establecerse por reconocimiento voluntario por parte del padre o por sentencia que así lo determine en juicio de investigación de paternidad.⁽¹⁵⁾

De lo que se determina que la filiación paterna queda establecida por el reconocimiento expreso del padre o por sentencia judicial que declare que existe dicho vínculo de filiación. En el caso de mujer casada, la ley presume que se tendrá como padre al marido y será únicamente a través de la madre como se pueda llegar con ciertas

(15) Montero Duhalt, S. Ob. cit. p. 267.

presunciones hasta el padre. Bajo el concepto de paternidad se comprende el lazo paternal que una al hijo con el padre.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, en su artículo 360, se establece que será a través de dos vías que se establecerá la paternidad siendo:

- I. Por reconocimiento voluntario.
- II. Por reconocimiento forzoso siendo éste por juicio de investigación de la paternidad.

En estas circunstancias una persona puede ser identificada como hijo o hija de un determinado varón, únicamente si éste manifiesta su voluntad que así sea, reconociendo a ese hijo o hija o, por sentencia que declare la paternidad. Para obtener dicha sentencia es necesario que se investigue la paternidad, siendo posible esto en cuatro supuestos: en los casos de raptó, estupro o violación; que exista la posesión de estado de hijo o hija haya sido concebido durante el tiempo que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre viviendo maritalmente o que el hijo o hija tenga a su favor un principio de prueba contra el presunto padre.

Paralelamente a los conceptos de paternidad y maternidad se encuentra la filiación; ya que si bien es cierto, que estos conceptos indican la procreación de determinados hijos, la filiación señala la procedencia de esos hijos respecto a sus padres. Primero la considera desde el lado de los padres y después, desde el de los hijos, es decir, la palabra paternidad (incluyendo el término maternidad) y filiación expresan dos calidades correlativas e inseparables, una la calidad de padre y madre y la otra la calidad de hijo. Como hecho natural la filiación existe siempre en todos los individuos, de es hijo de un padre y de una madre.

1.3. CLASES DE FILIACION.

Partiendo del hecho de que el régimen de filiación es un sistema de concebir y organizar la familia en cuanto a los hijos, y dada la complejidad de la naturaleza

humana tendremos que la procreación no siempre surge dentro de los límites del matrimonio, razón por la cual se justifica su clasificación en nuestro Código Civil.

Se ha dicho que la fuente primordial de la familia es la filiación, por ser el parentesco más cercano y más importante que existe entre padres e hijo o hijos; por lo tanto, la filiación deriva o bien de una relación de descendencia o de la voluntad de una persona que adquiere derechos y obligaciones al igual que un padre o una madre o de ambos, como ocurre en el caso de la adopción. Ahora bien, en virtud de que el nacimiento de un niño puede ocurrir dentro o fuera de un matrimonio, cuando acaece de una pareja casada legalmente se habla de filiación matrimonial o legítima y, cuando se da dentro de una pareja en la que el padre y la madre no se encuentran casados se trata de una filiación extramatrimonial, ilegítima o natural y será civil cuando se origina por la adopción. Por consiguiente, ¿Cuántas especies de filiación hay?

De acuerdo a lo anterior tendremos que la Filiación puede surgir de tres maneras: por matrimonio, extramatrimonial o surgida por la adopción. Se llaman respectivamente: filiación legítima (matrimonial), filiación natural (extramatrimonial) y filiación civil (adoptiva); constituyéndose cada una de diferente manera y la única diferencia entre ellas, es la forma de establecer el lazo que venimos estudiando será legítima, natural o civil.

Nuestro Derecho Civil clasifica a la filiación en: Matrimonial, Extramatrimonial y Adoptiva. A continuación estudiaremos a cada una de ellas

A) MATRIMONIAL.

Se llama filiación matrimonial o legítima al lazo jurídico que una al niño con su padre y con su madre estando éstos casados. En efecto, serán hijos legítimos los que

nazcan en matrimonio. Sara Montero Duhalt, nos dice que “la filiación matrimonial se establece cuando el hijo nace dentro de los plazos de terminados por la ley.”⁽¹⁶⁾

Para Rojina Villegas la filiación legítima “es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres.”⁽¹⁷⁾

La legitimidad de la filiación presupone el matrimonio de los padres. En consecuencia la filiación matrimonial es una filiación de doble aspecto: paternidad-filiación, es un derecho surgido directamente del matrimonio, serán hijos legítimos aquéllos que nacen del matrimonio. Por lo que, celebrando el matrimonio son hijos legítimos los concebidos: A) por la mujer, B) después de la celebración del matrimonio y mientras dure el matrimonio y C) por obra del marido. De ahí, que la concepción dentro del matrimonio es el hecho que origina la filiación legítima, el matrimonio trae como consecuencia directa la certeza de la filiación a favor del hijo como del propio padre, en base a ello, el hijo que nace de pareja unida en matrimonio no sólo tendrá la certeza de la filiación materna sino también la filiación paterna.

En este sentido, de acuerdo al artículo 340 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, la “filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres”, conforme a este artículo serán hijos legítimos los habidos dentro del matrimonio. Y a falta de este medio se probará con la posesión constante de hijo nacido de matrimonio (artículo 341).

Por otro lado, el momento de la concepción no puede ser fijado con precisión, por lo que la ley recurre a una presunción, se presume concebido en matrimonio el hijo nacido después de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes al de la disolución del mismo; por consiguiente, la filiación matrimonial es el nacimiento del hijo dentro de los plazos legales (180 días de contraído el matrimonio y dentro de los 300 días después de extinguido el mismo).

⁽¹⁶⁾ Montero Duhalt, S. Ob. cit. p.267.

⁽¹⁷⁾ Rojina Villegas, R. Ob. cit. p.451

En este sentido, ciento ochenta días y trescientos días son los límites mínimo y máximo para que el feto nazca vivo y viable y, tratándose de hijos habidos en matrimonio éstos serán legítimos, se presumirá que tienen tal calidad.

Si se toma en cuenta lo antes indicado, la filiación matrimonial resulta automáticamente del nacimiento; por ello, el hijo legítimo es necesariamente hijo de ambos padres.

Nuestro Código Civil en su artículo 324 establece:

“Se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los nacidos después de los ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

Los plazos establecidos en la ley, corresponden al término mínimo y máximo para la concepción, embarazo y alumbramiento.

B) EXTRAMATRIMONIAL.

La filiación extrmatrimonial es la relación paterno filial que proviene de una pareja en la que el padre y la madre no se encuentran casados.

La filiación extrmatrimonial para Sara Montero Duhalt, se establece de dos formas: por reconocimiento voluntario que realice el presunto padre mediante las formas establecidas por la ley y cumpliendo con los requisitos legales. Surge también

por la imputación de paternidad derivada de una sentencia en acción de reclamación de estado, interpuesta por el hijo o su representante legal. ⁽¹⁸⁾

Es conocida la filiación extramatrimonial como filiación ilegítima, porque deriva de la unión no matrimonial de los padres. Debe entenderse por lo tanto, como la filiación natural al vínculo que se establece entre padres e hijos cuando los primeros no están unidos en matrimonio. Para Chávez Ascencio es el vínculo que une al hijo con sus progenitores.

Mazeaud define a la filiación natural como el lazo que une al hijo nacido de las relaciones de personas que no están unidas por matrimonio, bien sea con su madre (filiación natural materna), bien sea con su padre (filiación natural paterna). ⁽¹⁹⁾

Pero lo que origina la filiación extramatrimonial o ilegítima son los hijos de mujer soltera provenientes de una relación fuera de matrimonio, lo que nos lleva a indicar como conclusión lógica, que los hijos nacidos fuera de matrimonio son los llamados hijos naturales, teniendo tal carácter aquéllos que nacen de personas no unidas en matrimonio. Entonces, son naturales los que nacen de barragana, o sea, mujer soltera a quien el hombre tiene como amiga, viviendo con ella. Será la relación jurídica entre progenitor e hijo, que surge por el reconocimiento realizado por el primero, o en su caso por sentencia que cause ejecutoria imputando la filiación de cierta persona.

Se vuelve a tomar en cuenta en esta clase de filiación el momento de la concepción, para considerar que el hijo fue concebido cuando la madre no estaba unida en matrimonio. Ahora bien, son hijos naturales los engendrados por personas que no están unidas o ligadas por el vínculo matrimonial, es decir, que no estén casadas, resultando con ello la filiación respecto a la madre del sólo hecho del nacimiento y respecto del padre por el reconocimiento voluntario o, por sentencia que declare la paternidad (artículo 360 Código Civil). Resulta lógico, que la filiación natural es el vínculo que une al hijo con sus progenitores que no se han unido en matrimonio.

⁽¹⁸⁾ Montero Duhalt, S. Ob. cit. p. 267.

⁽¹⁹⁾ Cit. por De Ibarrola, Derecho de Familia. Edic. 4ª. Ed. Porrúa. México, 1993. p. 422.

¿Cómo se establece en estos casos la filiación?, mediante el reconocimiento que uno o ambos padres o progenitores realicen con respecto a su hijo o a través de una sentencia. Al respecto el Artículo 360 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, determina: "La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad."

Por lo tanto, la filiación de los hijos fuera de matrimonio, como lo establece la ley, sólo puede establecerse de dos formas:

- 1.- Reconocimiento voluntario, y
- 2.- Reconocimiento forzoso, o filiación establecida por sentencia.

Quedando el hijo ligado de ésta manera a cada padre. El reconocimiento no crea la filiación, la fija, la determina o constata solamente; de ahí, que el reconocimiento sea un acto individual, no negocial, por el que se determina legalmente una filiación no matrimonial.

C) POR ADOPCION.

La filiación adoptiva es una filiación artificial y ficticia. La cual crea un lazo jurídico equivalente al de la filiación legítima y natural.

La filiación civil o adoptiva se establece como consecuencia del acto de adopción que convierte al adoptante en padre o madre, y al adoptado en hijo. Tiene por objeto establecer un parentesco civil entre adoptante y adoptado donde no existe vínculo biológico, imitándose así, la filiación de sangre. Entonces, será una institución que crea una relación de filiación entre dos personas que no son entre sí progenitor y descendiente consanguíneo, es un parentesco llamado civil en razón de que tiene como fuente la norma jurídica, creando una relación paterno filial a través de la adopción. Entendiéndose por adopción el acto legal por el cual una persona mayor de edad acepta

a un menor de edad como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades.

La adopción es el "acto jurídico a través del cual recibe como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente." (20)

Rafael de Pina sostiene que la adopción "es el acto jurídico que crea, entre el adoptante y adoptado, un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas (aunque no idénticas) a los que resultan de la paternidad y filiación legítima." (21) Mediante la adopción dice el Dr. Galindo, una persona mayor de 25 años por su propia declaración de voluntad y previa aprobación judicial, crea un vínculo de filiación, con un menor de edad o incapacitado.

En este sentido, la adopción consiste en la incorporación de una persona al seno de una familia; es un acto voluntario bilateral que requiere el consentimiento del adoptante y adoptado, es pues, un acto judicial que crea fuera de los lazos de sangre un lazo de filiación entre dos personas que consienten en ella. Es indudablemente, un acto jurídico en el que confluyen varias voluntades: la del adoptante, la de los representantes legales del adoptado, en ciertos casos precisa también la voluntad del adoptado y por último la voluntad de la autoridad que decreta la ADOPCION; es por ello, un acto jurídico plurilateral de carácter mixto pues en él intervienen tanto particulares como representantes del estado. En consecuencia, hace surgir la filiación entre adoptante y adoptado. Nuestra legislación ha creado la figura de la adopción con la finalidad de beneficiar a los seres desamparados, otorgándoles un hogar y una familia, así como para satisfacer anhelos paternos en personas a quienes la naturaleza les ha negado tener descendencia. Esto en atención a que siendo la filiación un acto que deriva de una descendencia o bien de la voluntad de una persona la cual adquiere derechos y obligaciones al igual que un padre o una madre o de ambos, como es el caso de la adopción.

(20) Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones, Ed, Harla. México, 1990. p. 216.

(21) Soto Alvarez, C. Ob. cit. p.118.

La adopción será el acto por el cual una persona capaz, mayor de veinticinco años y que no tiene descendencia, toma bajo su cuidado y protección a un menor de edad o a un incapacitado estableciendo así un vínculo de filiación entre adoptante y adoptado. En efecto, crea una relación de paternidad respecto de un extraño tratando de imitar a la naturaleza en sus efectos.

Como institución la adopción es un instrumento legal de protección hacia los menores e incapacitados, tal y como lo haría un padre y una madre genéticos. Asimismo, el artículo 390 del ordenamiento civil nos señala los requisitos para la adopción.

1.4. CONSECUENCIAS JURIDICAS.

Como se ha venido señalando la filiación en nuestro Derecho Civil se clasifica como: filiación matrimonial, filiación extramatrimonial y filiación adoptiva. Y cada una se establece o constituye de diferente manera, pero una vez surgida la relación jurídica entre progenitor e hijo las consecuencias jurídicas son iguales en las diferentes clases de filiación, no habiendo discriminación en nuestro derecho para los hijos, la única diferencia será la forma de establecer el lazo de filiación.

En virtud de que la filiación matrimonial es el parentesco en línea recta ascendente o descendente en primer grado, es el único parentesco en primer grado que reconoce el derecho. Traduciéndose sus consecuencias en derechos, obligaciones o en sanciones, por lo que al probarse la filiación se tendrá derecho a los alimentos, a llevar el apellido del padre y de la madre, a heredar en sucesión legítima, es decir, crea el derecho a heredar al de "cujus", pero también se tienen ciertas consecuencias particulares como son: derecho al nombre (padre e hijo llevan el mismo apellido), patria potestad y ciertos

particulares delitos como el infanticidio y el parricidio; asimismo, es atenuante o agravante en ciertos delitos en materia penal.

Para que surjan las consecuencias jurídicas en la filiación extramatrimonial es necesario el reconocimiento voluntario que el progenitor haga del hijo o, a consecuencia de una sentencia que impute forzosamente la paternidad a un determinado varón, esto en atención a que la maternidad es un hecho evidente y comprobable, la filiación de la madre y el hijo resulta del sólo hecho del nacimiento, no importa si la madre está unida o no en matrimonio en el momento mismo de la concepción del hijo, pues nacido éste se crea el LAZO DE FILIACION; por consiguiente, creado el lazo de filiación entre el varón y el hijo las consecuencias son las mismas que las de los hijos nacidos dentro del matrimonio, tendrá derecho a: a) Usar los apellidos del que lo reconozca, b) Ser alimentado, y c) A percibir la porción hereditaria como le correspondería a cualquier pariente consanguíneo en la sucesión legítima. Ya que las consecuencias directas del reconocimiento es precisamente la de crear el lazo de filiación entre progenitor e hijo. En forma explícita el artículo 389 de nuestro Código Civil vigente, determina las consecuencias del reconocimiento.

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

- I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca.
- II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan.
- III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.”

En razón del lazo de la filiación surge la patria potestad sobre los hijos menores de edad. Si los dos progenitores viven juntos y reconocieron al hijo comparten la patria potestad y la custodia de éste. Si reconocen sucesivamente, tendrá la custodia el primero que lo reconoció, en el caso de que lo hayan reconocido al mismo tiempo, pero viven separados convendrán cuál de los dos ejercerá la custodia y, en el caso de desacuerdo,

resolverá un Juez de lo Familiar, con la comparecencia del Ministerio Público y de los propios interesados (art. 380 C.c.).

Finalmente, las consecuencias en el caso de la adopción son muy semejantes a las de la filiación matrimonial, pues crea derechos y obligaciones entre adoptante y adoptado semejantes a la filiación consanguínea:

1. - Crea parentesco civil entre adoptante y adoptado, de primer grado en línea recta.
2. - El adoptado tiene derecho de darle el nombre y sus apellidos al adoptado.
3. - Crea o transmite la patria potestad al que adopta.
4. - No extingue el parentesco consanguíneo del adoptado con sus consecuencias jurídicas, excepto la patria potestad que se transmite a los adoptantes.
5. - Los derechos y obligaciones derivados del parentesco civil se limitan al adoptante y al adoptado. El adoptado no entra a formar parte de la familia del adoptante; en el caso de que el adoptado tenga una familia de origen, ésta seguirá teniendo a ésta como su familia.
6. - la adopción constituye una prohibición para la celebración del matrimonio entre adoptante y adoptado y sus descendientes. Sin embargo el matrimonio podrá celebrarse entre éstos extinguiéndose previamente el vínculo de la adopción.
7. - El vínculo de la adopción puede terminar en vida de los dos sujetos.
8. - La adopción producirá sus efectos aunque sobrevengan hijos al adoptante (art. 404 C.c.).

Las consecuencias en términos generales son las mismas que las del parentesco consanguíneo. Por lo tanto, el que adopta tiene respecto a la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que un padre respecto a la persona y bienes de sus hijos, y a la inversa.

CAPITULO II.

“DE LAS SUCECIONES.”

2.1. CONCEPTO DE SUCECIONES.

Al hablar del DERECHO SUCESORIO nos damos cuenta que éste se presenta en la vida del ser humano, y en un determinado momento podemos ser partícipes de él, por ser el derecho de disponer de los bienes después de la muerte, ya sea por voluntad expresa o presunta del titular.

Es por ello, que en el presente apartado abordaremos lo relativo a la sucesión, la cual se genera sobre un conjunto de bienes, derechos y obligaciones en el momento en que la persona que es titular fallece, y deja por lo mismo de ser persona para convertirse en cosa. Esto en atención de que el cadáver de la que fue persona se transforma en cosa para el DERECHO.

Así tenemos que el vocablo sucesión proviene del latín *Sucesio-onis* que significa entrada o continuación de una persona o cosa en lugar de otra.⁽²²⁾

Para dar inicio citaremos algunas definiciones que sobre el concepto de Sucesión han dado diversos autores. En primer lugar José Arce y Cervantes nos dice “sucesión significa acción y efecto de suceder y, en sentido jurídico sustitución de la titularidad, en los derechos y relaciones que admiten sustitución o sea cambio de sujeto e identidad en la relación de derecho.”⁽²³⁾

⁽²²⁾ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. T. VI. 19ª. Edic. Madrid, 1970. p.1235.

⁽²³⁾ Arce y Cervantes, José. De las Sucesiones. 2ª. Edic. Ed. Porrúa. México, 1988. p. 1

Para Salvingny la sucesión es una transformación puramente subjetiva de una relación de derecho. ⁽²⁴⁾ Planiol la define como la transferencia del patrimonio de un difunto a una o varias personas vivas. ⁽²⁵⁾

Por otra parte Salvador Orizaba Monroy nos dice que la sucesión es la sustitución de una persona en los derechos transmisibles de otra. ⁽²⁶⁾

El licenciado Ernesto Gutiérrez y González la define como “el régimen jurídico sustantivo y procesal, por medio del cual se regula la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones patrimoniales pecuniarios de una persona a otra u otras, así como la declaración o el cumplimiento de deberes manifestados para después de su muerte.” ⁽²⁷⁾

Ahora bien, a la Sucesión Mortis Causa también se le conoce como “Derecho Sucesorio” o “Derecho de las Sucesiones”. El término “SUCESION” implica un concepto genérico, que en derecho se aplica a todos los casos en que una persona substituye a otra en un derecho o en una obligación, implica una serie de acontecimientos que se siguen en el tiempo, uno después del otro, tales como el nacimiento, la madurez y la muerte. Significa un cambio en los titulares de un derecho u obligación, ya que un titular sigue y sucede a otro en términos generales. En materia jurídica la sucesión supone el cambio del titular de un derecho, es aquí en donde descansa el problema del destino de los derechos y de las obligaciones cuando fallece su respectivo titular.

Existen dos conceptos de sucesión uno amplio y otro restringido. En sentido amplio debemos entender todo cambio de sujeto de una relación jurídica y, en sentido restringido o limitado, es la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte a otro; es decir, es la transmisión de todos los bienes y

⁽²⁴⁾ Magallón Ibarra, Gorje Mario. Instituciones de Derecho Civil. T. V. 1ª. Edic. Ed. Porrúa. México, 1990. p. 7.

⁽²⁵⁾ Cit. por De Ibarrola, A. Ob. cit. p. 647.

⁽²⁶⁾ Orizaba Monroy, Salvador. Nociones de Derecho Civil. 1ª. Edic. Ed. PAC. México, 1995, p. 123.

⁽²⁷⁾ Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa. 1ª. Edic. Ed. Porrúa. México, 1995. p. 72

derechos del difunto, así como sus obligaciones, que no se extinguen con su muerte. El concepto amplio de sucesión comprende la producida por actos intervivos (compraventa, donaciones, etc.), y la producida por actos "mortis causa" en un sentido restringido. Por lo tanto, se debe entender por derecho sucesorio, el derecho que corresponde al heredero en la universalidad de los bienes del causante. En el derecho sucesorio la muerte – como extinción de la personalidad jurídica – es el fenómeno básico que determina la posibilidad de la transmisión hereditaria; la sucesión es el sistema de reemplazo en la titularidad de los bienes que constituyen el acervo hereditario. De acuerdo a lo anterior, la sucesión mortis causa está subordinada a la condición suspensiva del fallecimiento de una persona.

Por consiguiente, el derecho sucesorio es parte del Derecho Civil, que regula la liquidación del patrimonio del difunto y la transmisión de sus bienes y derechos que no se extinguen con la muerte a sus sucesores o herederos. Jurídicamente, es un patrimonio que perdura a través del cambio de su TITULAR. De ahí, que el derecho sucesorio, como parte del derecho o legislación civil esté contenido en el Código Civil que regula la transmisión de los bienes por causa de muerte.

Es una parte del Derecho Civil, que hace referencia a la sucesión por causa de muerte, siendo la única forma admitida por nuestro sistema legal de sucesión a título universal. Entendiéndose por derecho sucesorio al derecho que corresponde al heredero en la universalidad de los bienes del causante, tomando su fundamento racional en la necesidad de que la muerte no rompa las relaciones de quien cesa de existir. En efecto, la sucesión mortis causa o en su nombre mismo "SUCESION" implica una transmisión de bienes de una persona a otra, siendo el modo de adquirir la propiedad.

El Derecho Sucesorio se entiende "como el conjunto de normas jurídicas que dentro de Derecho Privado, regulan el destino del patrimonio de una persona, después de su muerte."⁽²⁸⁾

Cabe señalar que la sucesión debe reunir tres condiciones para que exista:

⁽²⁸⁾ De Ibarrola, A. Ob. cit. p. 655.

- A) Que haya una relación jurídica transmisible,
- B) Que ésta siga existiendo, pero que cambie de sujeto, y
- C) Que ésta transmisión tenga lugar por vínculo o lazo que una jurídicamente a transmitente y sucesor.

Una vez analizado el concepto de sucesión, daremos paso al estudio de las clases de sucesión reconocidas por nuestro derecho.

2.2. CLASES DE SUCESION.

Una vez analizado el concepto de sucesión, iniciaremos el estudio de las clases de sucesión. La Sucesión Mortis Causa, puede surgir de tres diferentes maneras: De una declaración unilateral de la voluntad, de la ley o de un acuerdo de voluntades. Así tendremos:

- 1.- Sucesión Testamentaria,
- 2.- Sucesión Legal, y
- 3.- Sucesión Contractual o Convencional.

Como se ha señalado el titular de un patrimonio al fallecer transmite a sus herederos lo que lo constituye. El artículo 1282 del Código Civil vigente para el Distrito Federal señala:

“La herencia se difiere por voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima.”

De acuerdo a lo antes señalado nuestro legislador únicamente regula la sucesión testamentaria y legítima, como formas de transmitir el patrimonio.

En la sucesión mortis causa se considera que la disposición de los bienes para después de la muerte, debe ser conforme a la voluntad del propietario. De ahí que las transmisiones hereditarias puedan ser:

- A) .- A consecuencia de la voluntad expresa del de "cujus" en un documento llamado testamento, que genera la llamada sucesión testamentaria.
- B) .- A consecuencia de la presunta voluntad del de "cujus", que origina la llamada sucesión ab intestato, intestada o legítima.

Sin embargo, además de estos dos sistemas de sucesión, puede darse una más, que sería la coexistencia simultánea de la sucesión testamentaria con la sucesión legítima o intestada de una sola persona. Resulta por lo tanto que existen tres posibilidades para heredar en materia de sucesión:

1. - La sucesión testamentaria, cuando por medio de un testamento se dispone de todos los bienes,
2. - La sucesión legítima o intestada, la cual se da cuando no existe testamento, y
3. - La sucesión en que subsisten simultáneamente la sucesión testamentaria y la legítima.

Pero como ya he dicho, nuestro legislador sólo reconoce que la facultad de transmitir la propiedad, será a través de la sucesión testamentaria y legítima.

a) **TESTAMENTARIA.**

La Sucesión Testamentaria es una especie de la sucesión mortis causa, la cual se produce mediante la expresión de la última voluntad del causante y se manifiesta en cualquiera de las formas establecidas por el legislador. La sucesión testamentaria es, pues, la que se basa en la existencia de un testamento válido, hecho en cualquiera de las formas legalmente autorizadas.

El testamento por definición del artículo 1295 del Código Civil: "Es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte."

Al leer con detenimiento el artículo que precede, nos damos cuenta que uno de los elementos que forman parte de él y que quizás sea el principal ingrediente de un testamento es la voluntad del testador, la cual adquiere eficacia a la muerte de éste, ya que a través de ella el "de cujus" dispone de sus bienes, derechos y obligaciones, para después de su muerte.

Existen muchas definiciones de testamento; sin embargo, nos limitaremos a recoger algunas de ellas. Así tenemos, que la palabra testamento puede entenderse en dos sentidos, como acto de la última voluntad y como documento en que esta voluntad se encuentra. ⁽²⁹⁾

Dice Clemente de Diego que este acto jurídico es solemne o formal, porque su validez está ligada indudablemente a la observancia de ciertas formas especiales que no pueden ser suplidas ni modificadas por el otorgante.

Por testamento debemos entender el acto jurídico unilateral, personalísimo y solemne, por el cual una persona dispone de todos o parte de sus bienes y derechos que no terminan con su muerte, y cumple deberes para cuando fallezca.

El licenciado Ernesto Gutiérrez y González nos dice que, la sucesión voluntaria o testamentaria "es la sucesión en todos los bienes y en todos los derechos y obligaciones de una que fue persona física, después de que fallece, por la o por las personas que aquella designó, a través de una manifestación unilateral de voluntad, conocida como testamento." ⁽³⁰⁾

En efecto el testamento es una forma de transmitir a título universal o a título particular, sus bienes y derechos. El supuesto jurídico lo constituye la muerte del

⁽²⁹⁾ De Pina Vara, Rafael. Elementos de derecho Civil Mexicano (Bienes-Sucesiones), Vol. II. 14ª. Edic. Ed. Porrúa. México, 1994. p. 287

⁽³⁰⁾ Gutiérrez y González, Ernesto. El Patrimonio y Moral o Derecho de la Personalidad y Derecho Sucesorio. 12ª. Edic. Ed. Cajica. Puebla, Pue-México, 1982. pp. 534, 535 y 560.

testador. Es por tanto, un acto jurídico unilateral mortis causa, el cual surte sus efectos a la muerte de su autor y está destinado a la reglamentación de una situación jurídica. Es un negocio jurídico unilateral y mortis causa. Asimismo, queda plenamente incluido en esta categoría de negocio jurídico porque el acto de testar (acto unilateral de la voluntad) es ejecutado libremente por testador con el fin previsto y sancionado por el derecho. Lo cierto es que el testamento es, entonces la expresión “ad-extra” de la última voluntad del testador en el momento de hacerlo y ha de prevalecer “animus testandi inactu” o sea la intención de disponer y de ordenar sus asuntos, por sí mismo. El testamento es el acto jurídico más importante del derecho privado, porque en él se dispone de todo el patrimonio, o de una parte de él, y a diferencia de los demás actos jurídicos produce siempre sus efectos cuando el autor ha fallecido. Es un negocio desde que se otorga porque desde ese momento tiene en sí todos los elementos constitutivos necesarios para su existencia; la muerte de su autor no lo perfecciona, sino solamente determina el comienzo de la producción de sus efectos. Por su naturaleza es definitivo, aunque el testador tenga el derecho de revocarlo; la muerte del autor actúa sólo como un presupuesto de producción de efectos. El contenido es la expresión de la voluntad del testador capaz, es sustancia del acto. El Código Civil reglamenta quiénes pueden hacerlo y las modalidades que puede tener esa manifestación.

Por consiguiente, la transmisión de los bienes se verifica por voluntad de su legítimo propietario, quien dispone de ello para después de su muerte, se le denomina “sucesión testamentaria”, por encontrar su apoyo en un testamento, el cual es un acto personalísimo de quien así dispone. Este acto es personalísimo porque no puede otorgarse por medio de apoderado, ni testar dos o más personas en el mismo testamento, ya sea en provecho recíproco, ya a favor de un tercero; es revocable, porque el testador puede en cualquier momento cambiar a voluntad la redacción de su testamento; finalmente, se dice que es libre en atención a que, salvo la obligación de cubrir la pensión alimenticia que le correspondería, el autor tiene amplia libertad de dejar sus bienes a quien mejor le convenga.

El testamento es el único acto reconocido a la persona para que pueda eficazmente manifestar su voluntad, es un negocio mortis causa. La voluntad de su autor no produce inmediatamente efectos jurídicos, ya que éstos se hacen depender del hecho de la muerte del de cujus. En consecuencia de lo antes dicho el testamento no tendrá eficacia por sí mismo, sino que necesita la apertura de la sucesión. Entonces, puede decirse que el acto de última voluntad, más que producir consecuencias jurídicas directas, sirve para fijar en él la futura sucesión, un orden distinto al indicado por la ley.

De la definición legal de testamento se deduce que este acto jurídico tiene como características el de ser personalísimo, revocable y libre.

El testamento es un acto rigurosamente formal, puesto que necesariamente ha de otorgarse según la manera establecida previamente por el legislador. No basta pues, para que el testamento exista que se conozca la voluntad del testador, es preciso que esta voluntad se haya manifestado bajo cierta forma y llenado ciertos requisitos. Siendo la única limitación impuesta al testador, en relación con la libre disposición de sus bienes la de dejar alimentos. Ya que el Código Civil considera irrenunciable el derecho a pedir alimentos.

La libre testamentificación es aquella en que toda persona por testamento tiene derecho a disponer de todos sus bienes. El testamento es, pues, el documento en el cual consta la voluntad última de carácter patrimonial de éste.

Así tenemos, que al hablar de Sucesión Testamentaria, se hace mención al testamento, ya que éste constituye la base de este tipo de sucesión. Como todo acto jurídico, el testamento requiere que el testador sea un sujeto capaz. La capacidad para testar es la regla general, que tienen aquellas personas a quienes la ley no se los prohíbe expresamente; así toda persona física es capaz para testar, menos aquellas a las que la ley se los prohíbe. En efecto el artículo 1305 dispone:

“Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho.”

Luego entonces, el menor de edad, pero mayor de 16 años, tiene capacidad para hacer testamento, siempre que éste no sea ológrafo. Los incapaces sujetos a interdicción por locura o demencia pueden otorgar testamento durante un intervalo lucido y, otros sujetos, no tipificados como incapaces, como los analfabetas, los invidentes y los sordomudos, o los que desconozcan el idioma castellano, pero deberán sujetarse a las formas que para tal efecto señala la ley. También los extranjeros tienen capacidad para testar en el Distrito Federal, como cualquier mexicano y pueden hacerlo por cualquiera de las formas establecidas por nuestro Código Civil.

La sucesión voluntaria surge de una manifestación expresa del causante, que es el testamento. Se confiere por voluntad del difunto, por lo que también se le llama voluntaria. La Sucesión "Voluntaria o Testamentaria" supone previamente a la muerte del autor una declaración de su voluntad.

De ahí que, la sucesión testamentaria encuentre su fundamento sustancial en la necesidad de garantizar al individuo el completo dominio de sus bienes, no sólo durante la vida, sino después de su muerte, para satisfacer sentimientos de afecto, gratitud o caridad que no pueden y no deben tener límite insalvable en la muerte. La voluntad del testador se vuelve eficaz cuando él ya no existe, ya que ella, en realidad, se dirige a disponer de la suerte de los bienes que le pertenecen, para el tiempo posterior a su muerte que puede considerarse como el término inicial de la eficacia de aquella voluntad.

Al respecto José Arce y Cervantes nos dice, "que es una voluntad que está dirigida a dar vida actual a un acto que se llama testamento, que, por la naturaleza particular que le ha atribuido el ordenamiento jurídico positivo, no puede desplegar sus efectos, sino después de la muerte del testador".⁽³¹⁾

El legislador ha dejado libre a la persona para atender al deber social de disponer de sus bienes según su propia conciencia y, según sus propias inclinaciones. Sin embargo, la libertad para testar está regulada por determinadas que la encausan.

⁽³¹⁾ Arce y Cervantes, J. Ob. cit. p. 36.

Por último, la sucesión testamentaria es la sucesión en todos los derechos y obligaciones pecuniarios de una que fue persona física, después de que fallece, por la o las personas que aquella designó a través de una manifestación unilateral de voluntad, conocida o denominada "TESTAMENTO". Ahora bien, el testamento produce cuatro consecuencias en los actos jurídicos, las cuales son: crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Por lo que, la sucesión voluntaria o testamentaria constituye una transmisión a título universal.

b) LEGITIMA.

Ahora entraremos al estudio de la Sucesión Mortis Causa Legítima, Legal, Intestada o Intestamentaria, que viene a ser aquella en donde el autor de la herencia no confecciona testamento, por ello al morir no se sabe a quién o a quiénes hubiere deseado dejarles todos sus bienes y derechos pecuniarios que no se extinguen con su muerte. Es así que, el legislador establece una relación de sucesión mortis causa, atendiendo básicamente a los sentimientos que se sabe son comunes o normales en las personas, creados por el parentesco y por el matrimonio o el concubinato.

Por lo que, a falta de testamento, la transmisión del dominio sobre los bienes del difunto se opera por disposición de la ley que suple la voluntad de aquél en la forma que se supone la hubiera emitido y, entonces toma el nombre de "Sucesión Legítima". Es así como la sucesión legítima, representa en nuestra legislación, una más de las posibilidades para definir la situación jurídica de un patrimonio que ha quedado sin titular, debido al fallecimiento de éste.

La característica fundamental de esta sucesión es que en ella no se cuenta con la voluntad del autor de la herencia para determinar en que forma será distribuido su patrimonio, razón por la cual, la ley suple esa decisión tratando de apearse lo más

posible a lo que hubiera deseado el "de cuius" en su testamento de haberlo hecho. La sucesión legítima tiene su origen en la falta de un documento válido; también se le llama sucesión intestada o ab intestato.

La sucesión legítima es la que se defiere por ministerio de la ley cuando falta o no puede cumplirse la voluntad testamentaria del autor de la sucesión. El principio general, determina que es procedente la sucesión legítima cuando no hay testamento o el que se otorgó es nulo o perdió su validez.

Para el licenciado Ernesto Gutiérrez y González la sucesión legítima "es la sucesión en todos los bienes y en todos los derechos y obligaciones pecuniarios de una que fue persona física, después de fallecer por la o las personas que determina la ley, a falta de una manifestación testamentaria o voluntaria, del que fue titular de esos bienes, derechos y obligaciones." (32)

La sucesión legal es aquella que se otorga cuando no hay testamento a los descendientes, cónyuges, ascendientes y parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la herencia y, en algunos casos a la concubina o a la beneficencia pública. A esta sucesión también se le denomina legítima o intestada, por ser la ley quien dispone la forma de liquidar el patrimonio del difunto. El origen de esta sucesión se encuentra en el Derecho Romano, en donde se distinguen tres clases de herederos: herederos sui, herederos voluntarios y herederos necesarios. Una vez desaparecido el sistema romano se consideró como un deber natural que el padre dejara a sus hijos, cónyuges y ascendientes los bienes que de alguna manera todos constituyeron en formar.

En la sucesión intestada encontramos las siguientes características:

- 1.- Es una sucesión universal como lo es la testamentaria, ya que comprende todos los bienes del difunto.
- 2.- Es supletoria de la sucesión testamentaria, o sea, que en nuestro derecho, sólo se abre a falta de disposición testamentaria eficaz.

(32) Gutiérrez y González, E. Ob. cit. p. 87.

3.- las reglas de indignidad para suceder son iguales en la sucesión legítima como en la sucesión testamentaria.

4.- los herederos de la sucesión legítima son tan herederos como en testamentaria y ambos tienen las mismas características, porque sólo se diferencian por la distinta causa por la cual fueron llamados a la herencia.

5.- En la sucesión legítima la calidad de heredero no puede estar sujeta a modalidades como la condición o la carga ni tampoco a más sustituciones que las que establezca la ley, ni tampoco pueden existir legatarios, ya que todas estas situaciones nacen solamente de una voluntad testamentaria – la del de “cujus” – que no existe en la legítima.

6.- Si los herederos legítimos concurren con testamentarios todos ellos son responsables de las obligaciones hereditarias y a todos corresponde nombrar albacea o interventor.

Por ende, la sucesión legal surge precisamente en los casos en donde el testamento es nulo, se revocó o caducó. En virtud de lo cual el legislador “penso”, cuál podrá ser la voluntad de la persona que falle sin haber hecho testamento y, por lo tanto, a quienes hubiera desea dejar sus bienes y derechos pecuniarios que no se extinguen con su muerte. A lo que respondió el legislador del Código de 1928, al determinar que cuando una persona fallece sin haber dejado testamento, seguramente hubiere deseado que le sucedieran a sus bienes y derechos pecuniarios que no se extinguen con su muerte a sus descendientes, por ser ellos sus parientes consanguíneos más próximos, a su cónyuge supérstite (así se llama al viudo o a la viuda) y a falta de estos a sus ascendientes colaterales más próximos, y en su caso también a la concubina o concubino. Por último a falta de éstos al estado.

Así entonces, en éste caso se deben tomar en cuenta las siguientes reglas:

- Los parientes más próximos excluyen a los más lejanos.
- Los parientes que se hallen en el mismo grado heredarán por partes iguales.

Siendo éstos los dos grandes principios que rigen a la sucesión legítima.

En síntesis se puede decir que la Sucesión Legítima es aquella que supliendo la ley la voluntad que se supone habría declarado el autor de la sucesión en caso de haberlo hecho se abre, a falta o por nulidad del testamento, por no haber dispuesto el testador de todos sus bienes o por que el heredero no haya cumplido la condición que validamente se le impuso y finalmente, cuando no hay sustituto, es decir, el heredero muere antes que el testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar. A falta de testamento la transmisión del dominio sobre los bienes del difunto se opera por disposición de la ley, la cual suple la voluntad de aquél en forma que se supone la hubiera emitido, y entonces toma el nombre de "SUCESION LEGITIMA".

2.3. DEFINICION DE HERENCIA Y CONCEPTO DE HEREDERO.

Siendo la herencia el medio de adquirir la propiedad a título universal, gratuito, derivado y por causa de muerte. Podemos definirla como la transmisión del patrimonio del difunto a sus herederos y la sucesión de éstos en los derechos y obligaciones de aquél, que no se extinguen con la muerte.

La herencia tiene un objeto de naturaleza económica: lograr la continuidad del patrimonio.

La palabra herencia puede entenderse en sentido subjetivo y en sentido objetivo. En el primero, equivale a la sucesión universal y en el segundo, a la masa de bienes y relaciones patrimoniales que son objeto de la sucesión. Es por esta razón que se ha podido decir que la herencia es el nombre que toma el patrimonio del causante de la sucesión "mortis causa".

Clemente de Diego la define como el patrimonio del finado, diciendo que lo que en vida del titular se llama patrimonio a su muerte se convierte en herencia. ⁽³³⁾

⁽³³⁾ De Pina Vara, R. Ob. cit. p. 266.

Para Edgar Baqueiro y Rosalía Buenrostro Báez la herencia es una consecuencia del derecho de propiedad debido a su carácter de perpetuidad; de ahí, que al dejar de existir el titular debe ser substituido por sus sucesores. ⁽³⁴⁾ Roberto de Ruggiero dice, que la herencia en sentido Objetivo es “todo el patrimonio de un difunto, considerado como una unidad que abarca y comprende toda relación jurídica del causante independientemente de los elementos singulares que lo integran; es la totalidad de las relaciones patrimoniales unidas por un vínculo que da al conjunto de tales relaciones carácter unitario, haciéndolo independiente de su contenido efectivo; es, en suma, una universalidad que comprende cosas y derechos, créditos y deudas y, que puede ser un patrimonio activo si los elementos activos superan a los pasivos (lucrativa hereditas), o un patrimonio pasivo en el caso inverso (damnos hereditas).” ⁽³⁵⁾

Legalmente a la herencia se le define como la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por su muerte (art. 1281 del Código Civil vigente para el Distrito Federal).

Existen dos concepciones sobre herencia que es necesario distinguir: la germánica, según la cual es el conjunto de bienes dejados por el difunto como activo hereditario, de la que no forman parte las deudas (que constituyen sin embargo carga de la misma), y la romana, de acuerdo con la cual el heredero sucede in universum jus defuncti, o lo que es igual, en un patrimonio considerado como un todo unitario, que comprende el activo y el pasivo, lo que se traduce en la obligación por parte de los herederos de soportar las deudas ilimitadas.

La herencia es la sucesión en el universum ius del difunto y, opera como la substitución de una persona por otra en la totalidad de las relaciones sin que ninguna de estas sufra alteración hasta el punto que parezca que ni siquiera el sujeto cambia. Se caracteriza la herencia como un conjunto de bienes que se van a transferir a los causahabientes del autor en razón de su fallecimiento, es una forma de adquirir la

⁽³⁴⁾ Baqueiro Rojas, E., Buenrostro Báez, R. Ob. cit. p. 257.

⁽³⁵⁾ De Ruggiero, Roberto. Instituciones de derecho Civil. p. 973.

propiedad; es decir, la herencia por definición de la ley, permite adquirir todos los bienes y derechos que fueron de otra persona y que no se extinguen con su muerte.

En materia de derecho Sucesorio, conjuntamente con el término de sucesión debe entenderse con toda precisión el término herencia, que consiste en la sucesión a título universal o particular por causa de muerte, de aquellos derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte del de cujus o autor de la herencia. De esta definición surge entre los términos sucesión y herencia una diferencia de grado, así tendremos que la herencia es una clase de sucesión.

Pudiendo ser la sucesión hereditaria:

- a) .- A título universal; es decir, de todos los bienes, derechos y obligaciones o de una parte alicuota.
- b) .- A título particular; es decir, de bienes concretos.

En nuestro derecho la herencia es una copropiedad. Los herederos son los únicos adquirentes a título universal de todo el patrimonio de la sucesión, quienes representan como sujeto activo o pasivo todas las relaciones jurídicas que se referían al de cujus. Por ser la herencia una consecuencia del derecho de propiedad debido a su carácter de perpetuidad, de ahí que al dejar de existir, deba ser sustituido por sus sucesores.

Finalmente, en materia de sucesión se debe entender el término herencia como la sucesión a título universal o particular por causa de muerte de aquellos derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte del autor de la sucesión. Asimismo, se utiliza el concepto de herencia para referirse al conjunto de bienes de la sucesión, pero en palabras más técnicas, se le denomina al conjunto de bienes "acervo" o "masa hereditaria". Además con la palabra herencia se va a designar la forma de adquirir los derechos mortis causa.

Por otro lado, el "heredero" será el continuador del patrimonio del difunto, tanto en sus relaciones activas como pasivas. Es un causahabiente a título universal; ya que el heredero continuará con la personalidad económica del difunto y, gracias a ellos las relaciones jurídico patrimoniales activas y pasivas se transmiten íntegras al heredero.

El artículo 1284 del Código Civil nos dice:

“El heredero adquiere a título universal y responde a las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda.”

Conforme a este concepto el heredero es un verdadero continuador del patrimonio del de “cujus”. Lo que hace necesario indicar que las cargas hereditarias en toda sucesión deben entenderse como las deudas u obligaciones, como son las hipotecas.

El vocablo heredero se utiliza para identificar al sucesor del de “cujus”. Así tenemos que el heredero sucede en el universum ius del difunto, o sea, en la posesión jurídica de éste y, como consecuencia de la substitución pasa a ser sujeto de las singulares relaciones continuando de éste modo con la personalidad jurídica del difunto, representa al autor de la herencia y forma con él una sola persona. Propiamente puede decirse que los herederos al suceder al difunto en sus bienes y en sus derechos y obligaciones que no se extinguen con su muerte, son continuadores del patrimonio del autor de la herencia. Es un hecho cierto e indiscutible que los herederos adquieren la propiedad de los bienes y derechos del autor de la sucesión y, por lo mismo la herencia es un medio para adquirir la propiedad. Se ha señalado que la sucesión puede establecerse a título universal o a título particular, pero en el caso de establecerse a título universal al sucesor se le denomina **HEREDERO**, el cual siempre recibe un patrimonio o en su caso una parte alcuota de él, pero en él siempre se incluyen los bienes, los derechos y las obligaciones; sin embargo, el heredero puede heredar toda la masa hereditaria. Concretamente nuestro Código Civil nos indica: Que el heredero adquiere a título universal y responde a las cargas de la herencia.

Resulta por lo tanto que al heredero se le puede definir como el sujeto que recibe a título universal los beneficios de la sucesión – testamentaria o legítima –, ya que al momento en que se produce la muerte del causante de la herencia los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como si fuera un patrimonio común.

2.4. PERSONAS QUE HEREDAN POR SUCESION LEGITIMA.

Tomando en cuenta que en la sucesión mortis causa legítima, legal, intestada o intestamentaria el autor de la herencia no confecciona testamento, al morir no se sabe quién o quiénes hubiera desea dejarles todos sus bienes y derechos que no se extinguen con su muerte, por ello el legislador pensó que la voluntad de aquél que fallece sin testamento es la de haber deseado que se le dejarán sus bienes y derechos pecuniarios que no se extinguen con su muerte a determinadas parientes, esto en atención a sentimientos de afecto. Es por esa razón que el legislador estableció una relación de sucesión Mortis Causa, atendiendo a los sentimientos que se saben son comunes o normales en todas las personas creados por el parentesco, por el matrimonio o por el concubinato.

Ciertamente el legislador del Código Civil de 1928, determinó que cuando una persona fallece sin haber hecho testamento, seguramente hubiere deseado que le sucedieran en sus bienes y derechos pecuniarios que no se extinguen con su muerte, sus descendientes por ser sus parientes consanguíneos más próximos, junto a ellos en su caso su cónyuge supérbite (así se le llama al o la viuda) y a falta de éstos, seguramente hubiere deseado que le sucedieran sus ascendientes, y después sus colaterales más próximos y se hubiera concubina hubiere desea que también lo sucediera. Pero en el caso de que no hubiera ninguno de los anteriores que le pudieran suceder, entonces el estado. En efecto, se siguen diversas reglas para la atribución de la herencia a falta de herederos testamentarios. Primero se encuentran los llamados clase, que son los únicos que están en posibilidad de ser llamados a heredar y los cuales se encuentran enumerados en el artículo 1602 del Código Civil de la materia. Después de la clase se encuentran los órdenes, que son los grupos formados dentro de la clase por parientes que pertenecen a distintas líneas, en este caso los órdenes establecen un criterio de preferencia inflexible de modo que la existencia de un sólo pariente de un orden

preferente excluye a los de orden posterior. Por último se tienen a los grados, los cuales establecen una preferencia de llamamiento dentro de los parientes del mismo orden, de tal manera que los más próximos excluyen a los más remotos. ⁽³⁶⁾

En este sentido la ley se apoya en el principio de preferencia para establecer el orden en que los parientes heredan al de "cujus", por lo que la preferencia de determinados parientes se efectúa atendiendo al presunto afecto que se supone existía entre el autor de la herencia y sus herederos como sucede en el caso del hijo y los padres, en donde es generalmente aceptado que es mayor el afecto a los descendientes que a los ascendientes. Otro principio es el que se basa en el presunto afecto en el cual los parientes más próximos excluyen a los más lejanos; por lo que el hijo excluye a los nietos y los padres a los abuelos.

En este sentido heredarán:

1. En primer orden: los descendientes y el cónyuge o concubino, a falta de descendiente.
2. En segundo orden: los ascendientes y cónyuge o concubino, a falta de descendientes.
3. En tercer orden: el cónyuge, a falta de descendientes y ascendientes.
4. En cuarto orden: los colaterales hasta el cuarto grado, en el caso de que no hayan descendientes, cónyuge o concubino y ascendiente.
5. En quinto orden: la beneficencia pública a falta de todos los anteriores.

De acuerdo a lo anterior el legislador en el artículo 1602 del Ordenamiento Civil señala:

"Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

- I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635;
- II. A falta de los anteriores, la Beneficencia Pública."

⁽³⁶⁾ Arce y Cervantes, J. Ob. cit. pp. 171 y 172.

Lo señalado por el precepto legal antes citado, nos demuestra claramente que la herencia del de "cujus", será adjudicada a favor de aquellas personas que tuvieron con él una relación de parentesco, matrimonio o concubinato. Es evidente que la ley establece este orden basándose en los sentimientos que unieron al autor de la herencia con todos y cada uno de sus familiares. Los diferentes grados o preferencia se dan en razón de que son los hijos y el cónyuge o la concubina o el concubino, quienes tienen una relación más estrecha e importante con el fallecido. Después de éstos vendrán los demás familiares que también tengan derecho a la masa hereditaria. Siendo éste un orden riguroso, inalterable y sólo heredarán los siguientes a falta de los anteriores.

En este sentido, nuestra legislación dedica diversos artículos para determinar las porciones hereditarias que le corresponden a cada una de las personas antes citadas, cuando es el caso de que sean llamadas a heredar.

Así del artículo 1607 al 1614, se ocupa de regular la sucesión de los descendientes. Del artículo 1615 al 1623, regula la sucesión de los ascendientes. Del artículo 1624 al 1629, se ocupa de la sucesión del cónyuge supérstite, que es sino el viudo o la viuda.

Por otra parte del artículo 1630 al 1634 se dan las reglas para la sucesión de los colaterales. Y el artículo 1635 habla de la sucesión de la concubina o concubinario. Finalmente, nuestro Código dedica los artículos 1636 y 1637 a lo relativo a la Beneficencia Pública.

2.5. CASOS EN LOS QUE SE ABRE LA SUCESION LEGITIMA.

Iniciaremos el presente apartado preguntándonos ¿En qué casos se abre la SUCESION LEGITIMA?. A ésta interrogante le da respuesta el artículo 1599 de nuestro Código Civil, el cual dispone:

“Artículo 1599. La herencia se abre:

- I. Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió su validez;
- II. Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes;
- III. Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero.
- IV. Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto.”

Asimismo, también se puede abrir la herencia legítima cuando se dan las hipótesis contempladas por el artículo 1649, el cual determina: “La sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declara la presunción de muerte de un ausente.”

Así, tenemos que la apertura de la herencia se efectúa en el momento mismo del fallecimiento del autor de la herencia y, cuando en el caso de la ausencia se declara la presunción de muerte del ausente.

Ahora bien, para comprender el contenido del artículo 1599, es necesario dar una breve explicación de cada una de las fracciones. Por consiguiente, cuando la primera fracción nos dice que no hay testamento, ésta primera parte no representa problema alguno para su comprensión, puesto que es obvio que si fallece una persona no dejó estipulada su última voluntad a través de un testamento tendrá forzosamente que abrirse la sucesión legítima de éste para determinar la forma de cómo será distribuido ese patrimonio, aplicándose las reglas que para tal efecto determina la ley.

Por otro lado, en lo referente a que el testamento es nulo o perdió su validez considero necesario hacer alusión al tema de las nulidades y, por ende, a la pérdida de la validez del testamento. Por lo que empezaré diciendo, que tomando en cuenta que el testamento es un acto jurídico, el cual debe reunir los elementos de existencia que conocemos como: el consentimiento y el objeto. Los cuales aunados a los requisitos de validez le permitirán producir plenamente sus efectos; siendo dichos requisitos los siguiente: La capacidad legal de las partes, la ausencia de vicios del consentimiento y la forma establecida por la ley para manifestar ese consentimiento, motivo o fin, todos éstos requisitos interpretados desde luego a “contrario sensu”. (art. 1795 C.c.)

Una vez que el contrato existe, precisa tener los requisitos de validez y si no se reúnen éstos, innegablemente el contrato existe, pero podrá ser anulado por una decisión judicial. Sin embargo, consideramos conveniente señalar las diferentes causas que podrían provocar la nulidad de un testamento, y así tendremos: Que un testamento se puede declarar nulo en aquellos casos en que no se cumple al otorgarlo con los requisitos que la ley exige para este tipo de acto, y aplicándose las nociones de los contratos conforme autoriza el artículo 1859 del Código Civil.* De este modo tendremos:

a) Nulidad por Falta de Capacidad.- Es indudable que si una persona otorga su testamento y es menor de dieciséis años, ese testamento será nulo pues la ley le confiere capacidad para verificarlo sólo a los mayores de dieciséis años. Y su resultado será que se destruya el testamento retroactivamente a la fecha de su nacimiento, en consecuencia, el testador incapaz no dispuso de sus bienes y se abrirá la sucesión legítima, o intestada.

b) Nulidad por Falta de Voluntad Libre.- El testamento entre sus características tiene la de ser un acto libre, y si se otorga bajo error o violencia, entonces ese acto tendrá que ser declarado nulo por el juez. Y la consecuencia de esa declaración es la de destruir el testamento, y al destruirlo el testador no dispuso de sus bienes, por lo cual debe abrirse la sucesión legítima.

c) Nulidad por Objeto, Motivo o Fin Ilícito.- De igual manera que en un contrato, puede en un testamento al hacerse la institución de un heredero o herederos, buscarse un objeto, motivo o fin ilícito, pero aquí no sucede exactamente igual que en los contratos.

Si en un contrato se busca un objeto, motivo o fin ilícito, todo el contrato es declarado nulo, y en cambio aquí en esta materia, el juez sólo declarara nula la institución del o de los herederos, en tanto que subsiste el resto del testamento como puede ser lo relativo a los legatarios, y a la declaración o cumplimiento de deberes.

* Artículo 1859.- Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicadas a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

Pero, al ser declarada nula la institución del o de los herederos por ese motivo o fin ilícito, la consecuencia es que se abre la sucesión legítima, respecto de los bienes que por testamento se les hubiere dejado.

d) Nulidad por Falta de Forma.- Por último, si el testamento es un acto formal, resultará indudable que si se otorga un testamento sin cumplir con lo que dispone la ley sobre la manera de externar la voluntad el autor de la herencia, el testamento será nulo y su consecuencia es que se declara abierta la sucesión legítima.”⁽³⁷⁾

Hasta aquí damos por terminada la explicación de la primera fracción del artículo 1599, para continuar con la siguiente, como una más de las causas que dan origen a la sucesión legítima.

Cuando se habla de patrimonio, se tiene la idea de que éste es un conjunto de bienes; sin embargo, debemos considerar que además de éstos se encuentran incluidos en él una serie de obligaciones a cargo del titular del mismo, así como un conjunto de derechos a favor de éste último. Y al unirse estos tres elementos; es decir, los bienes, derechos y obligaciones estaremos hablando de un patrimonio. En la práctica diaria, se puede dar que el autor de la herencia al dictar su testamento no incluya todos sus bienes, y será entonces cuando estemos en presencia de una sucesión mixta (coexistencia simultánea de la sucesión testamentaria y la sucesión legítima). Lo que significa que el de “cujus” en su última voluntad no contempló todos sus bienes, dando como resultado u origen a la sucesión legítima.

Pasando a otra de las fracciones del aludido artículo, nos encontramos con la que versa sobre los casos en que no se cumple con la condición impuesta al heredero o a alguno de ellos en el supuesto que sean varios los herederos. Entendiéndose por “condición el acontecimiento futuro e incierto de cuya realización depende el nacimiento de una obligación o su extinción.”⁽³⁸⁾

⁽³⁷⁾ Gutiérrez y González, E. Ob. cit. pp. 222 a la 224.

⁽³⁸⁾ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de derecho Civil. 14ª. Edic. Ed. Porrúa. México, 1986. p. 302.

De acuerdo a lo anterior, y siendo uno de los principios fundamentales en el testamento la facultad que posee el testador de disponer libremente de su patrimonio, ésto desde luego dentro del marco del derecho, al poder ejercer esa soberanía, tiene la libertad de insertar dentro de su testamento una condición a cargo de su o de sus herederos, que en este caso pueden ser un heredero o quizás un legatario. Dicha condición debe ser cumplida por la persona a quien el testador designó, para que de ésta forma le sea entregada la masa hereditaria. De ahí, que si dicha condición no se lleva a cabo la o las personas designadas por el ya para entonces autor de la herencia, se dará origen a la apertura de la sucesión intestada o legítima.

Finalmente, respecto a la última fracción del artículo que hemos venido analizando, la cual nos habla acerca del caso en que el heredero muera antes que el testador, repudie la herencia o sea incapaz de heredar si no se ha nombrado sustituto, a este respecto señalamos que si el testador no nombró a otra persona para que entrara en el lugar del primero para el caso de que éste último por alguna de las causas que establece la ley no recibiera la herencia, entonces se abrirá la sucesión legítima respecto de la parte alícuota correspondiente a ese heredero. Pero lo más importante en materia hereditaria es el determinar claramente el momento en que el de "cujus" fallece, sobre todo en la hipótesis en la que ambos fallecieron en un mismo accidente, ya que si éste fallece junto con los herederos y se determina que éstos murieron antes que aquél se extinguirá junto con ellos su derecho a heredar y, por lo tanto, se abriría la sucesión intestada.

2.6 OTROS CASOS EN LOS QUE SE ABRE LA SUCESION LEGITIMA.

Iniciaremos el presente apartado diciendo que la apertura de una sucesión tiene verificativo en el momento que se produce la muerte del de "cujus", siendo éste el instante en el que un patrimonio ha quedado sin titular y ante tal realidad es preciso que

otro sujeto entre en el lugar del primero. Lo anterior en atención a que en la vida jurídica los derechos reales, los de crédito, las obligaciones y todas las demás relaciones jurídicas no pueden quedar sin titular por ser derechos que no se extinguen con la muerte.

Ahora bien, además de los casos que hemos señalado en los cuales se abre la sucesión legítima, existe otro caso en el que la ley ordena se abra la sucesión legítima, y es precisamente cuando el heredero repudia la herencia y los acreedores hacen valer su facultad para solicitar se abra ésta.

Efectivamente al que repudia una herencia se le tiene como si nunca hubiera sido heredero. Ya que el repudio simplemente es la renuncia a heredar. Lo cual nos lleva a indicar que cuando se ha repudiado la herencia, esa vacancia será llenada por la persona a la que le corresponda de acuerdo con lo establecido por la ley o por el testamento. Explicaré esto diciendo que “la repudiación es el acto por el cual, el heredero testamentario o “ab intestato”, renuncia a su calidad de tal y por consiguiente a los derechos, bienes y obligaciones que se le transmiten por herencia.”⁽³⁹⁾ Asimismo, “solamente las personas mayores de edad, es decir, capaces para disponer de sus bienes, pueden repudiar una herencia; los menores o incapaces no pueden renunciarla, su representante legítimo con autorización judicial previa audiencia del Ministerio Público, podrá renunciar a la herencia y el juez sólo autorizará esta renuncia si considera que es perjudicial la calidad de heredero para el incapacitado.”⁽⁴⁰⁾ Ante esta posible situación la ley además de proteger la libertad del heredero de aceptar o repudiar la herencia, también ampara el derecho de los acreedores cuando por repudio se ven perjudicados sus intereses, pues bien, cuando un heredero o legatario insolvente repudia lo que le corresponde en perjuicio de sus acreedores, éstos pueden pedir al juez la autorización para aceptar la herencia pero hasta el monto de sus créditos anteriores a la renuncia. Sin

⁽³⁹⁾ Rojina Villegas, R. Ob. cit. p. 246.

⁽⁴⁰⁾ *Ibid.* p. 247.

embargo, la renuncia a la herencia de una persona viva es nula y tampoco puede establecerse por convenio.

“Si el heredero fallece después del autor, sin haber aceptado o repudiado la herencia el derecho a hacerlo se transmite a sus herederos, recordemos que el carácter de heredero se adquiere en el momento de la muerte del autor.

Cuando el heredero testamentario repudia la herencia no transmite ningún derecho sobre ella a sus propios herederos, pero si el que rechaza lo que es por sucesión legítima sus descendientes ocupan su lugar.”⁽⁴¹⁾

Al respecto nuestro Código Civil vigente establece en su artículo 1653 que:

“Pueden aceptar o repudiar la herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes.”

Y el artículo 1654 nos dice:

“La herencia dejada a los menores y demás incapacitados, será aceptada por sus tutores, quienes podrán recuperarla con autorización judicial previa audiencia del Ministerio Público.”

Sabemos que la finalidad de la ley es la de impartir justicia, por lo que el legislador en este supuesto debe ocuparse por proteger el derecho de cada persona. Y en el caso que nos ocupa principalmente el derecho de los acreedores el cual se ve perjudicado en sus intereses cuando el heredero ha repudiado la herencia. En este sentido cuando el heredero designado haga la repudiación de la herencia exclusivamente con el fin de defraudar a sus acreedores, éstos podrán impugnarla intentando la acción pauliana, pues de acuerdo con nuestra actual legislación el artículo 1673 dispone:

“Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus acreedores, pueden éstos pedir al juez que los autorice para aceptar en nombre de aquél.”

Pero también el artículo 1674 nos dice:

⁽⁴¹⁾ Baqueiro Rojas, E. Ob. cit. p. 390.

“En el caso del artículo anterior la aceptación sólo aprovechará a los acreedores para el pago de sus créditos; pero si la herencia excediere del importe de éstos, el exceso pertenecerá a quien llame la ley, y en ningún caso al que hizo la renuncia.”

De ahí, que el principio general de esta materia es el de que todas las personas capaces, y que tienen la libre disposición de sus bienes puedan aceptar o repudiar la herencia. De este razonamiento existe una situación especial que contempla la ley para los casos de renuncia y, es la de proteger la libertad de heredar, para aceptarla o repudiarla, pero de igual manera ampara el derecho de sus acreedores cuando por renuncia se ven perjudicados sus intereses; es por ello que el Código Civil concede a los acreedores el derecho de pedir la autorización para aceptarla cuando ha sido repudiada en su perjuicio (artículo 1673 C.c.).

En conclusión la repudiación es simplemente la renuncia a ser heredero, lo que implica ser reputado como nunca heredero y por tanto, si existen acreedores éstos tendrán el derecho a solicitar al juez les autorice la aceptación de la herencia, siendo ésta la causa o mejor dicho el supuesto que dará origen a que abra la sucesión legítima en el caso de existir herederos legítimos.

CAPUTILO III.

“LA INSEMINACION ARTIFICIAL.”

3.1. CONCEPTO DE INSEMINACION ARTIFICIAL.

Iniciaremos el desarrollo manifestando que a la fecha no se cuenta con una definición doctrinal o jurídica de “INSEMINACION ARTIFICIAL”, por ente tampoco existe un concepto legal de esta técnica, siendo quizá la mención más cercana al respecto lo contenido en el artículo 466 de la Ley General de Salud, así como lo dispuesto por el artículo 40, fracción XI del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, ambas vigentes para el Distrito Federal, y que a la letra dicen:

“ARTICULO 466. Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.”

“ARTICULO 40. Para los efectos de este reglamento se entiende por:

...XI. Fertilización asistida.- Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro”.

Para entender esta práctica es necesario saber que la reproducción asistida, implica la unión de dos células que producen de distintos seres; pero de la misma especie cuya unión genera un nuevo individuo: Los animales más complicados, como el hombre poseen dos clases de células que se forman en órganos especiales y que son expelidas por el organismo progenitor. Estos órganos especiales son las gónadas (testículos y ovarios), y las dos clases de células expelidas son los gametos (espermatozoides y óvulos). Un gameto al juntarse con uno de la otra clase se fecunda (fecundación) y constituyen un cigoto (célula diploide producida por la unión de un espermatozoide y un óvulo en el momento de la fecundación).

Desde el punto de vista puramente biológico la inseminación artificial es la unión de dos células germinales procedentes de individuos sexualmente opuestos, por lo que la ausencia de conjunción carnal no le priva de su carácter sexuado. En este caso la falta de un acto copulatorio propio no impide que se dé una inseminación, ya que los gametos masculinos sin introducidos en la mujer por medios distintos de la eyaculación, lo que ha permitido caracterizar a esta técnica como artificial.

La inseminación artificial abarca diversos procedimientos los que consisten en colocar ya sea semen entero o espermatozoides sometidos a un proceso de preparación en las vías reproductoras de la mujer lo que permite la interacción entre espermatozoide y óvulo en ausencia de coito. En la actualidad se emplean espermatozoides obtenidos del compañero de la mujer o de un donante. Es una técnica utilizada por la medicina para auxiliar a aquellas parejas estériles o infértiles que desean tener hijos y que por razón de algún impedimento natural no les es posible engendrar, esta técnica no viene a sustituir a la naturaleza del hombre sino a vencer a algunas deficiencias que el cuerpo humano sufre. Lo que busca es facilitar el encuentro de los espermatozoides con el óvulo, y lograr que éste se fecunde. Este método se utiliza para incorporar el semen en

el interior del canal femenino por medios distintos de la eyaculación intravaginal, no se da el encuentro sexual (cópula-coito), es decir, no se da la eyaculación intravaginal, se dice que se da una reproducción asexuala. ⁽⁴²⁾

Para mayor comprensión del tema a continuación expondremos algunas definiciones de INSEMINACION ARTIFICIAL y, posteriormente, emitiremos nuestra opinión.

La palabra inseminación proviene del latín *inseminatum*, supino de *inseminare*, sembrar en. De la cual se puede decir que la inseminación se refiere a la siembra de una semilla en sentido figurado para la obtención de un producto. Por consiguiente, la Inseminación Artificial es la introducción por medio de instrumentos del semen en la vagina o en la matriz para producir el embarazo. ⁽⁴³⁾

La inseminación artificial - dice Soto Lamdríd - “es un método o artificio distinto de los usados por la naturaleza para lograr introducir el esperma en el interior de los órganos genitales de la mujer.” ⁽⁴⁴⁾

Para el licenciado Ernesto Gutiérrez y González “es el encuentro del espermatozoo y el óvulo, en el genital adecuado de la hembra - útero - por la introducción del esperma del macho, con el empleo de medios mecánicos, esto es, sin necesidad del coito.” ⁽⁴⁵⁾

Médicamente hablando, los doctores Víctor Ruíz Velasco y Jaime Rosas Arceo definen a esta técnica como: “la aportación del eyaculado del varón al aparato genital femenino realizado sin el contacto sexual.” ⁽⁴⁶⁾ Destaca Gisbert Calabuig en medicina legal y práctica forense, que debe considerarse a la inseminación artificial como la introducción del semen en el interior del canal genital femenino por procedimientos mecánicos y sin que haya habido aproximación sexual. ⁽⁴⁷⁾

⁽⁴²⁾ Gutiérrez y González, E. Ob. cit. pp. 495 y 503.

⁽⁴³⁾ Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas. 13ª. Edic. Ed. Salvat. México, 1993. p. 656.

⁽⁴⁴⁾ Soto Lamdríd, Miguel Angel. Biogenética, filiación y delito (La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho). Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1990. p.19.

⁽⁴⁵⁾ Gutiérrez y González, e. Ob. cit. p. 254.

⁽⁴⁶⁾ Revista de Ginecología y Obstetricia de México. Vol. 39. Año XXXI. Número 235. Ed. Publicaciones Americanas. México, 1976. P. 363.

⁽⁴⁷⁾ Cit. por Soto Lamdríd, M.A. Ob. cit. p. 19.

La inseminación artificial es el medio de colocar el semen, sea del cónyuge o de un donador en el aparato reproductor femenino a una mujer sin la realización del acto sexual a través de la implantación en su organismo de espermatozoides para producir el embarazo. (48) Ya sea que se introduzca en el cuello del útero (inseminación intracervical) o directamente en el interior del útero (inseminación intrauterina), procurando el contacto entre el elemento activo fecundante del varón y el óvulo de la mujer. Hay que hacer notar que lo artificial es sólo la forma de inseminar a la mujer, los medios son facilitados por la mano del hombre sin la necesidad de la intervención de la naturaleza. También a esta práctica se le denomina "PROCREACION ASISTIDA", porque su finalidad es la de lograr asistir la fecundación cuando ésta no es posible por medios naturales como lo sería la relación sexual o cópula.

A través del concepto de reproducción asistida se designa a todas aquellas manipulaciones médicas realizadas con gametos masculinos y femeninos encaminadas a favorecer la fecundación, cuando ésta no se puede naturalmente, es un concepto de uso reciente en el léxico jurídico, desde su aparición en nuestra vida cotidiana las personas dedicadas al estudio del Derecho Familiar se han preocupado por realizar grandes esfuerzos por definirla. En un principio se habló de inseminación artificial, más adelante se empleó el concepto de fecundación artificial. En la actualidad, el término que más aceptación tiene es el de Fecundación Asistida, con esta técnica se viene a luchar contra los obstáculos que impiden la procreación, es ni más ni menos, un remedio a este problema.

En cuanto al fin, éste, es lograr una fertilización y consecuentemente el nacimiento de una filiación materna, y en el mejor de los casos también paterna. Las personas que recurren a esta técnica lógicamente buscan la concepción y, como consecuencia de ésta alcanzar la maternidad y la paternidad.

(48) De Alfredo y Ricardo de Palma. Manual de derecho de Familia. 3er. Edic. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1993. pp. 477 y 478.

De las definiciones antes expuestas se desprende que la inseminación artificial es la aportación del eyaculado del varón en el aparato genital femenino sin las relaciones o la cohabitación; es decir, es la introducción de los gametos masculinos al canal cervical o cavidad uterina de la mujer a través de medios mecánicos sin la penetración del genital masculino en la vagina de la mujer. Por lo tanto, será la introducción instrumental del semen en la vagina o matriz para producir el embarazo. Resulta lógico, entender que la inseminación artificial es la fusión del elemento masculino (espermatozoide), con el elemento femenino (óvulo) para formar una sola célula, el huevo u oocito, a través de medios artificiales y por consiguiente, ajenos al proceso natural, es decir, cópula o coito. Ante esta reflexión nos atrevemos a considerar que la ausencia del acto copulatorio es una constante en estos procedimientos.

En un concepto general puede decirse que la "INSEMINACION ARTIFICIAL" es la introducción del espermatozoide dentro de los órganos genitales femeninos sin la necesidad de la cópula o coito, con el único fin de favorecer el encuentro de los espermatozoides con el óvulo haciendo posible la fecundación de éste, y del cual resulta la formación de un embrión que es el principio de un nuevo ser. Siendo lo más adecuado utilizar el término **INSEMINACION TERAPEUTICA** en lugar de inseminación artificial. ⁽⁴⁹⁾

3.2. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL.

La inseminación artificial ante lo novedoso y reciente que resulta médicamente, sus antecedentes se remontan al año de 1799. Sin embargo, existen noticias no comprobadas, por su puesto, de que hace cientos de años esta práctica se lleva a cabo.

⁽⁴⁹⁾ Los nuevos métodos de procreación no se deben considerar como formas alternativas de tener hijos, sino como recursos subsidiarios para remediar o solucionar problemas de esterilidad u otros obstáculos patológicos que impidan a la pareja engendrar.

Aunque el principio de inseminación artificial se reconoció en el Talmud (Siglo II), la primera descripción del proceso de fertilización se atribuye a Spallanzani de Modena.

En efecto, algunos tratadistas afirman que hacia el año de 1300 aproximadamente, los árabes ya conocían este método. Se dice que alrededor de ese año un árabe inseminó a cinco yeguas, con semen de caballos enfermizos, lo que ocasionó que dichas yeguas procrearan crías en iguales condiciones. El tratadista Santiago Navarro, refiriere el primer caso de inseminación artificial en el Siglo XVII, en el que un sacerdote de nombre Malpighi logró fecundar artificialmente gusanos de seda. Siendo el aporte artificial de semen uno de los pocos métodos cuyo origen no puede atribuirse a Hipócrates.

El primero que se sirvió de la inseminación en animales mamíferos fue el abate Lázaro Spallanzani en 1781, quien transfirió semen a una perra. ⁽⁵⁰⁾ Pocos años después, el célebre cirujano inglés John Hunter en 1799, realizó con éxito la primera inseminación humana de que se tiene certeza, en una mujer con semen de su esposo afecto de hipospadias la cual queda embarazada gracias a la inseminación artificial.

Sin embargo, en relación a los primeros intentos de inseminación artificial en el ser humano no se tienen referencias precisas, no obstante el Licenciado Ernesto Gutiérrez y González señala que en el año de 1462, Juana de Portugal esposa de Enrique IV de Castilla, fue inseminada artificialmente y da a luz a "Juana la Beltraneja", aunque él mismo señala que no existen pruebas contundentes o definitivas al respecto. ⁽⁵¹⁾

Otro indicio lo constituye el señalado por el investigador Valzini, el cual afirma que dicho experimento fue llevado a cabo en 1785 por Touret, decano de la Facultad de Medicina en París, quien lo practicó en su esposa a la cual inyectó semen de él mismo, logrando así un embarazo y por consiguiente, el nacimiento de un hijo. Estos casos como ya mencionamos, carecen de bases sólidas que le acrediten veracidad. Quizá el

⁽⁵⁰⁾ O. Käser, Francfort del M., V. Friedberg, Maguncia, K.G. Ober, Erlangen, K. Thomsen, Hamburgo, J. Zander, Herdelberg. Ginecología y Obstetricia. T. I. Ed. Salvat Editores. Barcelona, España, 1979. p. 621.

⁽⁵¹⁾ Gutiérrez y González, E. Ob. cit. p. 255.

primer caso, en que la mayoría de los autores coinciden como verdadero es el que llevó a cabo el cirujano John Hunter en el año de 1799. A Hunter le siguieron otros casos. Otro de ellos fue el realizado por el médico norteamericano J. Mario Sims, quien en 1866, efectúa 55 inseminaciones realizadas en 6 mujeres (obteniendo el primer embarazo a través de éste medio), a las que había aplicado semen del marido por vía intrauterina. Sólo en una ocasión se consiguió un embarazo, que finalizó en aborto. ⁽⁵²⁾

En 1868 la "Abeja Médica", revista médica dedicada a la divulgación científica, da cuenta de diez casos en donde la inseminación artificial se practicó con toda felicidad. En 1911, un médico de nombre Roelheder da parte de 65 experimentos de inseminación, de los cuales 31 resultaron positivos. ⁽⁵³⁾

En 1890, Dickinson empleó por primera vez la técnica de inseminación con semen de donante en Inglaterra. ⁽⁵⁴⁾ Siendo la finalidad de la concepción con ayuda médica la de vencer las barreras que evitan el encuentro de los espermatozoides con los óvulos en parejas estériles los orígenes de esta tecnología se remontan a los intentos por fecundar occitos humanos fuera del cuerpo. Rock y Menkin lograron fertilizar occitos humanos in vitro en 1944. Desde entonces los procedimientos de manejo de gametos se han perfeccionado y han dado origen a varias técnicas de transferencia de gametos o embriones a la mujer. ⁽⁵⁵⁾

Re licenciado Ernesto Gutiérrez y González nos dice que en 1942, Seymour y Koerner interrogaron a treinta mil médicos en los estados Unidos de América, y lograron saber de 9,489 embarazos logrados. Asimismo, en 1949 el papa Pío XII, se dirige al Cuarto Congreso Internacional de Médicos Católicos declarando inmoral esta práctica; y en 1950, en Francia se reportaron 1,000 embarazos anuales, 600 en Inglaterra y 20,000 en los Estados Unidos de América. ⁽⁵⁶⁾

⁽⁵²⁾ O. Kåiser, Francfort del M. Y otros. Ob. cit. p. 621.

⁽⁵³⁾ Gutiérrez y González, E. Ob. cit. p. 255.

⁽⁵⁴⁾ Adelantos Recientes en materia de Concepción con Ayuda Médica. Organización Mundial de la Salud. Ginebra, 1992. p. 82.

⁽⁵⁵⁾ Ob. cit. p. 84.

⁽⁵⁶⁾ Gutiérrez y González, E. Ob. cit. pp. 255 y 256.

De igual manera, entre los antecedentes que merecen ser mencionados, tenemos el que algunos autores mencionan con relación a los soldados norteamericanos que participaron en la guerra de Corea en 1950, en donde se llevó a cabo la inseminación artificial que en aquella época se llamó teleinseminación, la cual consistía en que los soldados acantonados en Corea enviarán elemento activo fecundante para inseminar artificialmente a sus esposas en un clínica especial, el cuerpo de sanidad de los Estados Unidos de América practicaron en más de 1,000 casos la teleinseminación.

En 1953, Burge y Sherman notificaron el primer caso en que se congeló con éxito el semen humano. ⁽⁵⁷⁾ No obstante, que en la actualidad este método se practica en gran parte del mundo únicamente se ha legislado al respecto en España y Suecia. En 1951 se promulgó una legislación al respecto en Suecia y en 1958, la licenciada Hilda Cortés Obregón publicó la traducción de la Ley de Suecia en Materia de Inseminación Artificial.

Gutiérrez y González en su obra Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causas, manifiesta que en:

“1958. El presidente de los Estados Unidos Mexicanos envía al Congreso de la Unión un Proyecto de Ley denominado “Ley que regula algunas transacciones civiles y mercantiles sobre el cuerpo humano, sus sistemas, aparatos, órganos y fluidos” y en él, se hizo una reglamentación pésima de la materia. Los miembros del Congreso nunca dieron trámite.”

“1968. Se establecen “Bancos de semen” en diversos países, como Francia y Alemania, en donde se obtienen semen de diversos “dadores” o pésimamente llamados “donadores”, guardando absoluto secreto sobre su identidad.”

“1969. En México, el Tribunal del Poder Ejecutivo federal, designa una comisión para que elabore un proyecto de ley, que se ocupe en general de implantes, calificados a lo tonto de “transplantes”. Por fortuna sólo quedó en proyecto.”

⁽⁵⁷⁾ Adelantos Recientes en Materia de Concepción con Ayuda Médica. Ob. cit. p. 82.

“1969. El Doctor Georg Sillo-Seidel, de Francfort, Alemania, presenta in informe sobre una mujer por él cuidada, que dio a luz un niño con semen que se había conservado “congelado”.”⁽⁵⁸⁾

La técnica de fertilización In Vitro y Transferencia de Embriones (IVF-ET) fue perfeccionada por Edwards y Steptoe, y el 25 de julio de 1978, da como resultado el nacimiento de la bebé Louise, el primer niño concebido a través de la fertilización In Vitro, ocurriendo este nacimiento en el matrimonio Brown en Inglaterra. ⁽⁵⁹⁾ Comenzando con esto un período que ha ido abriendo nuevas posibilidades para resolver problemas de fertilidad. En 1983, se tiene noticias de la primera madre en la que se transfirió un embrión descongelado. ⁽⁶⁰⁾ Sin embargo, desde 1984 se han notificado embarazos con buenos resultados con la transferencia de oocitos (óvulos) dados después de la fertilización In Vitro o la transferencia intratubárica de gametos. Y es a partir de los años ochenta cuando la fertilización in vitro y los procedimientos conexos dejaron de ser de carácter netamente experimental para convertirse en tratamientos de la esterilidad como hoy se les conoce; pero nos está llevando a extremos que hace algunos años considerábamos posibles en medios novelescos.

En estados Unidos de América en 1986, se sometió a juicio el caso en el que una mujer fue “alquilada”; es decir, le fue alquilada su matriz, para que ahí implantaran el óvulo de otra mujer, el cual había sido fecundado con semen de su esposo y que ella no podía retener en su matriz para desarrollar el embarazo. Este fue el primer caso de inseminación artificial de madre subrogada que se conoce, Mery Beth Whitehead fue quien transportó al bebé M (como se le conoce) por todo el período de gestación, al nacer la criatura ESTA SE NEGÓ A ENTREGAR a la mujer que dio el óvulo y el esposo de ésta cuyo espermatozoide fecundo, ofrecía la mujer que prestó su matriz devolver al matrimonio los cinco mil dólares que le pagaron por el servicio; sin

⁽⁵⁸⁾ Gutiérrez y González, E. Ob. cit. pp. 256 y 267.

⁽⁵⁹⁾ Newsweek, The International Newsmagazine. March 10, 1997. Vo. CXXIX. No. 10 by Newsweek. New York. p. 43

⁽⁶⁰⁾ Loc. cit.

embargo, los Tribunales de ese país determinaron que debía entregar al bebé. Siendo el primer embarazo logrado por transferencia intratubárica de cigotos publicada por Deuroey y colaboradores.

El 21 de septiembre de 1987 – nos indica el licenciado Ernesto Gutiérrez y González – aparece 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 posibilidades 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...”

“Médicos de la exclusiva Clínica Park Lane de Johannesburgo confirmaron que los 3 huevos, obtenidos de su hija de 25 años Karen Ferreira Jorge, y fertilizados en un laboratorio con esperma de su yerno, George, fueron implantados hace más de ocho meses en el vientre de la señora Antony.”⁽⁶¹⁾

También se tiene noticias que la Oficina de evaluación Tecnológica de los Estados Unidos de América estimó que en mayo de 1988, 172,000 mujeres se habían sometido a inseminación artificial en ese país, lo que dio como resultado 35,000 nacimientos por inseminación con semen del esposo y 30,000 con semen de donante.⁽⁶²⁾ Y el 22 de noviembre de 1988 se publicó la Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida.⁽⁶³⁾

Por otro lado, en 1991 en el estado libre y soberano de Nuevo León, se da a conocer el “Anteproyecto de Código Civil” que para esa Entidad Federativa de los Estados Unidos Mexicanos, encomendó el entonces Gobernador Constitucional Lic. Jorge A. Treviño Martínez al Lic. Ernesto Gutiérrez y González.⁽⁶⁴⁾

⁽⁶¹⁾ Gutiérrez y González, E. Ob. cit. p. 257.

⁽⁶²⁾ Adelantos Recientes en Materia de Concepción con ayuda Médica. Ob. cit. p. 82.

⁽⁶³⁾ Peña Bernardo de Quirós, Manuel. Derecho de la Familia. Ed. Universidad de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1889. p. 489.

⁽⁶⁴⁾ Gutiérrez y González, E. Ob. cit. p. 258.

Ha transcurrido más de un decenio desde el nacimiento de Louise Brown la primera criatura humana concebida fuera del útero materno, o sea, como resultado de la primera fertilización In Vitro realizada con éxito. Y consiguiente, que los espermatozoides sean conservados en los llamados Bancos de Semen para su uso futuro desde los años cincuenta, lo que ha originado la proliferación de la creación de ellos para que los espermatozoides congelados del esposo o de donante puedan ser empleados en la inseminación artificial, ya sea en la esposa o en una mujer extraña a la pareja.

Lo cierto es que a pesar de los datos con que se cuentan en la actualidad sobre los antecedentes históricos de la práctica de los procedimientos de la inseminación artificial, no existen datos precisos sobre los resultados de los métodos empleados en la concepción con ayuda médica, ya que no todos los países tienen o cuentan con un registro de éstos. Uno de ellos es México, en donde desafortunadamente aún existe una corriente mayoritaria que se resiste a trabajar sobre el tema y por lo tanto, a legislar sobre este tema.

3.3. CAUSAS POR LAS QUE SE REALIZA LA INSEMINACION ARTIFICIAL.

Partiendo de que la "INSEMINACION ARTIFICIAL" es una técnica de reproducción asistida con ayuda médica, es decir, es un método por el cual se fecunda a una mujer sin la necesidad de la relación sexual o acto sexual, se da a través de la introducción por medios mecánicos del eyaculado masculino (semen) en la vagina o matriz de la mujer. Donde la finalidad de la concepción es la de vencer las barreras que evitan el encuentro de los espermatozoides con los óvulos en aquellas parejas donde no es posible la fecundación de una manera natural (cópula o coito). Es entonces, cuando el interés científico y público en el campo de la medicina específicamente en lo referente a

la reproducción asistida suscita diversos debates en cuanto a su práctica. Por los nuevos descubrimientos científicos han producido una crisis en todas las disciplinas sociales, y el derecho no puede dejar de sufrir la influencia de esa crisis.

Sin embargo, a pesar de los adelantos en las técnicas de concepción con ayuda médica, y pese a su perfeccionamiento aún se discute su empleo, aconsejándose únicamente su práctica desde el punto de vista médico y sólo cuando existan malformaciones o defectos funcionales, y después de haberse intentado los métodos quirúrgicos u farmacológicos sin ningún resultado positivo. Si bien es cierto que el factor masculino es una de las principales causas para aconsejarse su empleo; también lo es, que la finalidad de la reproducción asistida es la vencer las barreras que evitan el encuentro de los espermatozoides y óvulo para lograr la fecundación en las parejas que sufren dicho problema. Una vez establecido lo que es inseminación artificial, pasaremos al estudio de las causas que dan origen a tal inseminación. Así tendremos que las causas pueden ser de origen:

A) Físicas, B) Psicológicas y C) Involuntarias.

En consecuencia, la inseminación artificial constituye la única forma por la que las parejas pueden acceder a la paternidad (quedando involucrada en este concepto la maternidad). Entonces, la inseminación artificial cabe cuando las causas de la esterilidad son en el hombre, malformaciones del pene o en su caso impotencia, y en la mujer malformaciones vaginales o frigidez.

3.3.1. CAUSAS FÍSICAS.

Dentro de éstas causas destacan por su frecuencia las siguientes:

a) .- La ESTERILIDAD, que es de suma importancia, ya que afecta tanto a hombres y mujeres de edad reproductiva, lo que causa profundo sufrimiento personal, así como alteraciones en la vida familiar.

Clínicamente se define a la esterilidad como la incapacidad de concebir después de un año de tener relaciones sexuales sin protección. ^(65) La esterilidad es la imposibilidad de procreación, se puede definir como la incapacidad en el hombre para fecundar a la mujer y de ésta para la concepción. Se llama también impotencia generandi e impotencia concipiendi, respectivamente. ^(66)

El término esterilidad se aplica a una persona que presenta un factor que impide de manera absoluta la procreación. Luego entonces, la esterilidad es la incapacidad para concebir, esta es sólo la manifestación de un padecimiento ginecológico o del genital masculino. No existe la esterilidad femenina o masculina aisladamente, ya que puede haber situaciones en las que el varón o la mujer podrán concebir separadamente y sin embargo, no lo pueden hacer entre sí, por lo que siempre se habla de esterilidad conyugal o de pareja. La esterilidad de la pareja se debe en gran parte al abuso del alcohol, al tabaco y a las drogas, los matrimonios tardíos, unidos al estrés de la vida moderna, los antecedentes de abortos y enfermedades venéreas, además el uso de dispositivos intrauterinos, ha influido decisivamente en la esterilidad la cual afecta a un alto número de parejas, lo que implica una incapacidad intrínseca de lograr el embarazo.

Las causas más comunes de esterilidad en la mujer son la oclusión de las trompas de falopio, pero en los últimos años encontramos a los trastornos de la función ovárica como la causa más frecuente de dificultades conceptuales. Resulta lógico, que la esterilidad femenina sea "la incapacidad de una mujer para quedar embarazada debido a una alteración en la estructura o función de sus órganos genitales." ^(67) Entre las causas de esterilidad femenina se encuentran: La obstrucción de las trompas, trastornos en la

⁽⁶⁵⁾ Adelantos Recientes en Materia de Concepción con Ayuda Médica. Ob. cit, p. 2.

⁽⁶⁶⁾ Vargas Alvarado, Eduardo. Medicina Legal. 1er. Edic. Ed. Trillas. México, 1996. p. 232.

⁽⁶⁷⁾ Diccionario Termonológico de Ciencias Médicas. 13ª. Edic. ed. Salvat. México, 1993. P. 457.

ovulación, lesiones en el cuello del útero y alteraciones en el moco cervical. Además la esterilidad patológica en la mujer es causada por atrofia o falta de madurez de los ovarios, o por afecciones que dificulten el encuentro del óvulo y espermatozoide (obstrucción de las trompas)

La esterilidad femenina se debe a factores Tubarios (lesiones tubáricas irreversibles o falta de las trompas de Falopio), por Endometriosis, es decir, si no ocurre un embarazo después de un tratamiento médico o quirúrgico de la endometriosis, o de ambos, se puede entonces recurrir a la concepción con ayuda médica. Y también, por factores cervicales, que es la imposibilidad constante de que los espermatozoides de un eyaculado normal penetren en el moco cervical. Imposibilidad de penetración en el óvulo. Finalmente, por causas inmunitarias.

Se entiende que la esterilidad también puede ser a causa de factores masculinos; o sea, por falta de semen apropiado. Cuando el hombre reporta anomalías en el espermatozoide, le resulta imposible su ascensión hasta el encuentro del óvulo que debe fecundar. La esterilidad masculina es “la imposibilidad de fecundar el óvulo, por una insuficiencia o anomalía de la espermatogénesis o por oclusión de las vías epididimarias o deferentes eyaculadoras.”⁽⁶⁸⁾

La esterilidad en el varón se debe a una anomalía espermática cuando a través de un análisis de semen se diagnostica: oligospermia (cantidad baja de los espermatozoides), astenospermia (mortalidad baja de los espermatozoides), o puede darse el caso de que un hombre padezca azospermia, es decir, varones que tienen un alto porcentaje de espermatozoides superior al normal (ciento veinte mil por centímetro cúbico) y no permite la suficiente movilidad para procrear o puede darse el caso que el varón padezca necrospermia, el cual consiste en la ausencia de todo elemento viril en el semen. Por último puede deberse a mortalidad insuficiente, volumen reducido de eyaculado o

⁽⁶⁸⁾ Loc. cit.

fluidificación insuficiente. También deben incluirse aquéllos casos excepcionales en los que los espermatozoides con movilidad normal pierden inmediatamente su movilidad en el medio vaginal.

En efecto, la esterilidad en el varón puede haberse originado por un tratamiento químico o por radioterapia, en la esterilización voluntaria o accidental, o por esterilidad idiopática, es decir, por causa desconocidas.

Ahora bien, el factor masculino, abarca la frecuencia del coito, dificultades de erección o eyaculación, antecedentes de infección genitales (ejemplo de ello orquitis por parotiritis o prostatitis crónica), intervenciones quirúrgicas o traumatismo (ejemplo: reparación de hernias), exposición a toxinas (medicamentos, plomo, cadmio o radiaciones), dieta, ejercicios, consumo de alcohol, tabaquismo (mayor a una cajetilla al día), consumo de sustancias ilícitas, exposición poco frecuente a la temperatura ambiental elevada y consumo de drogas.⁽⁶⁹⁾ Igualmente, el coito poco frecuente o mal programado es una causa común de esterilidad.

Por consiguiente, y visto todo lo expuesto las indicaciones para la inseminación artificial en medicina se aconseja en aquellas parejas estériles, pero que pueden realizar coitos normales, en donde uno o ambos cónyuges tienen un factor responsable de esterilidad pero susceptible de solucionar mediante la inseminación artificial.

b).- Existencia de malformaciones genitales en sujetos con problemas anatómicos o sexológicos que le impidan realizar adecuadamente el acto sexual.

En el primer caso hay que hacer referencia sobre todo a las epispadias del varón y a las anomalías vaginales de la mujer. En el segundo se trata principalmente de la impotencia del hombre o vaginismo en la mujer. Así como los casos de eyaculación retrógrada (cuando el semen es receptado por la vejiga), que puede darse como consecuencia de una serie de enfermedades, especialmente en el caso de parapléjicos.⁽⁷⁰⁾

⁽⁶⁹⁾ C. Benson, Ralph. L., Pernoll, Martín. Manual de Obstetricia y Ginecología. 9ª. Edic. Ed. Interamericana. México, 1994. pp. 698 y 699.

⁽⁷⁰⁾ Soto Lamadrid, M.A. Ob. cit. p. 23.

Así tenemos, que la esterilidad se dará por la impotencia en el hombre o el vaginismo en la mujer, por fimosis que significa estrechez en el orificio del prepucio lo que impide la salida del glande, en la mujer puede ser por estemosis que no es más que la estrechez congénita o presión ejercida por vasos o tumores adyacentes sobre el aparato genito-urinario, concretamente son los órganos reproductores, o por inhospitalidad cervical, que consiste en la existencia de un medio ácido en cierta región de la vagina, que destruye cualquier espermatozoide que pase por ese conducto; y por salpingoplasia, que consiste en ligar las trompas de falopio para que los espermatozoides no puedan llegar al óvulo.

La impotencia por causas orgánicas llamada impotencia absoluta es causada por el agotamiento y la edad avanzada, enfermedades neurológicas, intoxicaciones (alcoholismo y farmacodependencia). Asimismo, la impotencia puede deberse a causas de frigidez, que es la ausencia o disminución del goce sexual en la mujer. La cual puede consistir en el rechazo del acto sexual por pena, culpa y ansiedad, por coito doloroso y difícil, espasmos involuntarios de la vagina durante la penetración (vaginismo), falta de excitación sexual y excitación sin orgasmo.

De lo antes indicado, resulta que la impotencia es la incapacidad del hombre para realizar la cópula, la cual puede deberse a trastornos de la erección (impotencia coeundi), trastorno de la eyaculación y trastornos en el deseo sexual. Por otro lado, la frigidez orgánica puede ser a causa de trastornos sensitivos del área pudenda, enfermedades inflamatorias ginecológicas y abuso de medicamentos (anticonceptivos con elevado nivel de progesterona, andrógenos y tranquilizantes).

Finalmente, la esterilidad se dará cuando exista una eyaculación retrógrada, impotencia coeundi, vaginismo e hipospadias.

3.3.2. CAUSAS PSICOLÓGICAS.

Además de las causas antes indicadas, también se encuentran las causas psicológicas, entre las que encontramos las siguientes:

I.- La Eyaculación prematura, la cual consiste en que la eyaculación se realice rápidamente, con el pene más o menos erecto, apenas realizada la intromisión o cuando manifiesta la excitación la mujer. Es una eyaculación precoz, debido a trastornos de erección por lesiones psicogenicas.

En efecto, la impotencia por causas psicológicas suele deberse a ansiedad, culpa, miedo o cólera. Se debe casi siempre a trastornos en la infancia y adolescencia – rechazo, carencia de afecto, sobreprotección, frustraciones y resentimientos -, problemas conyugales, como los celos y la infertilidad, o en ocasiones al temor al embarazo, también cuando el cónyuge es sarcástico, y a traumas sexuales (violación o promiscuidad).⁽⁷¹⁾

II.- Frigidez, que es la incapacidad de la mujer para obtener placer normal en la relación sexual. La frigidez es sobre todo psicológica, y en la mayoría de los casos procede de defectuosas enseñanzas durante la niñez, edad en la que casi siempre se presenta lo relativo al sexo, como algo vergonzoso y perverso, antecedentes que tardan en borrarse.

Como ya se dijo, la frigidez por causa psicológicas es la más común. Comprende hostilidad hacia el hombre aprendida de la madre, conflicto de Edipo no resuelto que hace ver al hombre como un sustituto del progenitor, trauma sexual en la niñez (violación entre otras), estados depresivos y la esquizofrenia.

⁽⁷¹⁾ Vargas Alvarado, E. Ob. cit. p. 225.

En resumen, cuando en el hombre o en la mujer, se reportan anomalías se podrá presentar en él la eyaculación prematura y la impotencia coeundi, y en ella la frigidez, la heperexcitación, la ninfomanía o la erotomanía.

III.- Las consecuencias psicológicas en un diagnostico de esterilidad son las de una sexualidad afectada, así como la perdida del control, ira, culpabilidad y resentimiento. El reconocer este problema ayuda al médico a ofrecer apoyo y asesoramiento, pues las parejas infértiles necesitan de apoyo psicológico. También origina perdida de autoimagen o temores relacionados con la propia sexualidad.

El descubrimiento de la esterilidad puede provocar una compleja crisis, ya sea en uno o en ambos integrantes de la pareja. El proceso de diagnostico y tratamiento de este problema tiene un profundo efecto en la vida de éstas, ya que los sentimientos de las parejas estériles son de: incredulidad y sorpresa, negación, ira, aislamiento, culpabilidad, dolor y resolución respecto al problema.

Algunos síntomas de anomalías psicológicas son efectos secundarios de la esterilidad. Explicare esto diciendo que los problemas psíquicos, cada día son más importantes debido a que a la fecha se conocen mejor a estos. Se cree que la esterilidad o el miedo a ella produce un estrés en el individuo causando tensión o ansiedad, lo que puede originar que se suprima la ovulación (en la mujer) o la espermatogenesis (en el hombre), o producir espasmos tubários, vaginismo, impotencia o eyaculación precoz.

Lo psíquico puede influir intensamente sobre la función ovárica. El deseo excesivo de tener un hijo puede transformarse en un problema de esterilidad. Ahora bien, el hombre siente la esterilidad como un signo de impotencia, necesita de un hijo para demostrar a los demás y así mismo su virilidad. Lo que hace que el hombre estéril sufra una intensa ansiedad cuando no tiene un hijo; siendo frecuente que su infertilidad vaya acompañada de cuadros depresivos y bloqueo efectivo, afectando seriamente al varón. Sin embargo, esta esterilidad puede únicamente ser psicológica y por lo tanto, puede ser solucionada.

Otro caso de esterilidad, es la tensión relacionada con algún tratamiento médico para resolver problemas de esterilidad, pues irónicamente constituye también una crisis de esterilidad por la tensión que crea, puesto que la intervención médica rara vez produce resultados inmediatos lo que aumenta la ansiedad en la pareja.

Considero necesario aclarar que en muchas ocasiones la esterilidad se debe a que el hombre es poco hábil o por la falta de habilidad sexual en él; por lo que, a menudo debe buscarse las causas de frigidez de la mujer en el hombre, ya que ella se considera en la mayoría de los casos las responsable de tal problema sin importarles las verdaderas causas.

En conclusión, se puede decir que los problemas psicológicos pueden influir intensamente en el hombre y en la mujer o en ambos, creando trastornos en el caso del hombre eyaculación precoz o impotencia, y en la mujer trastornos ovulatorio.

3.3.3. CAUSAS INVOLUNTARIAS.

Además de las causas que se han analizado en los puntos antes citados, encontramos las causas involuntarias las cuales consisten en:

- A) Pérdida involuntaria de órganos genitales por diversas circunstancias sean por accidentes o por enfermedades, como en el caso de la próstata en el varón o en la mujer por la extracción de órganos reproductores.
- B) Por enfermedades de carácter hereditario, por defectos físicos que hagan imposible la descendencia en uno de los cónyuges; enfermedades heredo-familiares (taras susceptibles de transmisión).
- C) También pueden ser patológicas en el caso del hombre, por enfermedades de los testículos, de las vesículas seminales, próstata, obstrucción de las vías genitales, en

estos casos no se producen espermatozoides o si se producen son en pocas cantidades. Asimismo, puede ser por lesiones orgánicas, trastornos de la immissio (mal formación del pene, adiposidad intensa o hernias), trastornos de la erección.

- D) En la mujer por aborto habitual o de repetición y ovulaciones precoces o tardías.
- E) Por causa congénitas: Cuando los testículos no han descendido al escroto permaneciendo en el abdomen a una temperatura de 37°C, demasiado elevada para el buen funcionamiento de los tubos seminíferos; o por desviación de alguno de los cónyuges (homosexualismo o transuestismo).
- F) Incompatibilidad del RH o si el marido es portador de anomalías cromosómicas transferibles aunque fuese fértil.
- G) Finalmente, las causas pueden rescindir en la cohabitación poco frecuente a consecuencia de falta de libido o habitaciones separada. También por separación corporal de los cónyuges o concubinos especialmente en los casos de guerra.

3.4. CLASES DE INSEMINACION ARTIFICIAL.

Los adelantos logrados en la investigación y el tratamiento de la esterilidad y, en particular, en las técnicas de concepción con ayuda médica han despertado gran interés tanto científico como público. Por lo que, cualquiera que sea el método, "lo único artificial – según Nicholson – es el medio donde se realiza la fecundación,"⁽⁷²⁾ aunque seguramente el sentimiento de realización y trascendencia de quienes han llegado a la paternidad (incluyendo en este concepto a la maternidad) a través del auxilio de la ciencia, es absolutamente autentico al alcanzado de la forma natural (coito).

Ha transcurrido más de un decenio desde el nacimiento de Louise Brown, en el Reino Unido, como resultado de la primera fertilización In Vitro realizada con éxito.

⁽⁷²⁾ Cit. por Soto Lamadrid, M.A. Ob. cit. p. 43.

Desde entonces se han perfeccionado las técnicas de Inseminación Artificial, lo que ha dado origen a centenares de nacimientos. Sin embargo, falta todavía mucho por aprender sobre los factores que influyen en el éxito de lo que se puede llamar concepción con ayuda médica. En efecto, tenemos que la concepción con ayuda médica tiene ramificaciones, las cuales ayudan a tratar problemas relacionados con la esterilidad, por ejemplo en el caso de mujeres con obstrucción de las trompas de Falopio o en parejas en las que el hombre tiene oligospermia; asimismo, sirve para la detección precoz de enfermedades genéticas y en la manipulación genética del óvulo o de los espermatozoides.

En pocas palabras, los procedimientos de manejo de gametos se han perfeccionado y han dado origen a la creación de varias técnicas de transferencias de gametos o de embriones a la mujer. En los últimos años se han introducido diversas variaciones de la técnica básica de Inseminación Artificial con semen del esposo. Siendo la inseminación artificial cuya práctica con buenos resultados data desde la Edad Media como una de las técnicas más sencillas, la cual consistía en introducir el semen en el conducto vaginal de la mujer o en cualquier otro órgano genital adecuado de la mujer (cuello del útero o bien en el mismo útero) sin la realización de la cópula, de tal forma que el líquido seminal tuviera contacto con el óvulo maduro de la mujer con el fin de lograr la fecundación del mismo y lógicamente la unión de los dos pronúcleos, es decir, la unión de los gametos femenino y masculino (óvulo y espermatozoide). Método de mayor éxito en la actualidad debido a que su práctica contiene menor riesgo que las otras técnicas hoy día conocidas.

Como ya se dijo la inseminación artificial o inseminación asistida con ayuda médica, como también se le conoce abarca diversos procedimientos lo que permite la interacción entre el espermatozoide y el óvulo en ausencia de coito.

Entre los tipos de inseminación encontramos: la intracervical, la intrauterina, la intraperitoneal e intrafolicular, pero la inseminación intrauterina es la técnica mejor estudiada y que se practica con mayor frecuencia. Sin embargo, hoy por hoy, se da en

dos formas básicas la inseminación: corpórea y extracorpórea también conocida como in vitro. En la primera estamos frente a una fecundación homóloga y en la segunda frente a una fecundación heteróloga; pero dentro de esta tecnología encontramos también:

- La Transferencia Intrafalopiana de Gametos (TIFG),
- La Transferencia de Embriones (TET), y
- La Maternidad Subrogada.

Estudiadas las causas por las que se realiza la inseminación asistida con ayuda médica como medio para solucionar algunas de las causas de la esterilidad, es menester ahora estudiar las clases de inseminación artificial conocidas hasta ahora.

El desarrollo de la ciencia y la tecnología han permitido al ser humano avanzar en el campo de la genética, pero siempre dándole más importancia a la medicina en donde se han verificado logros verdaderamente sorprendentes en el tema de la "inseminación terapéutica" en la cual se han dado pasos agigantados, pues lo que hasta hace algunos años era simple utopía hoy día es toda una realidad.

Reiteramos que la existencia de esta práctica se remonta a miles de años atrás, ya que este fenómeno no es exclusivo de nuestros días, recordemos Ismael el hijo de Abraham fue concebido por Hagar a cargo de Sara la esposa de aquél (Génesis 16,2.); por esta razón y pese a lo que muchos piensan la inseminación terapéutica no es un tratamiento de reciente creación. Su práctica en un principio se limitó a los animales e incluso en ellos hubieron fracasos, pero el avance de la ciencia médica escandalizó al mundo cuando su práctica se llevó a cabo en el ser humano, el cual manifestó su repugnancia desde el momento en que tuvo conocimiento de ello. Con esta referencia nos damos cuenta que pese a lo que se piensa la inseminación terapéutica se ha venido practicando desde hace años en un principio en forma rudimentaria y muchas veces sin éxito, pero con el paso del tiempo y sobre todo con los avances de la tecnología existen diversas formas de aplicarla, lo que ha dado origen a las distintas clases de técnicas de reproducción asistida con ayuda médica.

Por lo que a continuación haremos referencia a las distintas formas de llevarse a cabo este tratamiento, aclarando que la clasificación que hacemos no es la única, puesto que la inseminación ha sido clasificada desde muchos puntos de vista entre ellos el de la técnica utilizada, o bien, dependiendo del tipo de gameto que se usa en el tratamiento ya sea de donantes o de los propios interesados. Quedando claro que las diversas formas de inseminación fueron creadas como terapéuticas de la esterilidad y no como métodos alternativos de reproducción.

3.4.1. INSEMINACION ARTIFICIAL HOMOLOGA.

La inseminación artificial se puede presentar como homóloga y heteróloga. La distinción se ha realizado suponiendo que la mujer sea casada, de modo que el semen que se inocular puede ser de su marido o de un tercero también llamado donante. Así tenemos que puede ser Autoinseminación o Inseminación Homóloga, que es la que se practica dentro del matrimonio, inseminando a la esposa con el semen o esperma de su esposo. ⁽⁷³⁾

Hay dos tipos fundamentales de inseminación artificial, que con frecuencia son llamados homóloga y heteróloga. En el primer caso, el semen procede del marido (o también del varón que vive establemente con la mujer que va a ser inseminada, aunque no estén jurídicamente casados), la distinción se ha realizado suponiendo que la mujer sea casada o no.

La inseminación artificial Homóloga o también llamada Autoinseminación Com Semini Mariti, es aquella que se efectúa con el esperma o semen del esposo aplicada a su cónyuge; o bien, del concubino en el caso de pareja estable, es decir, cuando un hombre y una mujer han vivido como marido y mujer sin que haya mediado entre ellos

⁽⁷³⁾ Gutiérrez y González, E.Ob. cit. p. 258.

solemnidad matrimonial. La técnica de inseminación artificial homóloga (IAH), consistente en la introducción de un tubo muy fino en la vagina o en la cavidad uterina a la cual se le inyecta con una jeringa el eyaculado obtenido por vía masturbación del esposo, del compañero o de un donador, durante el período fecundo de la mujer a la cual se va a inseminar, o sea, cuando "de un folículo maduro se desprende un óvulo e inicia su recorrido a través de las trompas de Falopio hacia el útero. Este intervalo se localiza aproximadamente a la mitad del ciclo menstrual. Sin embargo, para reducir el margen de fracaso, la mujer es tratada con hormonas y se le controla el nivel de las mismas ya sea mediante el análisis de sangre o a través de la temperatura basal - práctica más usual -. Una vez depositado el líquido seminal en la cavidad uterina termina la manipulación artificial." (74) es una práctica frecuente en parejas con problemas de esterilidad que pueden realizar coitos normales, pero en donde uno o ambos cónyuges tienen un factor responsable de esterilidad; asimismo, suele emplearse cuando no se conocen las causas de la esterilidad, la cual puede ser por incapacidad del cónyuge de hacer que el semen penetre en la vagina. Ante tal realidad esta técnica tiene como finalidad solucionar problemas de infertilidad masculina, pero también suele emplearse en problemas de vaginismo, problemas de moco cervical hostil, adiposidad excesiva entre otros. Estos son algunos de los motivos terapéuticos para el empleo de la inseminación homóloga.

Por otra parte, se ha manejado que el hijo nacido por este procedimiento se considera producto de matrimonio, puesto que los gametos que le dieron origen son del marido (espermatozoides) y de la esposa (óvulo) independientemente que falte el coito o cópula. Además la característica principal de dicha técnica es que se realice en mujeres casadas y con semen que provenga del cónyuge: Para terminar diremos que existen varios estudios recientes que demuestran que la inseminación homóloga (IAH) es cara, no productiva y tiene pocas posibilidades de producir un embarazo cuando su

(74) Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XXII. No. 65. Mayo-Agosto, 1989. UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1ª. Edic. Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña. pp. 500 y 501.

indicación es distinta a la de la impotencia, a la eyaculación precoz o por anomalías anatómicas.

3.4.2. INSEMINACION ARTIFICIAL HETEROLOGA.

La Inseminación Heteróloga es aquella que practica con material genético que se obtiene de un tercero (donador), el cual se puede denominar tradens, y es la persona física que transmite las células germinales necesarias a la mujer que será inseminada y que en adelante se denomina accipiens.

Para el licenciado Ernesto Gutiérrez y González la inseminación heteróloga o heteroinseminación se practica con semen de un mal llamado “donador” o “dador” – aunque puede venderse el fluido – generalmente desconocido y en especial en el caso de la mujer casada o de la concubina que va a recibir el semen de persona ajena a su pareja permanente. ⁽⁷⁵⁾

En este sentido la inseminación terapéutica por dador (ITD), es la que se lleva a cabo con gametos masculinos de un dador, es decir, de una persona extraña a la relación de la pareja, de un hombre diferente al marido o al concubino de la mujer inseminada. Es una práctica bastante común en mujeres solteras cuando no desean tener relaciones sexuales con ningún hombre; se dice que es una fecundación artificial heteróloga en atención a que la clasificación fue hecha tomando como punto de referencia el matrimonio y, al no existir éste por exclusión se considera heteróloga. En el caso de éste tipo de personas deberá hablarse con ellas sobre la repercusión potencial de volverse madres solteras y de la necesidad de decir quién es el padre de ese niño, se debe considerar sólo aspectos psicósociales del caso.

⁽⁷⁵⁾ Gutiérrez y González, E. Ob. cit. p. 258.

La inseminación heteróloga (ITD) o inseminación con semen de otro hombre que no es el marido y que generalmente es anónimo puede revestir dos subclases:

- 1.- En mujeres casadas o en concubinas, y
- 2.- En mujeres solteras que desean ser madres.

Una vez establecida la esterilidad en las parejas por parte de alguno de ellos, se establecerá cual será la solución al problema. Si se da el caso que sea el varón el que esté impedido para procrear, la solución será el empleo de la inseminación artificial heteróloga, la cual consiste en fecundar a la mujer con el esperma de un donador, para esto es necesario que se seleccione al donador bajo un estricto control debe ser una persona sana, fecunda, emocionalmente estable y sin alteraciones congénitas. Se deben considerar que coincidan grandes rasgos físicos entre el padre biológico y los padres según la ley, su tipo sanguíneo debe ser compatible con el de la mujer y no debe haber antecedentes de enfermedades venéreas, uso de drogas o ingestión importante de alcohol. En la actualidad en los donadores de semen se investigan por VIH (de síndrome de inmunodeficiencia adquirida SIDA), hepatitis B, hepatitis C, sífilis, gonorrea, citomegalovirus, las cuales se pueden transmitir mediante el semen. Por lo mismo, todas las mujeres se someten a cuarentena durante seis meses y se investiga al donador una vez más en busca de presencia de VIH antes de su empleo. Por otro lado, los donadores deben tener menos de 55 años, por último una mujer perteneciente al grupo sanguíneo O no debe recibir semen de un donador perteneciente del grupo sanguíneo A o B.

Lo más correcto sería hablar de inseminación artificial-donante (AID), porque el semen procede de una persona ajena. Sin embargo, la terminología de INSEMINACION HETEROLOGA se ha impuesto en la doctrina Latinoamérina. Es una técnica sencilla, por lo general el sitio de inseminación es el cuello uterino y el volumen de semen empleado varía de 0.25 ml. A 0.5 ml. El cual es introducido mediante una cánula de plástico en el canal cervical o en la cavidad uterina durante el período fértil de la mujer. Se recurre a este tipo de inseminación a causa de esterilidad conyugal. El médico debe asegurarse que la esterilidad sea incurable y no sólo de índole

pasajero, en ningún caso debe convertirse en un método terapéutico médico de uso habitual. "Se recomienda generalmente cuando el hombre tiene una causa irreversible de esterilidad como azoospermia ideopática y obstructiva, oligospermia ideopática, o por una enfermedad genética o difusión eyaculatoria (cirugía traumática o lesión de la médula espinal); también en caso de mujeres muy sencibles al antígeno RH." (76)

Ahora bien, dada la presencia del elemento externo que es donado en la inseminación artificial heteróloga, existe la inseminación artificial combinada o mixta. En esta categoría se hace la mezcla de espermias de dos o más personas, usualmente del marido o del cónyuge de la mujer que va a ser inseminada y de uno o varios donantes. (77) La inseminación artificial combinada o mixta, no es más que una variante de la heteróloga, lo realmente importante de esta modalidad es la figura del donante.

Finalmente, es importante mencionar que la identidad entre el donador del semen y el matrimonio que lo emplea debe matenense en el anonimato absoluto.

3.4.3. INSEMINACION ARTIFICIAL POST-MORTEM.

Para hablar de inseminación o fecundación homóloga practicada después del fallecimiento del marido es necesario que haya existido del marido y, que el material genético provenga del cónyuge premuerto. Para el autor Serrano Alonso, la expresión de fecundación post mortem "debe limitarse al supuesto de que la mujer viuda sea inseminada con semen del marido fallecido, o implantación del embrión fecundado con semen de éste. (78) Sin embargo, la inseminación post-mortem, se restringe a la sola utilización del semen del marido fallecido y cuando la mujer desea ser inseminada por

(76) Dr. W. Jones, Howark, Dr. Colston Wontz, Anne, Dr. Lonnie S. Tratado de Ginecología de Novak. 11a. Edic. Ed. Interamericana. México, 1991. p. 247.

(77) Soto Lamadrid, M.A. Ob. cit. pp. 22 y 23.

(78) Cit. por Soto Lamadrid, M.A. Ob. cit. p. 23.

quedar sola; es decir, sin descendencia, ya que éste dejó su información genética en uno de los llamados Bancos de Semen. Ante este hecho se han dado casos en que los enfermos prefieren retardar su tratamiento que era su esperanza de curación hasta estar seguros de haber dejado en el Banco de Semen un esperma de buena calidad, y su utilización estará destinada a dar un hijo a su viuda.

Por consiguiente, ¿es previsible que la viuda pueda disponer del esperma del que fue su marido?. Este problema ya sea a planteado en Francia en donde los Centros de Inseminación Artificial han recibido solicitudes en este sentido y que no han sido rechazadas terminantemente; pero se le hace esperar diciéndoseles que su problema requiere de una reflexión y que vuelvan unas semanas más tarde.

En la inseminación post-mortem, dado que el avance tecnológico permite congelar el líquido seminal para ser utilizado tiempo después de haberse obtenido la muestra, se crea la posibilidad de que tras la muerte del marido la esposa solicite ser fecundada con el semen congelado de aquél. Como su nombre lo indica esta técnica se lleva a cabo con posterioridad a la muerte del marido. El simple planteamiento de esta clase de fecundación nos hace pensar en toda la problemática jurídica que trae consigo dicha técnica, y no sólo por eso. Sino al igual que en los otros tipos de concepción con ayuda médica se pueden presentar muchos problemas en materia de paternidad y filiación, así como en su relación con la sucesión legítima. Resulta entonces, que la filiación post-mortem ocurre después de los trescientos días del fallecimiento de aquél que fue el cónyuge, cuando ya no opera la presunción de filiación matrimonial.

La legislación española por el contrario a la realidad de nuestro país la permite, pero sólo bajo ciertas circunstancias y requisitos, entre los que se encuentran: la manifestación de la voluntad del titular y que la inseminación se realice dentro de los seis meses posteriores a la muerte del esposo. En Francia no se ha legislado al respecto, sin embargo, es famoso el caso Parplaix en el que después de un largo y complicado proceso se resolvió en el sentido de que se practicara la inseminación artificial a Corinee Parplaix con el semen del que había sido su marido ya para entonces para

entonces muerto. Son tantas las dudas que deben resolverse con relación a la práctica de la Inseminación Post Mortem, por lo que la mayoría de las legislaciones no la han regulado debido sobre todo al temor de dejar sin protección al menor así concebido. De practicarse tendríamos una paternidad genética, pero, jurídicamente el hijo sería considerado como habido fuera de matrimonio y no tendría derechos.

3.3.4. IN VITRO.

La fecundación IN VITRO es la unión de un óvulo y de un espermatozoide por medio de técnicas de laboratorio, que se practican fuera del cuerpo humano y que tendrá como finalidad el principio de la gestación de un ser humano. Es un método distinto al natural para introducir el espermatozoide en el interior de los órganos genitales femeninos. Es otra de las técnicas de reproducción asistida, que requiere de hospitalización de la paciente así como de un mayor costo, por lo que se recurre a ésta en casos extremos, en la cual la inseminación fuera del claustro materno, al igual que la inseminación básica esta técnica de reproducción puede ser homóloga o heteróloga. Resulta que la concepción "IN VITRO" ya no se realiza dentro de la mujer sino en el exterior con uso de las probetas. Se trata de crear un ambiente artificial pero semejante al natural.

"La fecundación artificial in vitro o bebé de probeta es una técnica mediante la cual se provoca el encuentro del óvulo de la madre fuera de su cuerpo con el espermatozoide del padre." (79) Se dice que la fecundación in vitro consiste básicamente en reproducir con técnicas de laboratorio el proceso de fecundación del óvulo que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de falopio cuando obstáculos insuperables impiden que este fenómeno se realice. Es lógicamente más compleja y costosa que la inseminación

(79) Sarate Canales, Macgregor. Departamento de Ginecología, Endocrinología del Hospital de Ginecología y Obstetricia. No. 1. Instituto Mexicano del Seguro Social. Facultad de Medicina. UNAM. La Prensa Médica Mexicana. México, 1980. p. 108.

artificial básica, requiere de una tecnología altamente sofisticada y la presencia de un equipo biomédico de gran especialización en este campo. “Este método consiste en la fecundación de ovocitos humanos en el laboratorio transfiriendo posteriormente los embriones al útero materno.”⁽⁸⁰⁾

En otras palabras puede definirse como la fecundación del óvulo en el laboratorio – fuera del útero – y una vez logrado ello e iniciado el proceso de evolución del embrión es transferido al útero para que ahí continúe su desarrollo. Da lugar a los llamados bebés de probetas. Es la fecundación extracorpórea de óvulo, ya que este proceso ocurre normalmente en las trompas de falopio, pero en el caso que nos ocupa acontece en el laboratorio; en sentido, la llamada fecundación IN VITRO consiste en remover el óvulo del ovario, fecundarlo en laboratorio y colocar a continuación el embrión resultante dentro del útero, el cual ésta en condiciones de alojar el huevo o cigoto para que se den los procesos normales de crecimiento y dar lugar a nuevo ser.

Desde el primer nacimiento a través de la fecundación In Vitro (FIV) en 1878, fecha en que nació Louise Brown en el Hospital General de Oldham, Inglaterra, conocida como el primer “bebé de probeta”, esta técnica se ha vuelto valiosísima para el tratamiento de la infertilidad que no puede ser solucionada por otro medio. Recurriéndose a ella en casos extremos de infertilidad femenina.

La técnica de fecundación “IN VITRO” (FIV) se desarrolla en tres pasos:

1. En primer lugar en la obtención de óvulo u óvulos, extrayéndolos de la cavidad abdominal (propiamente hablando se trata de ovocitos próximos a su maduración). En la actualidad se somete a la mujer a un tratamiento hormonal a través de la administración de gonodotropina exógenas para producir varios óvulos por lo menos tres óvulos maduros para posteriormente proceder a la extracción de éstos cuando han llegado a la madurez mediante una la parascopía (una larga aguja es guiada por un aparato óptico introducido en la cavidad abdominal, la cual aspira el contenido folicular es transferido al laboratorio), con lo que se contempla la primera parte.

⁽⁸⁰⁾ González Merlo, J. Ginecología. 5ª Edic. Ed. Salvat. Barcelona, 1988. p. 157.

2. La fecundación in vitro propiamente dicha; es decir, la puesta en contacto del óvulo con los espermatozoides y consecuentemente el logro de la fecundación. En la segunda etapa se obtiene la muestra de semen, ya sea del marido o de un donador, y mientras los óvulos completan su maduración el semen es centrifugado y lavado para aislar los espermatozoides. Después de 12 a 24 horas de la laparoscopia se realiza la fecundación múltiple, el cultivo se desarrolla en la oscuridad (como ocurre en el vientre materno) y cuando el huevo tiene de 4 a 8 células, es decir, de 2 a 3 días termina la segunda etapa e inicia la tercera con el traslado para su incubación.
3. La tercera etapa inicia con el traslado de la paciente al quirófano para que le sea efectuada la transferencia del embrión al interior del útero, para que ahí se realice el proceso de anidación o implantación y continúe el desarrollo embrionario, previa prescripción de progesterona para disminuir el riesgo de aborto. El resto del embarazo continuará su curso normal.

Como se dijo la inseminación puede ser homóloga y heteróloga, por lo tanto la fecundación extracorpórea puede realizarse con gametos del varón y la mujer que desean procrear como pareja – como cónyuges o concubinos – o, con gametos de personas extrañas a la relación de parejas quienes hacen donaciones de los mismos. Esto también sucede en el caso de mujer soltera que desea concebir sin tener relaciones sexuales. En el primer caso estaremos frente a una fecundación homóloga y en el segundo frente a la fecundación heteróloga.

Normalmente la fecundación in vitro está dirigida a corregir la infertilidad femenina como obstrucción de las trompas de Falopio, lesiones tubaricas irreversibles o falta de trompas de Falopio, salpingopatía o cuando la mujer tiene anticuerpos cervicales aglutinantes o inmovilizantes contra los espermatozoides; pero también puede solucionar algunos casos de esterilidad masculina como en el caso de diagnóstico de oligospermia, astenospermia, teratospermia y espermatozoides recubiertos de anticuerpos. Y cuando ha fallado la inseminación con semen del donante o del esposo. En conclusión, la inseminación artificial “IN VITRO” es la extracción del óvulo de las

trompas de Falopio para ser fertilizado en laboratorio con semen ya sea del esposo o de un donante quedando el embrión en un hábitat adecuado – similar al vientre materno – para luego ser implantado en el útero y continuar ahí su desarrollo natural hasta su nacimiento.

3.4.5. ALQUILER DE VIENTRE.

En cuanto a maternidad sustituta o subrogada o alquiler de vientre se debe entender como tal:

“a) La realizada por una mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de donadores con el compromiso de entregar al niño inmediatamente después de su nacimiento, a quienes han encargado la gestación, y

b) La efectuada por una mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio fecundado mediante la inseminación con el esperma de un hombre diverso del marido, con el compromiso de entregar al hijo después de nacer a quien ha encargado o contratado la gestación.”⁽⁸¹⁾

Para recurrir al arrendamiento de útero es necesario que la mujer tenga problemas de infertilidad, en la incapacidad de ella para retener y sobrellevar la gestación del embrión, entonces podrá recurrirse a fin de sustituir esa función aportando la pareja el material genético. Y en el mejor de los casos, cuando la esterilidad de la mujer sea absoluta (esterilidad sumada a infertilidad), la maternidad subrogada se dará con la aportación del óvulo y vientre por parte de otra mujer, usando espermatozoides del marido de la esposa estéril para inseminar a la subrogación, como se ha dicho antes de

⁽⁸¹⁾ Castro Murillo, Juan de la Cruz y Ventura Mejía, José Luis. Revista Mexicana de Justicia. No. 4. Vol. VIII. Octubre-Diciembre, 1990. p. 61.

dar una posible solución al problema se debe hacer una evaluación completa de la pareja y agotar todos los recursos médicos para lograr un embarazo. Luego entonces, surge como una solución cuando la esterilidad no puede ser resuelta por vía quirúrgica o a través de tratamientos farmacológicos.

En pocas palabras la maternidad subrogada o gestación por cuenta de otro, se da cuando el embrión de una pareja sea implantado en el útero de otra mujer, quien llevará el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de esa pareja.

Generalmente el “Alquiler de Ventre, “Maternidad Subrogada”, “Arrendamiento de Utero” y “Gestación por Cuenta de Otro”, se les considera como sinónimos. Ahora bien, cuando una mujer no puede o no quiere gestar al hijo (para evitar las molestias del embarazo), es posible que su óvulo fecundado sea implantado en el útero de otra mujer, quién tras la evolución natural la parirá y entregará a la pareja que contrato su servicio. Es la posibilidad de subrogar en otra mujer la función de gestar y, cuando la infertilidad se una a la esterilidad, cabe también recurrir a la donación del óvulo y a la prestación del vientre para concebir y gestar a través de otra.

La maternidad subrogada en un principio es igual que la fecundación In Vitro, pero con la diferencia que el implante del embrión se hará en una mujer que alquila su útero, pues la fecundación se lleva a cabo fuera del cuerpo de la mujer para luego ser implantado el óvulo ya fecundado en una mujer ajena a la relación, la cual no es la esposa del hombre que aportó los espermatozoides pero que también puede ser la misma que aporte el óvulo. Todo esto en atención a que el óvulo fecundado debe alojarse en el lugar idóneo para que el producto llegue a término de su gestación y por consiguiente, nazca un nuevo ser, lo que no siempre es posible, por ello se ha dado origen esta figura de “MATERNIDAD SUBROGADA”. Esta hipótesis supone un convenio de alquiler de vientre para engendrar un nuevo ser y entregarlo a un tercero; consiste en cambiar una suma de dinero para dejarse fecundar, llevar la gestación, dar a luz y entregar el producto; es decir, desarrollar las funciones biológicas de gestación de un embrión hasta

su nacimiento a favor de otra persona que es beneficiada. La segunda mujer deberá entregar al niño a la primera.

En la maternidad subrogada – dice Gutiérrez y González – resulta una situación realmente difícil en el plano jurídico, ya que este tipo de procreación supone dos actos teóricamente separados entre sí:

- a) El contrato con una mujer que proporciona el vientre hasta el momento del nacimiento, y
- b) Entrega del niño a la pareja cuya mujer es estéril.⁽⁸²⁾

Ciertamente, la pareja que recurre a este tipo de inseminación firma un contrato en el cual se compromete a pagar los gastos ocasionados con motivo del embarazo de la mujer contratada y una retribución económica a dicha mujer; también se compromete a aceptar la responsabilidad que implica ser padres y a no conocer la identidad de la madre subrogada, mientras esta última se obliga a seguir las indicaciones médicas del programa de inseminación; asimismo, renuncia a sus derechos que tiene sobre el recién nacido y se compromete a no conocer la identidad de la pareja que contrato sus servicios así como a entregar al niño.

Lo cierto es que, en la actualidad aun no se ha logrado a pesar de todos los adelantos en materia de fecundación con ayuda médica sustituir a la mujer en la función de llevar la gestación del producto hasta término, y al no lograrse dicha sustitución la solución al problema de fecundidad femenina es la de buscar que una mujer realice la función que ella no puede realizar, sea en calidad de préstamo, arrendamiento o cualquier otro concepto.

Por último, esta práctica tiene verificativo en los Estados Unidos de Norteamérica, en donde existen agencias especializadas en la realización de contratos de arrendamiento de vientre o maternidad subrogada. Por otro lado, la Ley Española de

(82) Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 5ª. Edic. Ed. Cajica, Puebla, 1974. p. 15.

noviembre de 1988 la admite basando su práctica en razones de solidaridad o de afecto por la pareja que pese a sus esfuerzos no ha logrado concebir un hijo.

3.4.6. TELEINSEMINACION.

Se tiene antecedentes que la técnica de TELEINSEMINACION se empezó a practicar a partir de la Guerra de Corea, continuando se uso en la Guerra de Vietnam. La cual consiste en la conservación del eyaculado del varón a través de congelación de espermatozoides.

Dicha práctica se llevó a cabo en soldados de los Estados Unidos de Norteamérica, con el fin de preservar la especie, cuando los soldados eran enviados a una batalla y existía el temor de no regresar a sus casas, por consiguiente solicitaban a la persona indicada para ello se les extrajera semen el cual era congelado y enviado a su país, para que de ese modo sus esposas posteriormente a su muerte fueren inseminadas y de esa forma se pudiera preservar su descendencia.

Tal y como lo establece el maestro Ernesto Gutiérrez y González, al analizar este tipo de inseminación viene a nuestra mente un problema jurídico, que se presenta a la par de esta práctica “la atribución de la paternidad”. A reserva de que más adelante nos ocuparemos de las consecuencias jurídicas, por el momento solamente señalaremos que de acuerdo al artículo 324, fracción II del Código Civil vigente para el Distrito Federal, se establece que serán considerados como hijos de matrimonio los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, lógicamente en el caso de la teleinseminación no estaremos hablando de que el matrimonio se haya terminado o se haya disuelto, pero sí estaremos ante la presencia de la separación corporal de los cónyuges o concubinos según sea el caso, y por consiguiente, en esta hipótesis no se da el acceso carnal entre la pareja.

3.4.7. DONACION DE GAMETOS.

En comparación con los regímenes de transferencia estándar de fecundación In Vitro ala trompa de falopio, pueden imitarse mejor los procesos reproductivos fisiológicos a través de la Donación de Gametos a la que también se le llama Transferencia de Gametos (TIFG). Esta técnica utiliza el microambiente tubario como punto inicial de contacto, es semejante a la fecundación in vitro y se emplea en pacientes que tienen trompas uterinas permeables; consiste en mezclar óvulos y espermatozoides para después colocarlos en la trompa uterina, sitio en el que ocurre la fecundación normal.

Como ya se ha venido mencionando a cada problema de esterilidad se le trata de encontrar una posible solución, atendiendo a esto se ha presentado una opción más la Donación de Gametos.

Recientemente se empezó a emplear el método de Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG o GIFT, por sus siglas en inglés), técnica que fue ideada por el médico argentino Asch y, que consiste en captar los óvulos de la mujer por medio de laparoscopia y al mismo tiempo el esperma, en la misma operación se colocan ambos gametos en una cánula especial y se los introduce en cada una de las trompas de falopio, lugar donde se produce naturalmente la fertilización. Si todo transcurre normalmente los espermatozoides penetran en uno o más óvulos formándose el embrión, él descenderá de las trompas hacia el útero deforma tal que la concepción se producirá íntegramente en el cuerpo de la mujer. ⁽⁸³⁾ es una técnica de carácter más fisiológica que la fecundación In Vitro (FIV), ya que la fertilización ocurre en vivo, no se necesita de ninguna técnica de cultivo ni transferencia de embriones.

Las indicaciones más comunes que han motivado la práctica de este tratamiento son: incapacidad del hombre o de la mujer de producir sus propias células germinales,

⁽⁸³⁾ Soto Lamadrid, M.A. Ob. cit. p. 30.

esterilidad de origen desconocido, así como en el caso de esterilidad masculina como problemas en la cantidad de los espermatozoides.

Las pacientes seleccionadas para la TIG que no logran concebir deben valorarse para determinar su capacidad de fecundación, las pacientes consideradas candidatas deben contar con trompas de falopio funcionales, ⁽⁸⁴⁾ único requisito para que esta técnica tenga buenos resultados y al igual que las otras técnicas de inseminación con ayuda médica fue creada como terapéutica de la esterilidad, que entraña mejores resultados en casos de infertilidad por factor masculino, es un procedimiento costoso y que además respeta al máximo el proceso natural de la concepción.

En resumen, consiste en la introducción de los gametos en el interior de las trompas de falopio donde se producirá la fecundación y, a diferencia de la fecundación In Vitro permite que la fertilización se efectúe en la propia trompa de facilitando su posterior implantación en el útero, para logra la fertilización, desarrollo y alumbramiento natural.

3.4.6. CLONACION.

La clonación de manera general es un a forma de reproducción en los seres vivos, a partir de alguna célula o fragmento de organismo que en condiciones adecuadas darán origen a una célula o hasta un individuo idéntico del que procedieron. La clonación en el caso de los seres humanos es aquella fecundación que se obtiene retirando el núcleo de un óvulo no fecundado para ser sustituido por el núcleo de una célula asexual de un organismo adulto desarrollándose este óvulo como si hubiese sido fecundado por un espermatozoide y que dará lugar a un ser idéntico al que aportó la célula.

⁽⁸⁴⁾ S. Berek, Jonathan, A. Hillard, Paula, Y. Adashi, Eli. Ginecología de Novak. 12ª. Edic. Ed. Mc Graw, Hill Interamericana, México, 1997. p. 950.

Se denomina clonaje al "conjunto de técnicas genéticas usado para obtener copias exactas de un individuo. Se produce por la implantación de un núcleo de una de las células del individuo en un óvulo, al que hemos desprovisto previamente de su propio núcleo." (85)

El maestro Gutiérrez y González considera que "clonación o clonificación es la reproducción asexuada y que se obtiene: A.- DE DESARROLLAR UN GRUPO DE CELULAS U ORGANISMOS IDENTICOS, O UN SOLO MIEMBRO DE DICHO GRUPO, PROGRAMADOS A PARTIR DE UNA MISMA CELULA CORPORAL (CASO DE LA "RAMITA" O "PIECITO", O B.- LA FECUNDACION QUE SE OBTIENE RETIRANDO EL NUCLE DEL OVULO DE UN ORGANISMO ADULTO, MASCULINO O FEMNENINO DESARROLLANDOSE ESTE OVULO COMO SI HUBIERA SIDO FECUNDADO POR UN ESPERMA, DANDO LUGAR A UN SER IDENTICO AL QUE APORTO LA CELULA." (86)

Ahora bien, la raíz de la palabra clonación proviene del vocablo griego KLON, cuyas diversas acepciones significan "ramita", "estaca", "esqueje" o "multitud". La clonación se entiende como el método que, partiendo de la manipulación químico-celular, nos permite obtener individuos idénticos a partir de un solo sujeto. Esta posibilidad quedó demostrada en los sesenta por el biólogo Británico Gurdon, al eliminar el genoma de los gametos femeninos (óvulo) e introducir al interior el genoma de otras células no germinales de un animal de cualquier edad o fase de desarrollo. La historia de la clonación no es muy antigua, se remonta a pocas décadas atrás, así tenemos que:

- En 1952, los doctores Robert Briggs y Thomas J. King del Instituto para la investigación del cáncer de Filadelfia obtienen un clon de embriones de renacuajos.

(85) Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar Presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la UNAM. Primera Coedición. Ed. Editor. México, 1996. p. 28.

(86) Gutiérrez y González, E. Ob. cit. p. 281.

- En 1961, J. B. Guidon zoólogo de Oxford, obtiene un grupo de ranas clonificadas, a partir de una célula de rana.
- En 1978, David M. Rovik, sostiene que logró obtener un niño de un magnate americano utilizando para ello útero de una mujer polinesa.
- El 13 de octubre de 1993, científicos estadounidenses anunciaron por primera vez en el mundo que se había realizado la primera "clonación" de un embrión, en el Congreso de Fertilización que se realizó en Montreal, Canadá.

Por lo que hace al procedimiento, se necesita tener una célula, obtenida esa célula se procede a extraerle el núcleo; se toma simultáneamente otra célula no sexual, a la cual se le extrae igualmente el núcleo, y este núcleo de la célula no sexual se coloca en el sitio del núcleo de la célula sexual. Una vez que ha sido clonificada la célula fecundada, se implanta en el útero para que ahí continúe su desarrollo como si hubiera sido fecundado in vitro, dando lugar al nacimiento de un ser idéntico a aquél del cual se tomó el núcleo de la célula no sexual. Requiriéndose la existencia de una sola persona, por lo que en las parejas en las que existen problemas de fecundidad dicha técnica representa una magnífica opción y sin la necesidad de recurrir a un tercero ajeno a la pareja.

En este terreno Australia y Gran Bretaña, tienen probablemente las técnicas más avanzadas que podrían permitir crear clones humanos; asimismo, estos dos países sentaron importantes bases que pueden servir de modelos en la regulación de la clonificación.

Por último, considero que ésta forma de reproducir al ser humano si se permitiera, traería con ello graves consecuencias de identidad entre las personas que así fueran concebidas y con aquéllas de donde se originaron.

3.4.9. DONACION O TRANSFERENCIA DE EMBRIONES.

Actualmente han surgido nuevas técnicas de colocación de gametos y de embriones en el útero y en las trompas de falopio, que ofrecen grandes ventajas bien definidas en comparación con los primeros métodos de inseminación artificial, ya que estas no requieren de anestesia general ni de ninguna intervención quirúrgica. Las sondas son colocadas en las trompas de falopio con precisión táctil, siendo una de esas nuevas técnicas la "Transferencia Túbular de Embriones".

La Transferencia de embriones forma parte de la llamada fecundación "In Vitro", que consiste básicamente en la implantación de un embrión en el útero: es decir, de un huevo fecundado dentro del útero sano de una mujer que no puede aportar su propio gameto por padecer de algún problema en los ovarios o por alguna malformación de éstos, o bien, porque ni ella ni él pueden tener hijos viables con sus propios gametos y, por lo tanto, requieran la donación de un embrión. ⁽⁸⁷⁾ El embrión se implanta en el útero hasta alcanzar su desarrollo completo y termina en el nacimiento. Es la posibilidad de concebir extrauterinamente y obtener un embrión que posteriormente será implantado en condiciones biofisiológicas para continuar su desarrollo fetal ulterior. Lo único artificial en esta clase es el medio donde se realiza la fecundación. Cabe señalar que el empleo de este tratamiento requiere de técnicas muy avanzadas y de personal altamente capacitado, debe realizarse de la manera más delicada posible, pues el embrión es introducido a la trompa de falopio por vía cervical/uterina a través de una sonda previamente colocada con ayuda de ultrasonografía.

En fin existe una serie de procedimientos de fecundación de reciente creación y, recientemente se empezó a aplicar otros de ellos denominado Transferencia Intratubárica de Cigotos (ZIFT), que consiste en una combinación de FIV (fecundación IN VITRO) y de la GIFT (Transferencia de Gametos). La cual se realiza practicando la fecundación in vitro y los embriones obtenidos son transferidos directamente a la trompa de falopio, no al útero, utilizando el mismo mecanismo del GIFT, aquí el

⁽⁸⁷⁾ S. Berek, J. Ob. cit. p. 950.

embrión recorre parte del tracto tubárico lo que permite el crecimiento necesario antes de caer en la matriz y lograr su anidación. El cigoto es la primera célula del nuevo organismo y resulta de la fusión entre óvulo y espermatozoide. Los óvulos capturados son fecundados y cultivados durante la noche para luego transferir a los embriones en etapa de cigoto al interior de las trompas por vía parascópica 24 horas después de la captura de los óvulos, es una técnica similar a la de GIFT. Siendo el primer informe de un embarazo logrado por transferencia intratubárica de cigotos (ZIFG) el publicado por el Devroey y colaboradores en 1986. Este procedimiento se aplica a casos de infertilidad masculina por falta de cantidad o movilidad de los espermatozoides o para tratar factores inmunológicos (anticuerpos que atentan contra la vida del espermatozoide).

Para aplicar este nuevo método, es necesario que las trompas de falopio no se encuentren obstruidas, y que la mujer no sufre ninguna anomalía orgánica o funcional. ⁽⁸⁸⁾ Ya que los cigotos se colocan precisamente en el lugar donde se lleva la fecundación natural, así el embrión obtenido se transfiere a la mujer infértil, quien lo llevara en su vientre hasta el término normal de su gestación, dando a luz a un niño.

Además de las formas antes indicadas tenemos también las Transferencia de Embriones en la etapa pronuclear (PROST), que tiene la ventaja de minimizar su exposición a las condiciones de laboratorio. Se recomienda en casos graves de oligospermia y astenospermia, cuando la mujer tiene anticuerpos antiespermáticos o en caso de falla continua de la transferencia de gametos (GIFT) y en caso de esterilidad desconocida. ⁽⁸⁹⁾ Finalmente, encontramos la transferencia de embriones en proceso de división (TEST) a las trompas de falopio con una técnica similar a la GIFT.

En síntesis y de manera general las indicaciones para la donación de embriones o transferencia de embriones, incluyen la esterilidad tanto del hombre como de la mujer y

⁽⁸⁸⁾ Soto Lamadrid, M.A. Ob. cit. p. 42.

⁽⁸⁹⁾ Adelantos Recientes en Materia de Concepción Ayuda Médica. Organización Mundial de la Salud. Ob. cit. p. 23.

perdida repetida del producto del embarazo en sus primeras etapas, incluso fallas continuas de la concepción con ayuda médica. Sólo en diez países se permite donar embriones y, no existen datos sobre la situación mundial, siendo su aplicación más limitada que las de las otras técnicas de reproducción asistida.

3.5. REQUISITOS PARA LLEVAR A CABO INSEMINACION ARTIFICIAL.

Siendo la inseminación artificial una práctica frecuente para resolver problemas de infertilidad en la pareja (ya sean cónyuges o concubinos), causadas por razones de diversa índole o, como ya se expresó, en el caso de mujer soltera que desean ser madres sin tener relaciones sexuales con varón. En atención a que las diversas técnicas de fecundación artificial en su mayoría fueron creadas como terapéuticas de la esterilidad se establecen ciertos requisitos para poder practicarse así tenemos:

A) De los cónyuges o concubinos.

Para la utilización de alguna de las técnicas de fecundación artificial, es necesario que las parejas conozcan el programa de inseminación, inicialmente deben recibir toda la información necesaria al respecto, se les informa que se trata de un tratamiento médico y se les da una descripción global de su costo.

Se les debe interrogar para valorar que tan preparada están para una inseminación artificial, pues en ocasiones la pareja necesita de tiempo, en otras de más información y en algunas ocasiones es necesario someterla a una valoración psicológica para

determinar su esterilidad como pareja, pero siempre se les pide la razón por la cual desean someterse a la práctica de un procedimiento inseminatorio. Por otro lado, se revisan sus antecedentes médicos y de fecundidad; asimismo, es muy importante que el marido esté consiente de su infertilidad y que no haya sido convencido por una esposa demasiado ansiosa de ser madre.

Como ya se ha dicho deben haberse utilizado todos los recursos médicos para diagnosticar y tratar las causas de infertilidad antes de acudir a la "Fecundación Artificial".

Por ende, en el supuesto de que se empleen gametos procedentes de un donador la pareja, es decir, el marido o esposo debe estar al tanto para evitar problemas futuros.

Pero lo más importante es sin duda, es que la fecundación asistida con ayuda médica es recomendada a aquellas parejas con algún problema de fecundidad pero siempre como último recurso en caso de esterilidad o infertilidad.

B) Desde el punto de vista médico.

Desde el punto de vista médico la fecundación asistida se aconseja cuando:

1. Por diagnóstico de esterilidad o infertilidad. ⁽⁹⁰⁾ Para la utilización de las técnicas de fecundación artificial, es necesario que la pareja o alguno de los miembros sea estéril o infértil. Tanto la esterilidad como la infertilidad deben probarse con la historia clínica, la cual deberá contener los antecedentes de enfermedades en la infancia y adolescencia, enfermedades de transmisión sexual o si existen antecedentes de anomalías genéticas, también deben practicarse exámenes de detección de enfermedades como la sífilis, hepatitis B y VIH. Se debe detallar en la

⁽⁹⁰⁾ Para determinar la esterilidad o infertilidad se ha tomado como término el de dos años en atención a que la esterilidad o la infertilidad sólo puede ser determinada después de 12 meses y de 2 años respectivamente, de exposición regular al coito sin uso de métodos anticonceptivos. A fin de dar confiabilidad a los diagnósticos y tratamientos de esterilidad o infertilidad.

historia clínica el problema y los tratamientos a los que se ha o han sometido en el supuesto de problemas de fecundación y no se logró la procreación intentándolo por lo menos durante dos años, será entonces cuando se recurra al médico o Institución para tratar el problema y en su caso practicar la "INSEMINACION ARTIFICIAL".

Ya que muchos de los obstáculos pueden ser superados a través de la cirugía o tratamientos farmacológicos, pero en los casos de esterilidad profunda o absoluta, no curable médicamente o quirúrgicamente se recurre a la Fecundación Asistida con Ayuda Médica como último recurso.

Ante tal realidad debe incluirse en la historia clínica todos y cada uno de los resultados de los tratamientos a que fue o fueron sometidos, así como los datos y el diagnóstico para corregir la esterilidad o infertilidad.

2. Cuando haya anomalías físicas en el esposo o en la esposa.
3. Cuando se reportan anomalías psicológicas.

Lograda la detección de la esterilidad las parejas podrán optar por alguna de las técnicas de reproducción asistida, y la prestación del servicio sólo podrá efectuarse en las clínicas que tenga la autorización para dicha práctica. En ningún caso debe convertirse su empleo en un método de uso habitual en virtud de que la fecundación con ayuda médica es un método terapéutico. Lo cierto es que, tanto en la inseminación a través del coito como en la inseminación artificial no hay garantía de embarazo y los riesgos, las anomalías fetales y las complicaciones obstétricas son las mismas.

C) Del Donador.

Tendremos la presencia del donador cuando uno o ambos cónyuges o miembros de la pareja en el concubinato, sean estériles y ésta no sea reparable. El donador puede ser de espermatozoide o de óvulo; en éste sentido, la donación de gametos tiene lugar cuando el varón o la mujer o, incluso ambos son estériles o existe el temor de transmitir alguna anomalía genética o por que la mujer desea ser madre soltera.

Los especialistas consideran que los donadores deben reunir ciertas características que serán básicamente las siguientes:

- a) En el caso de donador de semen, no se debe utilizar semen fresco por riesgo de adquirir alguna infección en particular del VIH (síndrome de inmuno deficiencia adquirida SIDA), por lo que se debe someter al donador a un período de cuarentena, esto con el fin de analizar la posibilidad de transmisión del VIH.

Se refiere a hombres casados y con hijos para estar seguros de su fertilidad y calidad descendencia, tener menos de 55 años y cuya fecundidad se haya comprobado recientemente.

- b) Si se trata de donación de óvulos los ovocitos deben ser maduros, sanos, y no debe existir antecedente de alguna infección sexual ni del VIH.
- c) Es preciso examinar a los donantes y receptoras para determinar su idoneidad, ya que una mujer RH negativo nunca debe recibir semen de un donador RH positivo, ni tampoco una mujer perteneciente al grupo O de un donador con grupo sanguíneo A o B. En consecuencia, debe haber compatibilidad de RH entre donador y receptor.
- d) Transmisión de enfermedades hereditarias. Como ya se indico el donador de gameto, ya sean femeninos o masculinos deben ser de una persona sana, sin enfermedades hereditarias o bien, que no tengan antecedentes de enfermedades que puedan transmitirse, por ello el donador deber ser sometido a un interrogatorio para descartar la existencia de trastornos cromosómicos o malformaciones congénitas.
- e) Selección de donantes: se deben excluir aquéllos que constituyan un riesgo para la receptora, así como las donadoras de ovocitos por causas de enfermedades de transmisión sexual o infección con el virus de inmuno deficiencia adquirida (VIH).
- f) Deben ser personas sanas y, no deben ser adictos a drogas y además no deben tener malos hábitos, como son, consumo de alcohol o enervantes que puedan afectar al embrión.

- g) El médico debe mantener en el anonimato tanto al donador como donadores de la pareja que contrato sus servicios, como la pareja de igual forma debe mantenerse en el anonimato respecto al donador.
- h) Igualmente se debe buscar la igualación fenotípica del donante con el receptor del semen u óvulo. En la mayoría de los programas de inseminación artificial se incluye la igualación fenotípica, como altura, color de piel, color de cabello, así como de ojos e igual grupo sanguíneo. En algunos de los casos se obtienen fotografías de los donantes. Pero lo más importante es la selección del grupo sanguíneo para que el bebé sea compatible con la madre receptora y evitar posibles complicaciones, debe procurarse que agrandes rasgos coincidan entre sí las características físicas del padre biológico y los padres no biológicos, es decir, los padres según la ley.
- i) Asimismo, debe contarse con el consentimiento tanto de la pareja como del donador para la práctica de la inseminación artificial.

En la inseminación artificial el elemento fundamental en la pareja es el consentimiento, la voluntad mutua para concebir un hijo por medio de alguna de las técnicas de reproducción asistida con ayuda médica. Este consentimiento es de gran importancia puesto que de no presentarse el médico o profesional no podrá efectuarla atendiendo a lo establecido por el artículo 466 de la Ley General de Salud vigente que a la letra dice:

“Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial se le aplicará prisión de uno o tres años, si no se produce 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.”

Lo mismo sucede en el caso del donador en donde es necesario el consentimiento de él para la utilización de sus células germinales. El consentimiento del donador debe ser otorgado por escrito, conforme a lo establecido por el artículo 324 del ordenamiento antes citado, que dice:

“Para efectuar la toma de órganos y tejidos se requiere el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario, libre de acción física o moral, otorgado ante notario o en documento expedido ante dos testigos idóneos y con las demás formalidades que al efecto señalen las disposiciones aplicables.”

CAPITULO IV.

**“LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN RELACION CON
LA FILIACION EN LA SUCESION LEGITIMA.”**

**4.1. CONSECUENCIAS JURIDICAS QUE SE PRODUCEN EN
MATERIA DE SUCESION LEGITIMA CON MOTIVO DE
LA INSEMINACION ARTIFICIAL.**

En México la práctica de la Inseminación Artificial crea serios problemas tanto en el campo del Derecho Civil como del Derecho Pena. ⁽⁹¹⁾ Pero por el momento sólo nos ocuparemos del “Derecho Civil”, el cual se ve afectado por con la práctica de este procedimiento de procreación artificial por traer consigo algunas implicaciones jurídicas. Se trata de un acto jurídico, originado a partir de la procreación llevada a cabo de manera artificial y no natural, lo cual debe ser tomado en cuenta por el Derecho ya que de ella se genera entre procreantes, procreado y terceras personas una serie de relaciones jurídicas recíprocas (derechos, deberes y obligaciones). Pues hoy día, ni la madre es siempre cierta ni el marido debe ser considerado necesariamente el padre. Lo cierto es que hoy día la fecundación científica es ya una realidad que pone en duda la maternidad llamémosle genética, de tal suerte que la mujer que pare no necesariamente es la madre genética del recién nacido y ¿Qué decir de la paternidad?.

⁽⁹¹⁾ Véase Soto Lamadrid Miguel A. en su libro Biogénita. filiación y delito (La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho). Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1990. Quien dedica gran parte de esta obra al problema que podría presentarse con la práctica de la Inseminación Artificial en Materia Penal.

Esta tecnología ha venido creando para la sociedad graves problemas, porque en la mayoría de los países no existe una legislación que se ocupe de regular el presente tema, y en México no ha sido la excepción. La omisión y la apatía por parte de nuestro aparato legislativo en materia de fecundación artificial humana pueden provocar controversias debido a la falta de actualización de nuestras leyes, pues nuestro Código Civil tiene normas insuficientes obsoletas. En vista que la INSEMINACION ARTIFICIAL HA DEJADO DE SER UNA FANTASIA U OTOPIA, para convertirse en toda una realidad la cual requiere de una regulación. Pues, los avances científicos y tecnológicos nos obligan necesariamente a revisar nuestras leyes, ya que dicha práctica ha abierto nuevos caminos para lograr la procreación los cuales cuestionan nuestras estructuras sociales; precisamente en cuanto a la paternidad y a la maternidad. El legislador debe actuar con rapidez frente a los cambios y necesidades de la sociedad, en virtud de que estos procedimientos inseminatorios han generado graves y difíciles cuestiones que afectan profundamente al régimen jurídico.

El progreso de la ciencia en el campo de la medicina específicamente en la genética ha marcado un gran avance en el ser humano; sin embargo, éste ha empezado a sentir sus efectos al encontrarse ante conflictos jurídicos no especificados en nuestras leyes actuales. Desde hace algunos años, figuran dentro de lo factible y no son mera ciencia-ficción, fenómenos como la fecundación in vitro, el arrendamiento de vientre o maternidad subrogada, la congelación de esperma para su posterior uso (incluso tras el fallecimiento de aquél a quien perteneció dicho esperma), la congelación de embriones y la reproducción clónica.⁽⁹²⁾

Lo importante es ver si el Derecho Civil se está viendo afectado por la práctica de alguna de las técnicas de fecundación asistida con ayuda médica, en especial en el Derecho Sucesorio, lo que nos interesa es determinar si el hijo concebido por estos medios tendrá derecho a la sucesión legítima del que fuera su padre. Esto obedece a que

⁽⁹²⁾ Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la UNAM. 1er. Edic. Ed. Cardenas Editor. México, 1996. pp 26 y 27.

en México se está practicando la Inseminación Artificial en Hospitales Privados y Públicos, como es el caso del Instituto Nacional de Perinatología, cuestión que no es del desconocimiento de la población.

Así tenemos que en el "Derecho Civil la inseminación artificial tiene consecuencias directas e indirectas sobre diversas instituciones:

- a) .- Consecuencias directas respecto de:
 - 1.- Matrimonio y divorcio.
 - 2.- Paternidad y filiación.
- b) .- Consecuencias indirectas, relación:
 - 1.- Derecho Sucesorio, en la sucesión legítima, y
 - 2.- Daño Moral."⁽⁹³⁾

Por el momento sólo me dedicaré a la sucesión legítima y, únicamente haré por ser indispensable al respecto de la paternidad y la filiación. Tradicionalmente la relación de filiación resultaba de la relación carnal del padre y la madre, era una filiación biológica. Ahora no sólo resulta de esa relación carnal. Por lo que se debe determinar la filiación de los nacidos con el auxilio de las nuevas técnicas de reproducción. Resulta que el procedimiento de inseminación artificial en seres humanos pone en peligro a la filiación, pues si bien, la maternidad es prueba con el sólo hecho del nacimiento, la paternidad por el contrario es un secreto de alcoba, de ahí que la ley establezca una serie de presunciones respecto de quiénes se deben considerar descendientes de matrimonio. Tales presunciones las encontramos en los artículos 324 y 325 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que disponen:

"ARTICULO 324. Se presumen hijos de los cónyuges:

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad de contrato, de muerte del marido o

⁽⁹³⁾ Gutiérrez y González, E. Ob. cit. p. 262.

de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados de los cónyuges por orden judicial.”

“ARTICULO 325. Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.”

Y ahora cabe preguntarse ¿en dónde queda ESTA PRESUNCIÓN ante la práctica de las técnicas de reproducción asistida?. Esta simple interrogante nos hace ver lo delicado del problema, y lo difícil que se torna el determinar si un descendiente es o no del marido o del concubino, entonces ¿cómo podrá un esposo o concubino, invocar la presunción del artículo 325 del código Civil?.

Ya que conforme a lo dispuesto por el artículo 324 del citado ordenamiento, la mujer casada tendrá el deber de relación sexual con su cónyuge, en el supuesto de que llegare a concebir, la deducción lógica, no es otra que la que el engendrador, es el marido. Entonces, “el aforismo” “mater semper...” y la presunción “pater is est...”, funciona eficazmente cuando los acontecimientos se desarrollan de modo normal. La mujer alumbró y el infante parido, sin duda, su hijo; el marido de la mujer fiel está cierto en cuanto a su paternidad;”⁽⁹⁴⁾ la filiación de padre se da en atención a que el padre del hijo es el marido de la madre de éste. La fidelidad supone exclusividad del débito conyugal, significa “ para el marido, no sólo el respeto a su derecho de exclusividad sexual, y a su protección de su honra, sino también la garantía de exclusividad procreacional, ya que hasta ahora la naturaleza no lo ha dotado de un dato parental casi incontrovertible, como es el fenómeno del parto por lo que toca a la mujer.”⁽⁹⁵⁾

⁽⁹⁴⁾ Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la UNAM. Ob. cit. p. 25.

⁽⁹⁵⁾ Soto Lamadrid, M.A. Ob. cit. p 452.

Pero entonces, ¿la inseminación artificial viola el deber de fidelidad, constituyendo un medio para defraudar la paternidad?

Así, dentro de los problemas jurídicos que se pueden presentar a consecuencia de la práctica de alguna técnica de fecundación asistida estarán los derechos de la madre y del padre con relación al producto de la concepción. Siendo la filiación la procedencia de los hijos respecto del padre y la madre, tendremos que la paternidad y la filiación no son sinónimos, pero se refiere a la misma relación humana. Desde un ángulo se contempla como paternidad, que afecta a padres y madres y, desde el otro como filiación, que hace referencia a los hijos e hijas, pero a aquélla que deriva de la relación biológica. En este sentido la filiación es la institución jurídica que determina los derechos y las obligaciones entre progenitor y descendiente, como lo es el derecho al apellido, a los alimentos y a la sucesión legítima. Pero, que pasa con la filiación originada con la reproducción asistida, ¿tendrán los mismos derechos y obligaciones los hijos así concebidos?. A la luz de nuestra actual legislación los conflictos que pudieran presentarse tendrán que resolverse con forme a las actuales leyes. Explicaré esto diciendo que en una fecundación homóloga tendremos una paternidad y una maternidad genética y por lo tanto corresponderán a una maternidad y paternidad jurídica. Sin embargo, las complicaciones surgen con la fecundación heteróloga con semen de donador y óvulo de la esposa, donde tendremos un padre jurídico y un padre genético y una madre tanto jurídica como genética; si la fecundación se realiza con óvulo y semen de donador, implantados en la esposa, tendremos un padre y una madre genéticos y un padre y una madre jurídicos. Pero si la fecundación se realiza con semen de marido y óvulo de una donadora implantados en la esposa, tendremos un padre que es a la vez genético y jurídico y una madre jurídica y una genética.

Por otro lado, siendo la sucesión mortis causa una forma de adquirir la propiedad surge de dos formas: 1.- Sucesión testamentaria o voluntaria y 2.- Sucesión legal o legítima (por disposición de la ley). Respecto a la primera no existe mayor problema, el problema radica en la sucesión legal que es la "sucesión en todos los bienes y en todos

los derechos y obligaciones pecuniarios de una que fue persona física, después de fallecer, por la o las personas que determina la ley, a falta de una manifestación testamentaria o voluntaria del que fue titular de los bienes, derechos y obligaciones;" (96) la cual se ve afectada. Y es que nuestro Código Civil resulta obsoleto ante tales adelantos, al no tener respuesta a los problemas que se presentarán con la aplicación de la reproducción artificial. Razón por la cual se deben establecer normas para dar solución a tales problemas.

Por consiguiente, partiendo del hecho que la capacidad para heredar es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, y ejercitarlos; tendremos que la capacidad puede ser de goce y de ejercicio, siendo la primera la aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones, y la segunda la aptitud jurídica para cumplir con las obligaciones. Así, el artículo 1602 del Código Civil, nos indica quienes tienen derecho a la sucesión legítima:

"Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

- I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635;
- II. A falta de los anteriores, la Beneficencia Pública."

De la lectura del citado ordenamiento se entiende que son llamados a heredar o a suceder al titular de la herencia, aquellas personas que estén unidas al de "cujus" por lazos de sangre a excepción de la adopción, lo que nos lleva a indicar que en la inseminación artificial se requiere de la formalidad del parentesco conforme a la ley. Por consiguiente, al no existir lazos de consanguinidad entre padres e hijos ¿quedarán éstos investidos con todos los derechos propios de un hijo biológico, tal y como lo

(96) Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa. 2ª. Edic. Ed. Porrúa. México, 1997. p. 298.

señala el artículo 389 del Código Civil vigente para el Distrito Federal?. Resulta entonces, que la filiación permite tener derechos y obligaciones entre progenitores y descendientes, entre los que encontramos al derecho sucesorio, el cual permite a los hijos aspirar a una porción hereditaria dentro de la sucesión mortis causa; pero que pasa con los hijos concebidos por algún procedimiento artificial, se podrá pedir la porción de la herencia, aunque no exista ningún lazo biológico entre hijo y autor de la herencia, ya que legalmente no se establece filiación legítima con el presunto padre, por no darse el supuesto necesario para tener derecho a la sucesión. Entonces, tendrá derecho a la parte proporcional de la herencia el hijo concebido por estas técnicas.

La problemática en torno al establecimiento de la filiación se debe al gran adelanto científico para lograr la reproducción humana fuera del proceso natural, y por ende sobre como opera la herencia. Siendo tantas las hipótesis a las que nos podemos referir dentro del derecho y en especial en el derecho sucesorio, el cual se está viendo afectado, a continuación expondremos algunos posibles problemas que podrán afectar a la figura de la SUCESION LEGITIMA ante la inseminación artificial. Si bien es cierto que nuestro derecho civil se basa en presunciones para establecer la filiación y que, por lo general responden a la relación genética entre hijo y padres, ahora ante los avances científicos en donde con las manipulaciones genéticas el ser humano es capaz de reproducirse sin la cópula crea la posibilidad de romper con el equilibrio natural al propiciarse la fecundación artificial. Lo realmente preocupante es resguardar los derechos del hijo nacido por estos medios para quedar como hijo legítimo de quien tal vez genéticamente no es hijo, y por tanto, no es su padre. Establecida la paternidad y la filiación ese hijo tendrá derechos a llevar los apellidos y sobre todo a recibir la porción hereditaria por ser descendiente del para entonces de "cujus", como lo establece el artículo 389 del Código Civil vigente. Ya que uno de los principios dentro de la relación paterno-filial es la existencia de un nexo biológico entre progenitores y descendiente; pues de ella nacen derechos y obligaciones recíprocas; dentro de esos derechos encontramos el derecho sucesorio, por el cual dentro de la sucesión legítima están los

familiares consanguíneos en línea recta, quienes ostentan el derecho de preferencia para suceder al de "cujus" y en este caso serán los descendientes directos; es decir, los o el hijo.

El profesor Manuel Chávez Ascencio, señala que serán diferentes las consecuencias que podrán crearse por motivo de la concepción artificial en el matrimonio dependiendo de si el elemento fecundante proviene de la pareja, si se efectúa con elemento masculino extraño, o si se efectúa con elemento femenino extraño; y por último, cuando ambos elementos son extraños pero implantados en la esposa. ⁽⁹⁷⁾

Una de esta hipótesis sería el caso en donde una mujer casada o unida en concubinato se haga inseminar porque su pareja esté imposibilitado para concebir. En el caso de la inseminación homóloga, en donde se ocupa el semen del cónyuge en virtud de que no le es posible fecundar a su pareja por alguna causa orgánica. En este caso no encontramos problema alguno apoyándonos en lo establecido por la ley, ya que existe congruencia entre los padres y el hijo. Existe parentesco consanguíneo. No existe problema pues nos encontramos ante la presencia del elemento genético de ambos cónyuges, por lo que los descendientes así concebidos son hijos de matrimonio.

El problema radica en lo referente a la fecundación artificial heteróloga por no tener el niño nacido por este medio filiación legalmente establecida, en atención a que la concepción con semen de un tercero, no existiendo nexo biológico. El marido no puede ser considerado como padre de esa criatura. Por consiguiente, ¿el hijo será de matrimonio?, ¿El hijo será atribuido al esposo de la madre?. Tendrá entonces derechos y obligaciones derivados de la paternidad; tomando en cuenta de que el supuesto padre no tuvo acceso carnal con su esposa dentro de los ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento. Aquí es en donde existe mayor problemática, debido a la falta de relaciones. Por existir discrepancia entre la paternidad legal y la genética, dando

⁽⁹⁷⁾ Chavéz Ascencio, Manuel F. La familia en el Derecho. Relaciones Jurídico Paterno-Filiales. 1ª. Edic. Ed. Porrúa. México, 1987. p. 43.

lugar a una serie de conclusiones, por haberse introducido un elemento extraño a la pareja. En el caso de que la esposa se heteroinsemine encontramos:

- 1) .- Puede ser con consentimiento de su esposo, y
- 2) .- Sin consentimiento de su esposo.

1) .- En esta hipótesis se podrá pensar que no existe dificultad, ya que su pareja admitió que su esposa se heteroinsemine, es decir, él está admitiendo que ese descendiente es suyo. No obstante, los descendientes de matrimonio para los efectos de la sucesión legítima se deben fundar en la idea de que tal descendientes producto de la unión carnal del marido y la esposa, lo que aquí no ha sucedido, pues el fruto es resultado de un semen extraño al esposo. En el caso de tener la presencia de un elemento extraño la invocación del artículo 324 del ordenamiento civil, no es suficiente para considerar al niño como descendiente de matrimonio, aún existiendo el consentimiento del esposo. Pero qué pasa con lo establecido por el artículo 389 del ordenamiento antes citado, que nos dice que basta el reconocimiento del hijo por parte del padre dando como resultado el nacimiento de derechos a favor de ese descendiente, pero en el caso de la heteroinseminación donde no existe relación biológica entre padre e hijo. Estaríamos en presencia de una contradicción del principio de consanguinidad en que se basa el artículo 324 del Código aludido, por existir el consentimiento de la pareja para la práctica de esa inseminación. Y si nos apegamos a nuestra actual legislación ese niño es considerado fuera de matrimonio, por tratarse de una situación no prevista.

¿Pero qué si el marido acepta?. Entonces se podrá impugnar la sucesión legítima de ese descendiente que no es genéticamente del ya para entonces autor de la herencia, por los que tengan legítimo interés en ella, fundándose en que ese hijo fue producto de una práctica contraria a las buenas costumbres, invocando el artículo 1830 del Código Civil en donde se determina que es ilícito lo que es contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres, y en ese caso pedir la nulidad de

la aceptación para que su esposa hubiere sido heteroinseminada, aceptación que sin duda implicó un acto convencional entre él y ella, y si se llegará a determinar esa nulidad daría como resultado que ese hijo lo es de ella más no del esposo, ya para entonces autor de la herencia.

Otro supuesto sería el hecho de que después de heteroinseminada la esposa y haber tenido así un descendiente y pasado un tiempo el marido supera la deficiencia que le impedía embarazar a su mujer. Se tendrá que la esposa tiene un descendiente que fue engendrado por el esposo, y que es por ley descendiente del esposo; sin embargo, tiene otro, este así, como se entiende por la ley civil únicamente de ella, es decir, tiene un pariente consanguíneo y otro no consanguíneo del padre. Este caso, en donde son hermanos uterinos, pero de diferente padre aunque a ambos se les considere de matrimonio, tendrán derecho a heredar por partes iguales como si fueran hermanos de padre y madre o ¿sólo se les deberá considerar para efectos de la herencia legítima como medios hermanos, como en realidad son, y heredar más el hermano de madre y padre, que sólo el de madre?. Podrá decirse que tiene preferencia el segundo descendiente por ser hijo de ambos, que el primero que fue concebido a través de una técnica de procreación artificial, y por consiguiente hijo únicamente de la madre. Estos son unos de los problemas que de presentarse quedarían sin respuesta.

En la inseminación heteróloga la mujer estará unida al hijo por ser una filiación biológica. Pero qué pasará pasará con el padre, el cual ha consentido dicha inseminación, que no es más que el deseo de asumir a un descendiente como propio. Dicha aceptación será la fuente creadora de un vínculo de filiación, con todas las consecuencias legales, entre ellas el derecho a heredar legítimamente, o no tendrá derecho a la sucesión de su padre. La pregunta sería ¿Será considerado como legítimo por haber sido registrado o reconocido por el padre?. Ya que en la actualidad nuestro Código Civil no reglamenta la Inseminación Artificial, ni menos

aún sus diversas técnicas. Por consiguiente, que dará al margen de la sucesión legítima del padre.

- 2) Pero en el caso de que se haga inseminar la esposa o concubina sin el consentimiento de la pareja, ya sea que éste se oponga por que ésta no se resigna a no tener hijos, por existir la posibilidad de lograr concebir gracias a la Fecundación Asistida.

Resulta que si la mujer se somete a la inseminación heteróloga sin autorización del marido infringe el deber conyugal de respeto. Pero ¿Serán respetables los motivos que él argumente para tal negativa?, ¿Será considerado como padre de esa criatura, ya que la madre obró sin su consentimiento, y todavía más sin la utilización del material genético de él, siendo el descendiente totalmente extraño en relación a él?. En este supuesto, el descendiente, no podrá aspirar a la herencia legítima del padre, siempre y cuando el esposo o concubino pruebe que ella **SE HETEROINSEMINO SIN SU AUTORIZACIÓN.**

Pero también puede pasar que no estando de acuerdo el esposo o concubino con la inseminación heteróloga y al no estar de acuerdo con esa filiación disponga de sus bienes por testamento, y no le deje bienes a ese "hijo"; sin embargo, existe la posibilidad de que la madre pida la inoficiosidad del testamento, siempre que ese hijo que se le atribuye como suyo sea menor de edad. Y entonces herede como descendiente directo.

Por otro lado, el empleo de la fecundación In Vitro, también crea problemas, pues tampoco hay norma que regule este procedimiento. Así cuando el óvulo provenga de la esposa y éste sea fecundado in vitro con espermatozoides del esposo, no hay ningún problema; pero que pasará si el semen proviene de un tercero -- inseminación in vitro heteróloga -- con o sin consentimiento de la pareja, entonces sí estaríamos en presencia de problemas. En obvio de repeticiones se estará en las mismas variantes que en la inseminación

artificial heteróloga. En especial cuando el material genético proviene de donadores, entonces ese hombre y esa mujer no podrán ser considerados como los progenitores. Ese hijo para ser considerado de matrimonio deberá estar previsto por nuestra legislación. Pero ¿Estará sujeto a las obligaciones y derechos de la paternidad?, ¿A quién tendrá derecho a heredar?. Resulta por lo tanto que las consecuencias son las mismas que en la inseminación heteróloga.

Ahora bien, que acontece respecto del donante o donantes, en atención al principio de la verdad biológica. ¿Podrá él o los donadores reclamar la paternidad de ese hijo?, ¿Podrá el hijo investigar la paternidad al enterarse de que fue concebido por medios artificiales?. En primer lugar el donador al donar sus gametos estará renunciando a la paternidad de ese hijo, al no existir ninguna relación biológica entre el hijo y el marido de la madre.

Suponiendo que se efectuará la hipótesis antes indicada, con forme al artículo 382, fracción IV del Código Civil vigente, cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre, en este caso, dicho principio puede ser el testimonio del médico y del personal que participo en el procedimiento, para poder ser declarado como padre con todas sus consecuencias jurídicas derivadas de dicha filiación. Esto en atención a que en nuestro país no existe legislación alguna que proteja el anonimato del donador de semen, y por lo tanto, lo libere de dichas obligaciones y derechos, siendo ésta otro de las lagunas jurídicas.

Pero qué pasaría en el supuesto en que ambos son donadores; es decir, que se utilice tanto óvulo y semen de donadores en donde el hombre y la mujer son anónimos – se ignora quienes son los progenitores –, ¿cómo se establecerá la filiación?, ¿Qué pasará con la mujer que donó el óvulo?. Siendo estas algunas de las posibles cuestiones que podrían presentarse y que nuestro actual código no puede ni tiene respuesta. Si bien es cierto, que ese hijo concebido por alguna de las técnicas de fecundación asistida, siempre tendrá derecho a la herencia de la madre, el problema radica fundamentalmente

en relación con el padre, ¿tendrá ese descendiente derecho a la herencia legítima del presunto padre?

Otro ejemplo de la problemática que afronta la inseminación sería el que enfrentaría la figura de la sucesión legítima, ante la presencia de la maternidad subrogada. Partiendo de la noción tradicional de que la maternidad se demuestra con el sólo hecho del nacimiento, con las practicas de la fecundación artificial con ayuda médica es evidente que el parto hoy día no es suficiente para atribuir la calidad de madre. En atención a que la mujer que parió al niño no posee vinculación con el recién nacido, pues el hecho pudo ser originado por lo que se ha llamado maternidad subrogada. Así la madre subrogada es aquella que desarrollo las funciones biológicas de la gestación del embrión hasta el nacimiento para después entregarlo a las personas que contrataron sus servicios. En este caso nos preguntamos ¿qué sucedería si al finalizar el embarazo, la mujer contratada no quiere entregar al recién nacido argumentando que ese hijo es suyo?

Además que pasaría si una mujer por deficiencias orgánicas no puede procrear, y obtiene de otra mujer el óvulo para ser fecundado *in vitro* (con semen de su cónyuge, si es casada, o si no lo es, de su concubino) para después implantarlo en una tercera mujer, que gesta y alumbra a la criatura. Al mismo tiempo encontramos tres madres de un solo hijo, la donadora del óvulo o madre genética, la portadora y la madre que solicita la subrogación o madre afectiva. ¿Quién de las tres intermediantes en esta hipótesis será la madre?. La que proporcione el óvulo, quien biológicamente es la progenitora o la que contrato los servicios, que es la madre jurídico-convencional. Hacemos el presente comentario, en virtud de que de acuerdo a nuestra legislación será el alumbramiento lo que la determine, y es que el artículo 360 de nuestro cuerpo normativo dispone en su parte inicial que “la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento...”. Sin embargo, desde un ángulo jurídico, las tres mujeres contarán con argumentos para sostener su maternidad. La madre biológica, por que como ya se advirtió, es la progenitora, entendiéndose por

progenitor al ascendiente directo de quien procede una persona. Dentro de nuestro Código Civil vigente, el parentesco por consanguinidad se determina en función de que una persona descienda de la otra (art. 293 y 297 C.c.), por tal razón si nos apegamos a las reglas del parentesco, la relación materno-filial se dará entre la madre biológica y el hijo con relación al parto; ella es la progenitora, la persona de quien desciende el hijo, quien proporcionó la carga genética heredada por éste. En cuanto a la madre jurídico-convencional, los pactos celebrados con las otras dos mujeres que intervienen en la procreación del hijo la autoriza para formular su reclamo de maternidad. Por último, respecto a la madre legal, funda su reclamo básicamente en el hecho de que es ella quien dio a luz: con ella tiene lugar el nacimiento.⁽⁹⁸⁾

Como hemos visto y gracias a que en la actualidad se puede manipular embriones y gametos para su posterior para su posterior implantación es que se presenta la separación de la maternidad gestacional de la genética, dando como resultado la maternidad subrogada. En algunos países existen agencias que ofrecen este servicio. En México no se prohíbe esta práctica, por lo que se podrá pensar que ésta permitida. Sin embargo, este hecho es ilícito, por ser contrario a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1830 C.c.). Por otra parte, se debe determinar si legalmente puede llevarse a cabo un contrato de esta naturaleza en donde se pone en juego el futuro de un niño ajeno a su concepción y nacimiento.

También surge la contradicción de a quién se le atribuirá la paternidad de ese niño, en el caso de estar casada la mujer que alquila su vientre o útero, será del esposo, en atención al principio de que es el padre el marido de la madre de ese hijo. Situación que puede confundirnos, ya que es sabido que los hijos de mujer casada se presumen hijos de su esposo. La maternidad subrogada lejos de ser una figura que resuelva problemas de fecundidad femenina, crea problemas en cuanto a la maternidad y la paternidad, y por ende en la filiación.

⁽⁹⁸⁾ Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar. Ob. cit. p.p.29, 30 y 31.

En México dicho convenio o contrato sería inexistente, carecería de eficacia jurídica. En virtud de que en nuestra legislación no es posible renunciar a los derechos y obligaciones derivadas de la paternidad y/o la maternidad. Luego entonces, dado el caso la madre suplente se podrá negar a entregar al menor a la pareja que aportó el material genético, estando ésta impedida para ejercitar acción en su contra respecto del producto de la concepción, ya que en este caso su filiación se da por el simple hecho del nacimiento, porque nuestra legislación así lo contempla.

Pero además en la maternidad subrogada también se puede dar el caso en que además del vientre se aporta el óvulo por la misma mujer, el problema aquí será el decidir quién es la madre, la madre biológica o la madre gestante la cual ha dado a luz, y por consiguiente es la madre legal (siendo una inseminación homóloga). Ahora bien, suponiendo que se efectuara tal inseminación, no se podrá exigir el cumplimiento de tal contrato, por lo que la mujer puede negarse a continuar con el embarazo, o en su caso a entregar al recién nacido; y si además aporta el óvulo, puede darse el caso de que después de dar a luz lo registra como suyo. Surgiendo aquí entre muchas otras interrogantes como ¿quién es la madre en el caso de la maternidad subrogada, la que aporta el material genético?, ¿Estaría cometiendo algún delito?, ¿Podrá registrarlo como propio, si el marido de la mujer que contrata su servicio es el verdadero padre?, ¿Serán los padres según la ley los que aportaron el material genético?, ¿Podrá la mujer que aportó el óvulo fecundado con semen de su esposo recuperar al hijo después del nacimiento?, ¿Podrá reclamar su maternidad?. Y ¿podrá desplazar a la madre subrogada?. Entonces, el marido quien aportó el material genético para la fecundación ¿sí podrá reclamar o reconocer como propio al recién nacido y hasta emplazar jurídicamente su paternidad o en su caso exigir la custodia de ese hijo?.

Ciertamente las actuales disposiciones identifican como madre a la mujer que dio a luz, desplazando a la madre genética (en el caso de que se haya aportado únicamente el óvulo) la cual no podrá pedir la ejecución del convenio. Así tendremos que la madre será en atención a la filiación, es decir, en atención a la que pare. Aunque ésta realidad

tradicional hoy día ya no se dé: La madre biológica y la madre gestante ya no coinciden. El problema es determinar quién es la madre.

Y si se llegará a plantear una demanda de impugnación de maternidad adjudicada a la mujer que dio a luz, promovida por la mujer que aportó el óvulo la demanda sería rechazada conforme a lo dispuesto por el artículo 360 de nuestro Código Civil, que dispone que el hecho del nacimiento es lo que vincula jurídicamente al niño con la madre. Por consiguiente, tendremos que el derecho a reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue por prescripción ni renuncia expresa o tácita, criterios que hasta ahora admiten casi todas las legislaciones. Además y gracias al empleo de la fecundación *in vitro* tendremos, según el licenciado Ernesto Gutiérrez y González el supuesto en donde ni la mujer ni el hombre aportaron el material genético. Ella sólo puso el útero y él puso el espermatozoide ni tuvo nada que ver con esa fecundación. ¿Qué debe resolverse en el caso en donde el óvulo no es de la esposa y, además es fecundado con espermatozoide que no es del esposo, hecha la fecundación le es implantado a la esposa el óvulo fecundado para continuar con su desarrollo normal? ¿Será bastante para darle el calificativo de "madre" a la que en su útero se haya desarrollado ese óvulo fecundado? ¿Se le podrá dar el calificativo de "padre" al esposo de esa mujer que desarrolla en su útero un óvulo que no es de ella y además el semen no fue de su esposo?. Por lo tanto, al fallecer ella ¿Tendrá derecho a la sucesión legítima ese ser que únicamente se desarrolló en su útero?. Y ¿Al fallecer él esposo, tendrá ese ser que se desarrolló en el útero de su esposa, derecho a la sucesión legítima?.⁽⁹⁹⁾

La respuesta a tales interrogantes, es que los padres son los que no aportaron el material genético. Pero nuestra actual legislación nos dirá que son considerados como padres quienes aportaron el material genético. Lo importante es establecer si la ley civil tiene respuestas a tales problemas, ya que aquí ni el padre ni la madre intervinieron en la

⁽⁹⁹⁾ Gutiérrez y González, E. Ob. cit. p. 641.

fecundación. En estos conflictos se debe determinar quién es legalmente el padre y la madre.

Como se ha venido señalando existen situaciones que nuestro Código Civil vigente no podrá resolver. Pero que pasa si se practica la inseminación post mortem, en donde la viuda tiene que demostrar fehacientemente que ese menor es hijo del que en vida fue su esposo, pues, ella fue inseminada con semen de él que se encontraba congelado, pues nos encontramos ante el supuesto de que ese hijo nacerá después de los trescientos días de la muerte del marido, aun cuando el hijo es genéticamente del que fue su esposo jurídicamente no lo es, por estar fuera de los supuestos indicados en el artículo 327 del Código de la materia, lo que impedirá toda posibilidad de heredar por Sucesión Legítima.

A pesar de los avances científicos hoy día la practica de esta clase de inseminación es nuestro país no se da; pero no por eso, debemos de dejar de considerarla como una técnica empleada en el futuro. Hasta ahora nuestro Derecho Civil y específicamente el Derecho Sucesorio, niegan derechos hereditarios a los descendientes que no estuviesen concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, además que al realizarse esta práctica se estaría contrariando la esencia terapéutica de este procedimiento por no estar remediando problemas de esterilidad en la pareja, y el hijo resultante no podrá determinar su filiación, ni tampoco podrá ejercer la acción de filiación extramatrimonial a través de las pruebas biológicas que podrían en un momento dado favorecerle. Recordando que la atribución de la paternidad debe darse mediante el consentimiento libre, consiente y formal por parte del varón, sin los cuales no puede atribuirse la filiación paterna. Y en el caso que nos ocupa por no encontrarse el material reproductor en el útero de la mujer a la fecha de la muerte del varón no podrá determinarse legalmente la filiación.

Pero que pasa si ante el silencio actual de nuestra legislación, no se niega el derecho a la mujer a ser inseminada "post-mortem", es decir, a solicitar ser fecundada con el semen de su pareja tras su muerte, se diría que no se trata de un hecho ilícito y entonces

tendría derechos hereditarios. Lo antes indicado en atención al principio “donde la ley no distingue, no debemos distinguir “(ubi lex non distinguit nec distinguere debemus).

En relación, a la clonación también se pueden presentar problemas legales, sobre todo en materia de sucesión. Pues, puede ocurrir que un descendiente habido con acuerdo de la pareja, clón de la madre; lógicamente podrá ser acreedor a la herencia legítima, en virtud de que fue legalmente reconocido, el problema surgirá en atención a que tendrá tal derecho por el simple hecho de haber sido concebido dentro de la pareja unida en matrimonio. Pero que pasará en el supuesto de no contar con la autorización del esposo o concubino ese descendiente ¿Será sujeto de derecho a la herencia de ambos padres o únicamente de la madre?. ¿Tendrá derecho a la herencia legítima de su esposo o concubino un descendiente clónico?. Es muy dudoso, aunque en realidad es hijo de matrimonio aunque no se le hizo existir de manera normal, y el padre nada tuvo que ver con su concepción. Y aún más, podrá darse el caso de que se alquile el útero para el desarrollo de éste hasta su nacimiento, entonces ¿Esa mujer podrá aducir que es verdadera la madre?. Tendrá derecho a la herencia legítima de su esposo y pretender ese descendiente clónico herencia legítima con relación a ella. Así se puede plantear una serie de interrogantes en el campo de lo civil y que lo pondrá en crisis. Pero también, creará problemas y muy serios en el derecho Penal.

En resumen, gracias a los adelantos de las técnicas de reproducción asistida con ayuda médica el derecho Civil y en especial el derecho Sucesorio se están viendo afectados. Pues la genética ha alcanzado grandes avances, por lo que determinar la filiación de un hijo habido por estos medios resulta difícil, debido a que tradicional la filiación respecto de la madre resultaba del nacimiento y del padre por reconocimiento voluntario o imputación por una sentencia. Tomando en cuenta que la ciencia médica y la biología han avanzado con adelantos científicos podemos tener 2 principios:

1. La madre no siempre es biológica y jurídicamente cierta.
2. El marido haya habitado o no con la madre, no necesariamente, es el padre del hijo concebido por la esposa.

En el ámbito del derecho familiar estas manipulaciones implican la necesidad de replantear los principios jurídicos sobre maternidad y paternidad, porque las técnicas de reproducción asistida nos enfrentan a hechos que cuestionan tales principios. Debido a que la aplicación de estas técnicas hacen surgir dos concepciones de padre y tres de madre. Respecto del padre, aparece el varón que genéticamente es el padre por ser quien aportó los gametos masculinos para la concepción y el social, aquél que asume todas las responsabilidades respecto de la paternidad.

En relación con la madre se presentan la social, aquella que la ley reconoce como la madre, la genética que es la que aporta los gametos femeninos para la fecundación; y por último, la que gesta y da a luz. En estos conflictos se debe determinar quién es legalmente la madre y el padre para saber a quién tendrá derecho a suceder en su herencia legítima, ¿A quién tiene derecho a heredar?. Tal vez para algunos estos argumentos les parezcan de ciencia-ficción, pero recordemos que hasta hace poco tiempo también lo era la INSEMINACION ARTIFICIAL en seres humanos, así como algunas de sus técnicas.

Se puede concluir lo antes expuesto diciendo "son cosas que se han presentado, y ponen en verdad las leyes vigentes". Por lo que el legislador debe modificarlas y mantenerlas al día, estar pendientes de los cambios sociales, pues es ahí donde radica el problema, en el caso omiso de los avances científicos en el campo de la genética. Ciertamente la vida moderna impone la necesidad de una renovación a nuestra actual legislación civil. Existe una serie de interrogantes que pueden surgir gracias a la práctica de la reproducción asistida, pero lo realmente preocupante es la problemática respecto a los derechos de los hijos nacidos por estos medios para quedar como legítimos de quien tal vez genéticamente no es hijo, y poder heredar legítimamente a éste. Es por ello que se debe regular la inseminación artificial. Por los conflictos que pudieren presentarse ya que se tendrían que resolver conforme a nuestra actual legislación, eliminando así las lagunas que al respecto adolece nuestro Derecho.

4.2. EXISTENCIA DE OTRAS PERSONAS CON IGUAL O MEJOR DERECHO A LA HERENCIA.

El aspecto económico en una familia siempre produce conflictos sobre todo cuando no se prevé por el autor de la herencia o sucesión cual será el destino de sus bienes, por no tener precaución de emitir su última voluntad en un testamento, lo que evitaría conflictos aún cuando con esa voluntad se deja en un problema a la familia, tal vez, como consecuencia el desmembramiento de ésta; sobre todo cuando hay un descendiente que fue concebido por medios de procreación asistida con ayuda médica, ya que puede darse el caso que algún interesado en esa herencia legítima manifieste que ese hijo fue concebido por alguna técnica no regulada por nuestro derecho, y además demuestre que éste fue concebido por medios artificiales.

Partiendo del hecho de que la capacidad para heredar es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, y que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos y que los parientes por afinidad nunca son llamados a heredar; debemos entender que si una persona fallece y no dejó testamento, éste hubiera querido que le sucedieran sus parientes más próximos, como lo determina el artículo 1604 del Código Civil vigente para el Distrito Federal. En atención al citado artículo los herederos ya sean del marido o de la esposa son quienes en un momento dado pueden contradecir la paternidad del hijo concebido por estos medios. Por consiguiente, puede presentarse el caso que una vez declarado legítimo heredero el descendiente del de "cujus" procreado por alguna técnica de fecundación inducida, algún familiar con legítimo derecho impugne la sucesión legítima manifestando que ese hijo es únicamente de la esposa pero no del autor de la herencia, fundándose en que en la actualidad en México puede estimarse a la inseminación artificial como una práctica contraria a las buenas

costumbres, invocando lo dispuesto por el artículo 1830 del Código antes citado, ya que de acuerdo con este precepto es ilícito, pues en la actualidad no se encuentra regulada su práctica, quedando por lo tanto al margen de la sucesión legítima del padre el hijo así concebido. Sin embargo, en relación con la madre siempre tendrán derecho a la herencia legítima.

El motivo fundamental del presente apartado, es el determinar que persona tendrá prioridad para heredar en sucesión legítima a falta de descendiente directo (el o los hijos). Es decir, para ser titular del patrimonio del de "cujus", atendiendo a la jerarquía de su derecho con respecto a la masa hereditaria.

No obstante que es clara la idea de que los herederos sustituyen al autor de la herencia en el momento mismo de que éste fallece y, lógicamente se les transmite la posesión y propiedad de los bienes que fueron de aquél en ese mismo instante. Y recordando que el parentesco "ES EL VINCULO JURIDICO PERMANENTE POR REGLA GENERAL. QUE RECONOCE O CREA EL DERECHO COMUN, YA COMO CONSECUENCIA DE UN CONTRATO DE MATRIMONIO, YA DE UN CONTRATO DE CONCUBINATO, YA FINALMENTE, DE UN ACTO QUE IMITA AL ENGENDRAMIENTO Y QUE ACEPTA Y SANCIONA LA LEY". (100) Tendremos que de este concepto se desprenden tres tipos de parentesco:

1. Parentesco por consanguinidad o consanguíneo.
2. Parentesco por afinidad, y
3. Parentesco civil o por adopción.

El parentesco por consanguinidad es el único que da derecho a heredar en sucesión mortis causa legítima o intestada. En este sentido el artículo 293 del ordenamiento antes aludido dispone que "El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor", teniendo como única excepción la adopción plena que se equipará al parentesco por consanguinidad. Por ende, y de acuerdo a lo anterior los parientes que heredan en sucesión legítima lo hacen de acuerdo con la

(100) Gutiérrez y González, E. Ob. cit. p. 108.

proximidad del parentesco por consanguinidad con el autor de la herencia, y tiene el derecho a excluir de la herencia los parientes más próximos a los más lejanos. De ahí que el artículo 1602 determine quiénes heredan y en que orden, como quedó indicado en el capítulo segundo. De manera que, sólo heredan los posteriores a falta de los anteriores; entonces si no hay descendientes ni cónyuge supérstite heredarán los parientes consanguíneos.

Entonces, tomando en cuenta la fuente de origen que en el parentesco consanguíneo es el que vincula o liga a las personas que descienden unas de otras (padres e hijos) o de un antepasado común, la ley ha establecido la proximidad del parentesco tomando en cuenta las generaciones que median entre las personas que forman parte de la familia, a cada generación se le asigna un grado; en este sentido nuestro Código Civil establece la proximidad de parentesco sea por líneas o grados. (art. 346 C.c.).

El grado es "el vínculo entre dos individuos, formado por la generación; es decir, el vínculo o relación determinada por la generación biológica, lo cual determinará que, entre ascendiente y descendiente, hay tantos grados como generaciones." (101)

Línea es "la serie no interrumpida de grados o sea de generaciones biológicas. La línea se establece por la relación existente entre consanguíneos determinada por una ascendencia en común. Así tenemos:

- a) Línea recta.- Se llama línea descendente, la serie de grados o generaciones que unen al tronco común con sus hijos, nietos y demás descendientes. En cambio se llama línea recta ascendente la serie de grados o generaciones que ligan al tronco común con su padre, abuelo y otros ascendentes." (102)
- b) Línea colateral.- "a diferencia de la línea recta descendente o ascendente, se establece por la relación existente consanguínea determinada por un ascendiente común o tronco." (103) Así los hermanos están en segundo grado, el tío y el

(101) De Palma, R. Ob. cit. p. 37.

(102) Ibid. p. 37.

(103) Loc. cit.

sobrino en el tercero y los primos en el cuarto grado. Se encuentra también por generaciones.

De este modo, todo los parientes se agrupan en descendencias o parentelas próximas o lejanas. Y el Código Civil al referirse a la materia de parentesco, determina en su artículo 296 que "cada generación forma un grado, y la serie de grados constituyen lo que se llama línea de parentesco."

En consecuencia, resulta que la materia de sucesión legítima se ve afectada por la práctica de la inseminación artificial en seres humanos; por lo que los hijos concebidos a través de la reproducción asistida al no tener lazos consanguíneos con el ya para entonces autor de la herencia y al no estar consagrado su derecho dentro de nuestro actual Código Civil, no tendrán derecho legítimo para reclamar la herencia de aquél, y entonces, los parientes colaterales dentro del cuarto grado tendrán derecho a impugnar esa sucesión por tener derecho para ello, por ser contemplados por el derecho como descendientes directos del de "cujus".

Básicamente lo que se pretende es dejar ver que aun cuando los hijos concebidos a través de la fecundación artificial dentro del matrimonio, no tienen derecho a recibir su porción hereditaria de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1602*, por no tener nexos biológicos con el autor de la herencia y por lo dispuesto por el artículo 324*, ambos del Código Civil. Esto siempre y cuando se demuestre que su concepción fue gracias a la fecundación asistida, y sobre todo basado en lo previsto por el artículo 1830* del

-
- * "Artículo 1602. Tienen derecho a heredar por sucesión legítima: I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado..."
 - * "Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges: I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; II. Los hijos nacidos dentro los trescientos días siguiente a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio..."
 - * "Artículo 1830. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."
"Artículo 389. El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene derecho:...III. A percibir la porción hereditaria."

aludido cuerpo normativo, Haciendo a un lado lo indicado por el artículo 389 del Código de la materia.

Sin embargo, puede darse el caso de que existan dos hijos del hoy autor de la sucesión, uno de ellos hijo consanguíneo y el otro concebido a través de una fecundación inducida; por consiguiente, el primero y con toda razón podrá reclamar la totalidad de la masa hereditaria alegando que él si es hijo biológico tal y como lo establece la Ley.

En conclusión, a falta de descendiente biológico como lo dispone nuestra legislación, tendrán derecho a tal sucesión legítima los parientes consanguíneos dentro del cuarto grado.

4.3. PROBLEMÁTICA QUE SURGE EN RELACION CON LA APLICACIÓN E INTERPRETACION DE LA LEY GENERAL DE SALUD Y OTROS ORDENAMIENTOS JURIDICOS EN LA PRACTICA DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL.

Como se ha venido mencionando a lo largo del presente trabajo y, siendo toda una realidad el alcance de la ciencia y la biología en la vida del ser humano es necesario mantener una armonía entre las leyes y las relaciones humanas, esto en virtud de que las técnicas de reproducción asistida con ayuda médica han venido a plantear una serie de confusiones y problemas al interpretar alguna de ellas, creando con ello un grave problema, pues no hay en más de los países legislación alguna sobre el tema en cuestión y México no es la excepción. Por lo tanto, debido al silencio de nuestras actuales leyes al respecto, en el supuesto de que se presentara un problema de esta naturaleza no se

tendría una respuesta clara y menos aun precisa, pues nuestras leyes no contemplan ni el concepto de "fecundación artificial", ni su práctica y mucho sus variantes; por lo mismo, tanto el ser humano como el derecho se están viendo afectados gracias a la práctica de la reproducción asistida con ayuda médica.

Ahora bien, iniciaré el presente apartado haciendo referencia a algunos artículos de la Ley General de Salud. En primer lugar y con relación al tema de reproducción asistida, se puede decir que no existe ningún impedimento para hacer uso de alguna de las técnicas de reproducción asistida con ayuda médica, tal y como lo indica el artículo 4º Constitucional, precepto que señala que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada del número y espaciamiento de sus hijos. De este modo la Ley General de Salud corrobora esta presunción a través de su artículo 67, párrafo segundo, que a la letra dice: " Los servicios que presten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, con pleno respeto a su dignidad...". Asimismo, su artículo 68 nos dice:

"Los servicios de planificación familiar comprenden:... IV. El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana...".

Como podemos observar de la transcripción de los artículos antes citados, estos confirman que tanto el fomento como la autorización del empleo de los procedimientos inseminatorios no se encuentran prohibidos por nuestra legislación; es decir, no se prohíbe a las parejas tener y mucho menos prohíbe el uso de algún método de inseminación artificial para lograr la concepción.

Si bien, esta ley reglamenta los servicios de planificación familiar en ningún parte de sus casi 500 artículos se ocupa de la fecundación artificial, por lo que resulta sorprendente que su título Decimoctavo, relativo a las medidas de seguridad, sanciones y delitos, encontremos contemplado de manera directa y sin ningún antecedente

solamente un artículo en referencia a la inseminación artificial, siendo precisamente el artículo 466, el cual escuetamente dice:

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

De la lectura del artículo en mención, se desprende claramente una anomalía que se pueden presentar cuando se hace uso de la fecundación artificial, esto en relación a la insuficiencia de su reglamentación, ya que se habla únicamente de la existencia o no del otorgamiento del consentimiento, así como de la sanción aplicable al que realice la inseminación, además expresa que una mujer casada no podrá otorgar su consentimiento sin la conformidad de su cónyuge. Sin embargo, no se manifiesta en que situaciones debe permitirse su practica ni bajo que condiciones, salta a la vista su deficiencia, pues aunque impone sanción, ésta es de carácter administrativa. Entonces, para el caso de que se produzca otra hipótesis que pasaría, pues, estaríamos en presencia de una legislación que ni siquiera trata el tema de la inseminación asistida con ayuda médica, ni mucho menos sus técnicas. Quedando en esta Ley inconcluso el tema de reproducción terapéutica.

Ahora bien, la prohibición para inseminar a la mujer casada cuando falte la conformidad del marido constituye una norma en blanco, desde el punto vista penal, ya que prohíbe una conducta pero no fija pena para su incumplimiento. En México está prohibición va dirigida exclusivamente al médico y su violación debe ser entendida como una infracción administrativa que merece sanción de este tipo. Precisamente el artículo 416 dispone que “las violaciones a los preceptos de esta ley, sus reglamentos y demás disposiciones que emanen de ella, serán sancionadas administrativamente por las autoridades sanitarias, sin perjuicio de las penas correspondientes cuando sean

constitutivas de delitos”, y las penas administrativas según sea el caso podrán ser multa, clausura temporal o definitiva del establecimiento, amonestación con apercibimiento y arresto del responsable hasta por treinta y seis horas (art. 417); por lo que la represión civil o penal se encuentran rechazadas. En cuanto al segundo párrafo podemos decir que constituye una norma imperfecta, ya que su incumplimiento carece de sanción. Este es un ejemplo clara de lo mal redactada que se encuentra dicha ley y sí por el contrario con una gran oscuridad.

Pero quedan otros problemas por salvar referentes a las condiciones mínimas aplicables a la inseminación inducida. Al respecto al analizar el artículo 2° de la Ley General de Salud el cual nos dice: “El derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:

- I. El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;
- II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;...
- VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.”

De la sola lectura se puede entender que si un individuo afecto de esterilidad o en su caso de impotencia, existiendo previo acuerdo de voluntades podrá hacer uso de algún procedimiento terapéutico de inseminación artificial.

Asimismo, del artículo 7 del citado ordenamiento, que establece que la coordinación del Sistema Nacional de Salud estará a cargo de la secretaria de Salud y que su función consiste en “impulsar las actividades científicas y tecnológicas en el campo de la salud...”, de este precepto se desprende que la Secretaría de salud Pública deberá impulsar la investigación en el campo de la fecundación asistida. Por consiguiente, con éste fundamento será válida su práctica.

Otro artículo que al interpretarlo nos permite su práctica es el artículo 98 del mismo ordenamiento, al hacer referencia que dentro de las técnicas de la ingeniería genética se

encuentra contemplada la "Inseminación Artificial" en seres humanos, existiendo con ésto una permisiabilidad para su empleo.

Al respecto, en la misma ley encontramos diversas disposiciones que podrán ser aplicadas analógicamente al caso, como ocurre con el artículo 314, que dice:

"Para los efectos de este título, se entiende por:

- I. Disposición de órganos, y tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos: El conjunto de actividades relativas a la obtención, análisis, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los preembriones, embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o investigación;...
- II. Células Germinales: Las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;..."

Lo anterior en virtud de que el artículo 313 nos indica que "Compete a la Secretaría de Salud ejercer el control sanitario de las disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos...". Con la existencia de estas disposiciones es posible la aplicación de la inseminación artificial. Otro aspecto que deberá estipularse de manera clara, ya que en la actualidad no es claro es lo referente a la autorización que debe otorgar la Secretaría de Salubridad y Asistencia con relación al tema, pues si bien el artículo 320 nos indica: "Se considerará disposición ilícita de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos, a aquélla que se realiza en contra de la ley y el orden público", dicho precepto difícilmente podría aplicarse a la fecundación artificial, dado que tal ordenamiento en ningún artículo contempla qué es y en que casos podrá realizarse la inseminación artificial y menos aun nos indica con exactitud qué es lo que va en contra de la ley y el orden público.

Por lo que respecta al consentimiento, el artículo 326 no podrá aplicarse directamente a la inseminación artificial, como lo indica el artículo 466 al referirse qué es necesaria la autorización del cónyuge, ya que en ningún momento hace referencia a

tal consentimiento, por lo tanto, estará permitida su práctica. Asimismo, en atención a lo establecido por el artículo 3º el cual nos indica que es materia de salubridad el control sanitario de las disposiciones de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos, nos demuestra este artículo que efectivamente dicho procedimiento inseminatorio cuenta con permisibilidad por tal legislación y, por consiguiente no existe ni prohibición ni sanción. Esto de acuerdo a la luz de la deficiencia e incompleta regulación.

Por otra parte de la exposición de motivos de la Ley en comento, se advierte que se permite la práctica de los procedimientos de inseminación artificial en el ser humano por ser un hecho real y válido, por ser un avance que en la actualidad se practica con mayor frecuencia. Sin embargo, la ley en mención en ningún momento determina la forma de obtener las células germinales, ya sea a través de donador, de manera gratuita o mediante gratificación.

Finalmente, podemos determinar que sí está permitida la utilización de la reproducción asistida con ayuda médica, esto de acuerdo a los artículos antes mencionados por tratarse de disposiciones que pueden ser aplicadas analógicamente, pero con ello no está resuelto el problema. Y como se puede apreciar de la lectura a la Ley General de Salud ni siquiera se contempla una definición de "inseminación artificial" o por lo menos lo que podría entenderse por ella, y mucho menos se contempla como o cuando se podrá acudir a la práctica de la inseminación artificial y que decir de las medidas mínimas de control sanitario. Lo que nos deja latente una laguna legal al respecto. Con todo lo expuesto estamos conscientes de que la Ley General de Salud no es suficiente para dar una solución al problema de la fecundación artificial, si bien contiene consideraciones de manera general, deja abierta la puerta a muchos conflictos gracias a su práctica, por quedar hasta hoy fuera de regulación.

Por otro lado, aunque existe un Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, en el cual encontramos en su artículo 40, lo que debe entender por fertilización asistida, él cual nos dice que para efectos de este reglamento

se entiende por fertilización asistida la inseminación artificial (homóloga o heteróloga) e incluye a la fertilización in vitro. Esta definición no es completa, en virtud de que nos indica claramente en que consiste la inseminación artificial, ni tampoco es clara en relación con lo que debe entenderse por fecundación in vitro. Además, como se puede apreciar este reglamento hace mención a la fecundación in vitro, y en la Ley General de Salud en ningún momento se hace referencia a este tipo de fecundación; entonces, se debe entender que está permitida dicha práctica, o simplemente fue un error al haberse redactado tal Reglamento. Resulta entonces que si nos apegamos a este Reglamento la investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique para solucionar problemas de esterilidad que no puedan resolverse de otra manera tal y como lo dispone en su artículo 56, la cual será realizada de acuerdo a lo dispuesto por el título DECIMOCUARTO de la Ley General de Salud (artículo 55); en consecuencia, podemos decir que sí está autorizado su empleo. Lo importante será establecer si la Ley Civil responderá frente a un problema de ésta naturaleza.

Sin embargo, aunque el artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud y el artículo 466 de la Ley General de Salud, señalan que es un requisito el consentimiento del cónyuge para la práctica de la inseminación artificial, también es posible que se permita a la mujer realizar dicha inseminación sin tal consentimiento en aquellas condiciones en donde exista riesgo inminente ya sea para la salud de la mujer o para el producto (art. 43, segundo párrafo). Es por ello que podrán darse casos en los que las técnicas de "Fecundación Asistida con ayuda médica" serán realizadas sin el consentimiento del marido o del concubino y entonces el niño podrá ser considerado como legítimo.

- PROBLEMÁTICA EN LA APLICACIÓN E INTERPRETACION DE NUESTRA CONSTITUCION PILITICA.

Si bien es cierto que nuestra CONSTITUCION POLITICA, no contiene nada sobre reproducción asistida. Lo cierto es que ha tomado como fundamento jurídico de este procedimiento en nuestro país por los tratadistas, maestros y estudiosos del derecho lo invocado por el artículo 4º Constitucional, tercer párrafo que a la letra dice: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos". Este precepto contiene el derecho individual y la garantía de libertad que tiene toda persona de procrear. El cual se puede entender en un doble aspecto, por un lado, consagra el derecho de la persona a no procrear necesariamente como consecuencia de la relación carnal, permitiendo el uso de las medidas de anticoncepción que cada quien libremente determine. Y, por otro sienta el principio para que cada quien decida tener hijos. "De la norma constitucional no se deduce ningún impedimento para que la persona titular de ese derecho acuda a los modernos medios científicos para lograr la maternidad y la paternidad";⁽¹⁰⁴⁾ es decir, no prohíbe la concepción artificial.

El derecho a procrear es una garantía individual, para quien decida acudir a las técnicas de reproducción asistida, constituye el ejercicio de la facultad de libertad para recibir el espermatozoide o en su caso el embrión haciendo uso de ese derecho, al permitir la investigación médica; implica necesariamente la autorización de la mujer para hacer uso de tales técnicas. Del análisis del precepto antes citado, podemos indicar que es un derecho vinculado al principio de igualdad; por consiguiente, la discriminación por razón de sexo está prohibida; entonces, se puede afirmar que tanto el hombre como la mujer tienen el mismo derecho a la reproducción asistida, de manera libre sin presión externa, sin coacción de otra o en su caso del mismo estado; pero esta decisión debe ser de manera informada, por ser un acto libre la procreación, por lo que cuando el legislador señala de manera "informada" considera que debe comprender que se ésta refiriendo a los adelantos científicos en el campo de la ciencia y la biología. Entonces,

⁽¹⁰⁴⁾ García Mendieta, Carmen. Fertilización Extracorpórea, aspectos legales, ciencia y tecnología. Nov.-Dic., 1985. No. 65. Año XI. pp. 33 y 34.

resulta lógico indicar que de acuerdo a este precepto constitucional no existe impedimento para la práctica de estos medios artificiales. En realidad, en dicho artículo se reconoce la facultad inherente a la persona de decidir a procrear, por el simple hecho de tener calidad racional.

Es necesario recordar que nuestra Ley Suprema, dentro de sus primeros 28 artículos, los cuales son llamados "garantías individuales", mismos que se traducen en los medios de salvaguarda de los derechos del hombre para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público; es decir, son los elementos jurídicos para defender sus derechos y hacerlos valer ante las demás personas o ante la autoridad. Así dentro de esos derechos encontramos el derecho a la procreación, el cual está contemplado en el artículo 4°. Este precepto se ve reforzado por el artículo 16 Constitucional, el cual en su primer párrafo afirma "nadien puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...". El TERMINO "ser molestado en su persona" presume, para el caso que nos ocupa, que si una mujer padeciera una esterilidad que quiere ser resuelta a través de algún método de fecundación artificial, no existiría razón para ser molestado en su persona; es decir, no se le podrá impedir efectuar alguno método de fecundación inducida en su cuerpo, puesto que para que se le impidiera o prohibiera, tendría que existir un mandamiento escrito que funde y motive la causa legal. Con relación a los modernos medios de reproducción asistida, no existe ordenamiento legal que prohíba su empleo, si bien, la Ley General de Salud impone requisitos, en ningún momento la prohíbe, lo que nos lleva a considerar que donde la ley no prohíbe, entonces está permitido.

Cabe señalar que el derecho que todo individuo tiene a la salud, el legislador elevó a rango constitucional, como se desprende del artículo 4° de nuestra Carta Magna; y el artículo 1° de la Ley General de Salud, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios a la salud y en su artículo 2° indica que el derecho a la protección a la salud, teniendo como una de sus finalidades el desarrollo de la enseñanza y la

investigación científica y tecnológica para la salud. Como se puede apreciar nuestra Constitución brinda protección y asimismo, fomenta de alguna manera la práctica de la reproducción asistida, protegiendo la vida de las personas, su integridad física y, sobre todo su derecho a la procreación. Sin embargo, es necesario recordar que esas técnicas deben ser empleadas únicamente como tratamiento terapéutico a la esterilidad; siendo éste el requisito indispensable para que una mujer pueda hacer uso de tales procedimientos de fecundación artificial.

- PROBLEMÁTICA CON RELACION A LA APLICACIÓN DEL CODIGO VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Es importante determinar si la legislación civil está respondiendo a los requerimientos actuales de la sociedad, sobre todo en lo referente a la reproducción asistida y su influencia en el DERECHO CIVIL, dado que la modernización de cualquier norma jurídica, siempre va a la zaga de las circunstancias históricas y los requerimientos de éstas generan en la comunidad a la que van dirigidas, pues a través del Derecho es que se logra el cambio para una sociedad más justa. Y al revisar nuestra actual legislación civil no nos queda más que reconocer la verdad en cuanto a que contiene normas jurídicas hoy día insuficientes y absoletas, ya que nuestro actual Código Civil fue elaborado en una época en donde la ciencia ya influía en la COLECTIVIDAD pero de una manera incipiente – los grandes descubrimientos empezaban a transformar la vida del ser humano –, pues muchos de los descubrimientos aún no se hacían del conocimiento del público. Y el maestro D. Franco H. Ruiz legislador de 1928, no penso en regular el procedimiento fisiológico artificial el cual crearía una serie de problemas jurídicos y que llegaría a poner en crisis no sólo a la moral sino al derecho, pero es el caso que los posteriores legisladores han permanecido estáticos ante los actuales adelantos de la biología y la ciencia, me refiero en concreto a

la "Inseminación Artificial" en seres humanos; procedimiento que pone en crisis a la filiación, el matrimonio, el divorcio y sobre todo al derecho sucesorio por lo que se refiere a la sucesión legítima de los descendientes. Y ahora cabe preguntarse ¿Se podrá impugnar la sucesión legítima del descendiente concebido por medio de la inseminación artificial, en atención a que esos descendientes son de la esposa y no del marido, ya para entonces autor de la herencia?

Partiendo de lo antes expuesto, tenemos que hoy día el artículo 324 del Código Civil, no es suficiente para considerar a un hijo concebido por medios artificiales como hijo de matrimonio, aun existiendo el consentimiento del esposo para esa inseminación. En virtud de que dicho precepto se basa en tres presunciones: concepción, embarazo o gestación y nacimiento. El Código Civil establece ciertas reglas para considerar a esos hijos como hijos de los cónyuges. Para establecer la filiación entre padres hijos es necesario la existencia del nexo biológico (el nexo consanguíneo). Al apearnos a nuestra legislación, tendremos que a pesar de existir el consentimiento de la pareja para realizar la inseminación, sobre todo en el caso de tener un elemento extraño (inseminación heteróloga), se debe considerar a ese descendiente fuera de matrimonio por tratarse de una situación no prevista por nuestro Código y sobre todo por no existir ningún nexo con el padre. Pero también puede darse el caso que el padre se funde para tal reconocimiento del hijo lo previsto por el artículo 389, y que podría ser la respuesta a la interrogante de ¿Si son descendientes legítimos los hijos concebidos por alguna técnica de reproducción asistida?, el cual nos dice que basta el reconocimiento del hijo por parte del padre para que nazcan los derechos a favor de ese descendiente y, por lo tanto, deben ser reconocidos como hijos de padre y madre y tener derecho a recibir la porción hereditaria conforme a la ley por ser descendientes directos, aun tratándose de donadores ya sea de uno o de ambos gametos. En base a tal precepto y desde el punto de vista jurídico se les deben otorgar derechos y obligaciones. Tienen derecho a la sucesión legítima.

Sin embargo, estaríamos en presencia de una contradicción si citáramos como fundamento lo establecido por el artículo 389, en el caso de una inseminación heteróloga, ya que no existe relación biológica, surgiendo una contradicción entre el principio de consanguinidad en que se basa el artículo 324 y lo establecido por el artículo 389, al indicar que basta el consentimiento del padre para reconocer al hijo.

Por otro lado, si atendemos a la letra el artículo 324, tendremos que el cónyuge de la madre, será el único que podrá impugnar la paternidad, pero de acuerdo con este precepto, sólo puede hacerlo si demuestra su imposibilidad para tener acceso carnal con su esposa en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento (art. 3259), o bien, en el caso de adulterio que no haya tenido acceso carnal durante los diez meses que precedieron al nacimiento o se le haya ocultado el nacimiento, como lo establece el artículo 326 del ordenamiento civil. Pero, siempre que el marido tenga relaciones sexuales dentro de los términos antes mencionados el hijo será del marido, Y entonces, nos encontraremos ante la paradoja, el marido podrá impugnar la paternidad por carecer de causales previstas por el Código Civil.

Otro problema que podemos enfrentar es el caso en el que se impugne la sucesión legítima por el que tenga interés en ello, fundándose en el hecho de que en la actualidad la concepción artificial en México puede estimarse como una práctica contraria a las buenas costumbres, invocándose el artículo 1830 del citado ordenamiento legal, en donde se determina que es ilícito lo que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, pudiendo pedirse la nulidad de la aceptación del marido para que su esposa fuera heteroinseminada, aceptación que sin duda implicó un acto convencional en él y ella, y en caso de decretarse tal nulidad daría como resultado que ese descendiente es únicamente de ella más no del esposo, ya para entonces autor de la herencia. La verdadera polémica surge por no existir autorización expresa para la sucesión de gametos y embriones, por lo que es necesario reglamentarla.

El profesor Chávez Asencio, refiriéndose al derecho mexicano, dice ciertamente que la inseminación artificial podría implicar una conducta ilícita, descartándose el

adulterio en la concepción artificial. Con base en lo anterior, la mujer que se haga fecundar sin consentimiento del marido u ocultando el hecho, implicaría una injuria grave que podría provocar el divorcio al darse la causal comprendida en la fracción XI del artículo 267 del Código Civil. ⁽¹⁰⁵⁾

Se pueden destacar algunos preceptos legales que son importantes y que por analogía podrían aplicarse a la fecundación asistida en el caso de presentarse problemas con su práctica. Así tenemos que en el capítulo relativo a los requisitos para contraer matrimonio, en su artículo 147 de nuestra Código Civil, dispone: "Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por puesta". Desprendiéndose que tradicionalmente, la procreación se entendió como una de las finalidades del matrimonio, por lo que, cualquier contravención a lo anterior es nula. Pero interpretándolo a contrario sensu el precepto legal invocado, tendremos que cualquier condición a favor de la reproducción de la especie, se tendrá por sí puesta. Incluyendo los métodos de reproducción artificial. Consecuentemente a lo anterior la práctica de la inseminación artificial en seres humano es válida y se debe admitir como uno de los fines del matrimonio, como lo es la perpetuación de la especie. Nos preguntamos, en base a lo antes expuesto, existe un derecho a procrear haciendo uso de cualquier técnica de concepción asistida que la ciencia ha puesto a nuestro alcance. Existirá algún derecho a concebir un hijo por estos medios; será válido que una mujer estéril recurra a la fecundación asistida con donante, como recurso a una terapia para superar la disfunción y, por lo tanto, no merecerá crítica.

La problemática en torno al establecimiento de la filiación que actualmente afronta el derecho y que hace necesario una revisión a nuestra actual normatividad se debe al gran adelanto científico para lograr la reproducción humana fuera del proceso natural. En atención a que dentro del Código Civil, el parentesco consanguíneo se determina en función de que una persona descienda de otra (art. 293 y 297), con apego a las reglas del parentesco. Y es qué lo referente a la regulación de las relaciones paterno-filial y su

⁽¹⁰⁵⁾ Chávez Ascencio, M. Ob. cit. p. 31.

establecimiento, adolece de un estancamiento, pues, se ha ignorado el avance de la genética, para aferrarse a los antiguos aforismos y presunciones derivadas del Derecho Romano. Si bien, tales aforismos y presunciones tenían plena justificación, cuando aun se desconocían los mecanismos de reproducción humana, hoy día deben ser contemplados para tener leyes acordes con los adelantos científicos.

Y es que hoy día ni la madre es siempre cierta ni el marido debe ser considerado necesariamente el padre desde el punto de vista legal. Dentro del acontecer normal, la madre es siempre cierta conforme el artículo 360 del Código Civil, ya que primeramente la concepción se hace evidente con la interrupción del ciclo menstrual; enseguida la gestación por nueve meses y finalmente, el alumbramiento, la mujer no tiene dudas biológicas ni legales de su maternidad. En cambio para el varón, la certeza de su paternidad es tan amplia como la confianza que tiene en su pareja, pues la naturaleza no lo ha previsto de un hecho que le demuestre con tanta fuerza que él es el progenitor. Entonces, los aforismos "mater semper certa est" (la madre es siempre cierta) y "pater is est quem justae nuptiae demostrant" (padre es quien las nupcias demuestran o el padre es el marido de la mujer) funcionan eficazmente cuando los acontecimientos se desarrollan de modo normal. El hijo de la mujer casada que de a luz dentro del matrimonio y conforme a los supuestos establecidos por el artículo 324 de este cuerpo normativo, disfrutará de tales presunciones. Sin embargo, hoy día la filiación puede producirse en forma extracorpórea, e incluso el cigoto formado con el material genético de la pareja puede ser implantado en el útero de otra mujer, quien se encargará de gestar el producto hasta su nacimiento para entregarlo a mujer distinta, quien es beneficiada con este hecho. Ahora con los avances de la genética la maternidad ya no se identifica necesariamente con el parto, como lo determina el artículo 360 del Código en comento; ya que en la actualidad se le puede atribuir al recién nacido una filiación con mujer que no es su madre como hasta ahora lo indica el artículo antes citado, con lo que se ve afectada la situación jurídica de ese recién nacido. Por consiguiente, si la filiación se regula en base a determinados principios tales como: El

vínculo de filiación que debe existir entre madre e hijo y, que es precisamente la maternidad la cual se establece con el sólo hecho del parto; entonces, que pasará si se da el caso de una inseminación in vitro o una maternidad subrogada. En el primer supuesto el material genético proviene de donador o donadores y en la segunda hipótesis, tanto el material genético, fecundación y desarrollo del producto se lleva a cabo fuera del útero materno. ¿Cómo se probaría en éste caso la maternidad?, pues, se está rompiendo con los principios contemplados en los artículo 324 y 360. Por estarse dando la transferencia de ovocitos fecundados de una mujer al útero de otra, siendo una fecundación artificial, y en donde el parto no sería prueba idónea. La mujer que da a luz no es biológicamente la verdadera madre. Tradicionalmente se tenía que todo nacimiento era necesariamente producto de la cópula entre hombre y mujer. Ahora ese principio resulta obsoleto debido a los métodos artificiales de reproducción, como sucede en el caso de la "maternidad subrogada" una de las técnicas de la ingeniería genética, en donde necesariamente no esto no se da. La maternidad no se prueba con el parto (Art. 360).

Por otro lado, el arrendamiento de útero, y más todavía, la maternidad subrogada con aportación de óvulo y vientre constituyen contratos ilícitos y, por consiguiente, afectados de nulidad absoluta, por lo que si se pidiera jurídicamente su cumplimiento, la autoridad según nuestra actual legislación rechazaría esta solicitud argumentando esta ineficiencia absoluta de estos acuerdos, por no existir ninguna disposición legal que autorice este tipo de negocios, y en caso de efectuarse afectarían los derechos del descendiente en la sucesión legítima, no se tendría derecho a ella. Este tipo de contratos se presentan en Estados Unidos de Norteamérica y son legalmente válidos en Suecia. Queda en tela de juicio su práctica en nuestro país, por darse diversas hipótesis, "por un lado, no puede ser arrendamiento de útero, porque el útero como parte del cuerpo no es objeto de comercio. Aunque existen autores que dicen que el objeto es la prestación del servicio del útero lo cual es ilícito de acuerdo a los artículos 1827 y 1830 del

multicitado Código".⁽¹⁰⁶⁾ ni mucho menos puede ser un contrato de prestación de servicios, ya que no existe ninguna especialización en gestación, y jamás se le podrá considerar como venta de cosa futura, pues la persona humana no es objeto de tráfico jurídico. Al respecto el profesor Galindo Garfias dice que sería jurídicamente inexistente algún convenio sobre maternidad subrogada y por ello nulo, por falta de objeto posible y además su celebración sería un acto delictuoso, por tratarse de usurpación de estado civil.⁽¹⁰⁷⁾

Tampoco se puede hablar de maternidad subrogada, ya que estaríamos cometiendo un error jurídico idiomático. El maestro Gutiérrez y González nos dice que la subrogación "es un acto jurídico en virtud del cual hay una sustitución admitida o establecida por la ley en el derecho de un acreedor; por un tercero que paga la deuda o presta al deudor fondos para pagarla permaneciendo idéntica e invariable la relación obligatoria."⁽¹⁰⁸⁾ Por consiguiente no sería correcto utilizar el término de subrogación en esta materia, sino que lo correcto hablar de "sustitución materna".

El Código Civil dispone en su artículo 1794, que se requiere como condición de existencia de un contrato la existencia de un objeto que queda ser materia de contrato, y el artículo 1824 del mismo ordenamiento, establece que "la cosa objeto del contrato debe: 1º existir en la naturaleza; 2º Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3º Estar en el comercio." Y la gestación de un ser humano no es algo que pueda estar en el comercio de los hombres; por lo que un contrato de esta especie sería inexistente para el derecho mexicano.

Sin duda, si en nuestro país se demandara el cumplimiento de un contrato de esta índole – sea para el pago del precio del alquiler, sea para requerir la entrega del niño, en virtud del contrato –, la demanda no prosperaría, pues no es posible negociar sobre el

⁽¹⁰⁶⁾ Villalobos Olvera, Rogelio. Reproducción Asistida en Humano, *Lecturas Jurídicas*. Chihuahua, México, 1993. Enero-Marzo. p. 11.

⁽¹⁰⁷⁾ Galindo Garfias, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*. 2ª Edic. Ed. Porrúa. México, 1994. p. 554.

⁽¹⁰⁸⁾ Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. 15ª Edic. Ed. Porrúa. México, 1995. P. 980.

estado de familia de las personas. Ello por la solución que pudiera darse vía interpretativa de la ley.

Resulta, que dentro de nuestra legislación este tipo de contrato es inexistente, ya que para su existencia le faltaría el requisito de ser lícito, tal y como lo señala el artículo 1827, en relación con el 1830 del mismo ordenamiento, el cual nos dice "es ilícito el hecho que es contrario a las leyes del orden público o a las buenas costumbres". Por lo que, en el remoto caso de que se diera este contrato, no existiría instrumento jurídico que obligara a la madre a entregar al recién nacido a la mujer que hubiere contratado su servicio.

Los juristas plantean que a consecuencia de esta práctica, se tiene como interrogante ¿Quién es la madre?, ya que se crean tres posibilidades de asignación de madre al niño así concebido. La madre biológica por ser la progenitora, ya que procede el descendiente de ésta. Tendremos también a la madre jurídico convencional la cual funda su reclamo en el pacto celebrado con las otras dos mujeres; y por último tenemos a la mujer que presta su servicio consistente en la gestación, la que será la madre legal, porque en ella se da el hecho de dar a luz, conforme a lo dispuesto en el artículo 324 del Código Civil.

Otro problema sería en el caso de alquiler de útero en virtud de a quién se le atribuirá la paternidad de ese niño en el supuesto de que ésta esté casada. Situación que ocasiona problemas con la interpretación de la ley, ya que como es conocido los hijos de mujer casada se presumen como hijos de su esposo (art. 324 C.c.). Lo cual trae como consecuencia, que la pareja utilizó semen de donador, el cónyuge podrá desconocer al hijo, argumentando que no tuvo acceso carnal con su esposa y madre del niño.

Debemos plantearnos, si los gametos y los embriones pueden estar en el comercio. Ya que estar en el comercio, hace referencia al tráfico jurídico, a la posibilidad de que una cosa emigre de un patrimonio a otro. El código Civil dispone, que "las cosas pueden estar fuera del comercio por naturaleza por disposición de la ley. Artículo 748, agregando el artículo 749 que "están fuera del comercio por su naturaleza las que no

pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente y por disposición de la ley, la que ella declara irreductibles a propiedad personal." Por lo que toca a los gametos y embriones humanos, no existe ningún impedimento para que los particulares se apropien de ellos. Su naturaleza no permite, que estén en el comercio. Podríamos decir entonces que es el Estado el que se opone a que sean materia de transacciones jurídicas; a que formen parte o emigren de un patrimonio a otro, por lo que esta prohibición debe ser expresa y constar en un Ley, ya que no bastan las declaraciones moralistas para excluirlos del comercio. No hay disposición escrita que excluya del comercio al material genético. La moral actual como correctivo de la presente conducta, de acuerdo a lo señalado en el artículo 1830. ⁽¹⁰⁹⁾ El denominado alquiler de útero no es un arrendamiento de cosa, porque no cabe contraprestación, ya que el cuerpo humano, no es jurídicamente cosa. El arrendamiento de útero y más todavía, la maternidad subrogada con aportación de óvulo y vientre constituyen contrato ilícitos y, por lo tanto afectados de nulidad absoluta. Esto, en atención a que no existe ninguna ley o disposición legal que autorice este tipo de negocios.

Independientemente de que este contrato sea nulo o inexistente, en el caso de que se diera no sería posible exigir legalmente su cumplimiento, en el caso de que la mujer gestante se retracte. Mucho menos podría ser obligada a renunciar a su maternidad. Tampoco se podría exigir a los contratantes a pagar el precio pactado o a recibir el producto de la concepción: sin embargo, en algunos países este tipo de negocios son permitidos, como en el Estado de Michigan en Estados Unidos, se permite pero se prohíbe el pago, lo mismo sucede en Suecia donde también legislación que la regula.

Es evidente, que el hecho del parto, hoy día no es suficiente para atribuir la calidad de madre a una mujer, al aplicarse las técnicas de reproducción asistida; pues no es necesario que la mujer que paré posea vinculación con el recién nacido. El hecho puede ser originado por lo que se ha llamado maternidad subrogada.

⁽¹⁰⁹⁾ Soto Lamadrid, M.A. Ob. cit. pp. 287, 288 y 289.

Además de los artículos antes citados, también pueden citarse entre otros preceptos legales que por analogía podrían aplicarse los siguientes:

Así el artículo 2359 del ordenamiento legal de referencia, dice "las donaciones legalmente hechas por una persona que al tiempo de otorgarlas no tenía hijos, pueden ser revocadas por el donante cuando le hayan sobrevivido hijos que han nacido con todas las condiciones que sobre viabilidad exige el artículo 337..."; este precepto podría servir de fundamento para aquellos que tienen interés para impugnar la sucesión legítima en el supuesto de que el de "cujus" hubiere hecho donaciones y, entonces con fundamento en dicho precepto, tales donaciones podrán ser invocadas por supervivencia de los hijos; sin embargo, el problema se presentaría si algún familiar se opone a ello y demuestra que efectivamente la concepción de este descendiente se llevó a cabo por medios artificiales; por consiguiente, no tendría derecho a impugnar dichas donaciones.

Ahora bien, a la terminología de "donador", resulta impropia, pues debemos recordar que "donación" según el artículo 2332 del Código de la materia, establece que donación "es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes", y el artículo 2340 del mismo ordenamiento también dispone; "La donación es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador". De los citados artículos resulta que en los casos en donde la mujer es inseminada artificialmente con semen de donador, nunca se podrá hacer saber la aceptación de tal donación al donante, toda vez que se guarda en el anonimato quién es el donador, para evitar conflictos en relación con la filiación y llegado el caso una sucesión mortis causa entre el que da el semen y el descendiente que se genera con el uso de dicho semen. Por lo que no se tipifica una donación.

Entonces, si se aplica "el contrato de donación", para que un hombre done su semen a una mujer, se sabría quien es el verdadero progenitor de esa criatura que gestara la mujer y necesariamente se establecerá una "filiación" y una sucesión mortis causa, lo cual no es lo que desean tanto el hombre como la mujer, por que se busca que

permanezca en el anonimato quién es el donador. Para que no se cree ninguna relación de parentesco y de sucesión, entre descendiente y donador de semen.

Refiriéndonos a la donación de semen o de embriones, tendremos que el silencio, oscuridad, insuficiencia de la ley no autoriza a los jueces o Tribunales para dejar de resolver una controversia. Como lo dispone el artículo 18 del tantas veces citado cuerpo normativo. Este precepto, faculta al Juez a recurrir a los principios generales del Derecho y, por su puesto a la analogía para resolver en un momento dado a aquéllas controversias que pudieran presentarse con el uso del procedimiento de reproducción asistida con ayuda médica. Asimismo, el artículo 19 del mismo ordenamiento, nos da la pauta para interpretar las disposiciones legales y dar una respuesta o en su caso el fundamento para la solución del problema. Al respecto, es válido que ante conflictos que pudieran presentarse con la interpretación de 2 o más artículos que pudieran en su momento invocarse, se aplicará lo establecido por el artículo 20 del aludido Código, que nos dice: "Cuando haya conflicto de derecho, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitar perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre interesados". Este artículo nos proporciona LA EQUIDAD DE LA JUSTICIA DEL CASO CONCRETO, y en el caso de la inseminación artificial responderá a favor del hijo concebido por estos métodos, ya que como descendiente tiene derecho al igual que los hijos concebidos de forma natural, entre ellos al caudal hereditario por ser descendiente del para entonces autor de la herencia.

A respecto, el profesor Chávez Ascencio señala "esta posibilidad biológica debe hacernos reflexionar sobre la necesidad de cambiar las reglas de la sucesión, pues el artículo 1314 del Código Civil, considera que no tiene personalidad para heredar los que no estuviesen concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia. Mientras esta modificación no se hiciera y llegara a presentarse esta situación, habría conflictos entre dos disposiciones jurídicas: el artículo 327 de Código Civil establece la posibilidad de

que el marido muerto sea el padre del hijo no concebido al tiempo de su muerte del autor de la herencia". (110) Es decir, aún cuando la fecundación homóloga ocurra después del fallecimiento del marido la paternidad puede sostenerse, en virtud a lo establecido por el artículo 327 que nos dice "... la mujer, el hijo o el tutor de éste puede sostener en tales casos que el marido es el padre" cuando se pretenda el desconocimiento.

Crea problemas también lo referente a la investigación de la paternidad, pues de acuerdo a nuestra legislación en su artículo 382 "La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio está permitida:...VI. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre."

Por ende, tendremos que dicho principio de prueba puede ser el testimonio del médico o bien del personal que intervino en la práctica de la fecundación, así como las constancias existentes en el archivo o expediente clínico. A partir de este principio el hijo podrá determinar quién fue el autor del embarazo de su madre y por lo mismo declarar quién legalmente es su padre con todas las consecuencias jurídicas de tal filiación; pues bien, de esta forma quedará demostrada la filiación respecto al sujeto que donó el material genético. Lo antes citado en base a que nuestro país no existe legislación que proteja el anonimato del donador de esperma, siendo ésta otra de las lagunas jurídica.

Por otro lado, nuestro Código Civil protege el derecho a la procreación, haciendo eco al artículo 4º Constitucional, al considerar como principio básico del matrimonio la "procreación" en su artículo 162, el cual en su último párrafo dice "toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges". Entendiéndose que si existe el consentimiento de ambos cónyuges para que ella sea heteroinseminada se tendrá al descendiente así

(110) Chávez Ascencio, M. Ob. cit. p. 49.

concebido como hijo de ambos cónyuges y, por lo tanto, gozará de todos los derechos derivados de esa filiación.

Estos son algunos de los posibles problemas que se verían reflejados con la interpretación de la ley, por falta de una legislación que sí se ocupe de regular los avances tanto científicos como biológicos cuando afectan al ser humano. Nuestro Código Civil fue elaborado cuando aun no se pensaba en el uso de la inseminación artificial, lo cierto es que con nuestra actual normatividad únicamente recurriendo a verdaderos artificios se podría solucionar aquéllos problemas que de presentarse tendrán que resolverse.

Resulta por lo tanto, que ante tal realidad queda en tela de juicio los problemas que pudieran surgir con la aplicación de nuestra legislación ante el uso de la reproducción artificial, en virtud de que no existen obice legal para el empleo de cualquier técnica fecundación inducida con ayuda médica.

4.4. BREVE PROPUESTA PARA ADICIONAR Y ADECUAR ALGUNOS ARTICULOS DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA DE FILIACION Y SUCESION SOBRE LA INSEMINACION ARTIFICIAL ACORDE A NUESTRA REALIDAD SOCIAL.

El derecho debe regular los cambios de la vida del ser humano, debe prever los impactos que sufrirá la sociedad en el futuro y, por ende dar las bases para regular tales conductas. Ahora bien. Debido a la problemática que en torno a la filiación afronta actualmente el Derecho se hace necesaria una revisión a nuestra actual normatividad,

esto en razón al gran adelanto científico en el campo de la genética para lograr la reproducción humana fuera del proceso natural (cópula o coito). Asimismo, de cómo opera en la herencia dicho adelanto. El Código Civil debe asegurar que la finalidad de la inseminación artificial sea la de la actuación médica ante la esterilidad humana cuando otros procedimientos han sido ineficaces.

Lo verdaderamente preocupante es el futuro del ser humano ante la práctica de las técnicas de fecundación artificial, ya que éstas empiezan a mostrar sus efectos: La existencia de la trilogía padre-madre-hijo que hasta ahora había resistido la transformación humana, hoy día se ve afectada por los avances en el campo de la genética, pues éstos han ido abriendo la puerta para otro tipo de familia desde el momento en que permite a la mujer la procreación sin la necesidad de tener contacto sexual con el varón, y la norma no es más que el resultado de la conciencia social. Razón por la cual la aparición del padre y madre genéticos, biológicos y afectivos son la oportunidad de revisar a fondo los conceptos de filiación y parentesco, y consecuentemente el "Derecho Sucesorio" haciendo hincapié en los derechos del niño. Lo antes indicado es lo que nos da la justificación para la regulación de la "Fecundación Artificial", en virtud de que con ello se satisfacen los deseos de paternidad y maternidad. Resulta lógico que nuestro interés radique en el hecho de que nuestras leyes necesitan ser modificadas en el sentido de que se debe contemplar la inseminación artificial básica, la fecundación In Vitro (FIV), con transferencia de embriones (TE) y la transferencia Intratubárica de Gametos (TIG). Asimismo, contemplar la maternidad subrogada, pero siempre indicando que su aplicación se efectúe cuando estén clínicamente indicadas, además de ser realizadas en centros sanitarios autorizados y por personal autorizado. Debe ser un tratamiento médico y nunca como una alternativa de la reproducción, debe haber una clara permisión para recurrir al empleo de cualquier técnica de reproducción asistida y serán personas que sufran de algún problema de esterilidad; por otro lado, debe servir para la prevención de enfermedades hereditarias o en caso de enfermedades de origen genético, pero siempre debe existir certeza de dicho

diagnostico y éste estrictamente indicada como única solución terapéutica. Ya que combatir la esterilidad es la finalidad fundamental pero no debe ser considerada como la única; en consecuencia, podrán ser utilizadas en aquellas enfermedades hereditarias o de origen genético como única excepción para su empleo - aunque bastante discutible -.

La solicitante debe aceptar libre y conscientemente la aplicación de estas técnicas, por ello debe ser debidamente informado sobre éstas, así como de los riesgos y de los posibles resultados. Asimismo, la legislación civil debe determinar las formas en que podrá obtenerse el material genético utilizado para la inseminación. Importante también será el establecer que los donadores jamás podrán adquirir derecho alguno sobre el nuevo ser, además se deberá recoger toda la información sobre el o los donantes y de los usuarios de dichas técnicas; sin embargo, el donante siempre será anónimo, por último tales donaciones nunca tendrán carácter lucrativo.

Con esta tecnología, una de las cargas sociales que más pesa en el ser humano ha sido vencida, me refiero a la esterilidad. Hoy día quién desea tener un hijo que le es negado por su propia naturaleza puede recurrir a alguna de las formas de la fecundación artificial, con lo que se abre un abanico de posibilidades que cuestionan los principios tradicionales que sustenta alguna de las instituciones jurídicas, como son la familia y el derecho sucesorio.

El hijo nacido por medio de un procedimiento de inseminación artificial debe ser considerado en una reforma al Código Civil como hijo de matrimonio, apoyando la paternidad y la maternidad en su voluntad del empleo de tal procedimiento y entonces ser reconocido por el ordenamiento jurídico como el lazo **paterno-filial**, pese a que se haya acudido a la intervención de un tercero, el cual donó el semen o tal vez el óvulo, por haberse observado la voluntad conjunta - la de los cónyuges - destinada a suplir una imposibilidad biológica la esterilidad o infertilidad, la cual dará origen a una nueva vida, por tal motivo el órgano legislativo debe contemplar ésta posibilidad.

Consideró necesario una adición a nuestro actual Código Civil, la cual podría consistir en un **CAPITULO SOBRE LA FECUNDACION ASISTIDA**, en donde se

establezcan normas mínimas sobre el particular. En primer lugar se debe establecer el derecho de las personas al uso de las técnicas de la fecundación asistida con verdadero compromiso hacia el hijo o la hija así concebido. Es importante legislar sobre esta materia estableciendo límites para la manipulación genética siendo difícil este equilibrio porque la comunidad científica no reconoce la permitencia de una normatividad, pues considera que la investigación en el campo de la genética debe ser valorada por sí misma y no en atención a consideraciones éticas. Hoy día Suecia, España, Francia y Costa Rica, son los únicos países que cuentan con una legislación expresa al respecto, en otros como Estados Unidos las resoluciones han establecido jurisprudencia. En otros como México aun no han proliferado éste tipo de procedimientos.

En México el abogado José Luis Lechuga Martínez, sostiene que es ineludible e impostergable que el legislador mexicano se dedique a estudiar el problema y de manera "consciente y decidida", elabore una ley que regule de manera adecuada las circunstancias que hasta ahora se han presentado sobre el particular. El derecho, como orden normativa de la conducta humana se transforma dentro una sociedad, atendiendo siempre al bien común, por lo que no existirá inconveniente en regular la inseminación asistida; ante éstas situaciones, el estado debe establecer una legislación al respecto, la inseminación artificial tomaría inmediatamente un carácter institucional, regido por el derecho público y así la doctrina mexicana con una clara visión plantaría la dogmática jurídica de éste nuevo método de procreación, y regulada la inseminación artificial, se darían soluciones jurídicas adecuadas a cualquier conflicto de este tipo

En virtud de que nuestra legislación cruza por una laguna jurídica que es preciso colmar, sea hace necesaria adaptarla a los problemas actuales, es preciso reglamentar todo lo relativo a la concepción artificial; pero siempre teniendo como único fin el de dar hijos a quienes no pueden concebirlos de forma natural, por lo que no se le debe catalogar como inmoral o contrario a las buenas costumbres de la sociedad, al permitirse su práctica se impedirá que las parejas que no puedan concebir recurran a conductas reprobables.

Los ABOGADOS, LEGISLADORES Y JUECES, no tiene respuestas para este tipo de problemas. Los Estados Unidos de Norteamérica representa un ejemplo fehaciente en donde los jueces no pueden dejar de resolver algún problema por no contar con una ley en esta materia. Resulta claro que ante "el silencio, la obscuridad, la insuficiencia de la Ley" (art. 18 C.c.) los jueces no deben dejar de resolver una controversia en el supuesto caso de presentarse un problema de esta naturaleza, ya que en un futuro no lejano se podrán presentar en el campo de lo jurídico serios problemas. Sin embargo, estamos conscientes de que el Derecho no debe ser estático, y si por el contrario debe irse transformando de acuerdo a las necesidades de la sociedad. Las figuras jurídicas que requieren de una adecuación son la paternidad, la filiación y el derecho sucesorio.

Es de suma importancia que los legisladores se aboquen al estudio de los posibles problemas por la práctica de la inseminación asistida y, no esperar hasta que se presenten y se encuentren fuera del alcance de nuestro actual derecho. Se debe adecuar el Derecho Civil en base a la exposición de motivos del Código Civil, pues en ella los legisladores expresaron: "...El cambio de las condiciones sociales de la vida moderna impone la necesidad de renovar la legislación, y el derecho civil, que forman parte de ella, no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan...". (111)

Por ello creo necesario adicionar a nuestro actual Código Civil un Título Séptimo Bis, por estar estrechamente relacionado lo relativo a la paternidad y la filiación a la fecundación asistida con ayuda médica, esto en su libro Primero. El cual podrá ser denominado como **"DE LA PATERNIDAD Y LA FILIACIÓN DEL DESCENDIENTE ENGENDRADO POR LA PRACTICA DE ALGUNA TECTICA DE INSEMINACION ARTIFICIAL"**, por repercutir en las relaciones paterno-filiares para quedar como sigue:

(111) Código Civil. pp. 7 y 8.

CAPITULO I.

DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL.

En este capítulo debe hacerse notar en qué consiste el procedimiento de Inseminación Asistida, ello en virtud de que el derecho mexicano nos dice que la filiación se da por el hecho de la concepción, así tendremos:

ARTICULO 410-I .- Para los efectos de este Título, se entiende por inseminación artificial en seres humanos, el depósito del eyaculado en el aparato genital femenino, para facilitar el encuentro del espermatozoide con el óvulo, sin necesidad de realizar la cópula a través de medios mecánicos.

ARTICULO 410-II .- Serán técnicas de reproducción asistida:

- I. La inseminación artificial homóloga o heteróloga,
- II. La fecundación In Vitro sea homóloga o heteróloga, y
- III. La transferencia intratubárica de gametos.

Independientemente de la técnica será fecundación homóloga cuando se realice con gametos de los cónyuges o concubinos, y heteróloga cuando se realiza con gametos de persona o personas distintas a los cónyuges o concubinos.

ARTICULO 410-III .- Las técnicas de reproducción artificial tendrán como finalidad la procreación en aquellas parejas afectadas de esterilidad o infertilidad. Además, también podrán ser utilizadas en prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, siempre que esté clínicamente autorizado su empleo.

ARTICULO 410-IV .- Por ser un tratamiento terapéutico debe ser efectuado:

- I. Por médico titulado, y
- II. En Instituciones autorizadas por la Secretaría de Salud y contar con los instrumentos adecuados, así como con personal capacitado.

CAPITULO II.

DE LOS SOLICITANTES.

ARTICULO 410-V .- Podrán acudir a la práctica de la reproducción asistida las parejas unidas en matrimonio, y las parejas unidas en concubinato que tengan por lo menos cinco años de vida en común. Tener una edad mínima de veinticinco años y no más de cuarenta; gozar de buena salud física y psicológica. Y haber cumplido por lo menos dos años de tratamiento de la esterilidad o infertilidad. Además haber recibido toda la información sobre las técnicas de reproducción artificial.

ARTICULO 410-VI .- Para la práctica de la inseminación deberá existir solicitud por escrito la que debe contener:

- I. El consentimiento de los cónyuges o concubinos la cual deberá estar firmada y anexarse al archivo medico.
- II. Contar con un examen médico de ambos cónyuges o concubinos, en que determine que uno o ambos son estériles o que existe la posibilidad de transmitir enfermedades congénitas o hereditarias, por lo que la inseminación asistida es la única posibilidad para que la pareja tenga hijos.

ARTICULO 410-VII .- En el caso de mujer casada o unida en concubinato no podrá practicarse la fecundación heteróloga sin el consentimiento expreso de ella y del varón. El cual deberá ser por escrito y firmado por ambos y ser anexado al archivo clínico.

ARTICULO 410-VIII .- Ni el marido ni la mujer o en su caso el concubino o concubina, podrán impugnar la filiación los descendiente concebido por la práctica del alguna técnica de fecundación asistida cuando hayan expresado su voluntad por escrito. Y por tanto gozarán de todos los derechos y obligaciones derivados de una filiación, incluyendo el derecho a la sucesión mortis causa.

CAPITULO III.

DE LO RELATIVO A LOS DONANTES.

ARTICULO 410-IX .- La donación de gametos y preembriones es un contrato celebrado entre el donante o donantes y el centro autorizado. Y su participación será con fines altruistas.

ARTICULO 410-X .- Para el caso de los donadores se deben exigir los siguientes requisitos:

- I. Ninguna persona que padezca de enfermedades transmisibles por los genes, será usada como donante.
- II. No se practicará la inseminación cuando el donante y la receptora sean factor RH positivo.
- III. La identidad del donante de gametos femeninos o masculinos será anónima, pero se conservarán sus datos en la historia clínica y sólo será revelada al hijo que así naciera cuando ello fuere necesario.
- IV. Podrán ser donadores la mujer y el varón que tengan una edad mínima de veinte años y no mayor de treinta y cinco años. Los cuales deben ser informados de que renuncian a cualquier derecho sobre el producto concebido por estas técnicas.
- V. Se debe buscar la máxima similitud fenotípica con el donador del material y los receptores.
- VI. Sólo se realizará en hospitales autorizados y bajo el control médico y, como medio terapéutico en caso de esterilidad o infertilidad.

ARTICULO 410-XI.- El donante en ningún caso podrá reclamar la paternidad o maternidad según sea el caso del hijo concebido por inseminación asistida. No se establece ningún vínculo de filiación entre ellos.

A fin de evitar conflictos con la paternidad y la maternidad por la práctica de la fecundación asistida se propone en el siguiente capítulo una solución.

CAPITULO IV.

RELACIONES FAMILIARES DE LOS DESCENDIENTES CONCEBIDOS POR INSEMINACION.

ARTICULO 410-XII .- Serán considerados como hijos de matrimonio a los concebidos por cualquier técnica de inseminación asistida.

ARTICULO 410-XIII.- Se presumirá como padre del hijo concebido por medios artificiales, al esposo o concubino de la mujer que haya solicitado someterse a la fecundación asistida siempre que éste haya manifestado su consentimiento por escrito, sin importar la técnica utilizada. Pero en el caso de no haber existido su autorización no tendrá ningún derecho con el descendiente y sólo tendrá todos los derechos derivados de la maternidad.

El hijo concebido por estas técnicas de procreación debe ser considerado legalmente como hijo de la madre que lo gestó, siempre y cuando haya manifestado su consentimiento por escrito para ser inseminada.

ARTICULO 410-XIV .- En el caso de maternidad subrogada, que es la función de una mujer de gestar el embrión hasta su nacimiento para después entregarlo a la mujer que contrató su servicio; quedará exenta de lo dispuesto en el artículo anterior y será considerada como la madre del menor concebido por este método a la mujer que contrato su servicio para llevar a cabo la gestación del nuevo ser.

ARTICULO 410-XV .- El contrato de gestación es un acuerdo de voluntades, por el cual de forma gratuita una mujer recibe en su útero el óvulo fecundado, para gestarlo hasta su nacimiento para ser entregado a la pareja que contrato su servicio. El cual debe

hacerse por escrito por las partes que intervengan en él, para evitar que en futuro se desconozca el contrato.

En donde el hijo será integrado a la familia y tendrá los derechos y obligaciones de un hijo consanguíneo.

ARTICULO 410-XVI .- Para los efectos de filiación, el descendiente procreado por cualquier técnica de reproducción asistida, ya sea homóloga o heteróloga, tendrán los mismos derechos que los descendientes consanguíneos.

CAPITULO V.

DE LAS RELACIONES FAMILIARES DE LOS DESCENDIENTES IN VITRO.

ARTICULO 410-XVII .- La fecundación In Vitro es la unión del óvulo con el espermatozoide, por medio de técnica de laboratorio, que se practica fuera del cuerpo humano. Y tiene como finalidad implantar el óvulo fecundado en la mujer para obtener un descendiente. La cual puede ser homóloga o heteróloga.

ARTICULO 410-XVIII.- Las relaciones familiares del descendiente engendrado In Vitro serán:

- I. Si es engendrado con autorización de los cónyuges o de los concubinos, tendrá todos los derechos y las obligaciones de las de un descendiente consanguíneo.
- II. Si se trata heteroinseminación tendrá los mismos derechos y obligaciones de una filiación consanguínea.
- III. Pero en el caso de haber sido concebido sin la autorización del esposo o concubino, únicamente tendrá los derechos y obligaciones de un descendiente respecto de la madre.

Lo antes indicado y en virtud de que hasta la fecha la filiación deriva del alumbramiento y respecto del padre del reconocimiento voluntario o judicial, así como de las presunciones legales en materia de filiación.

Finalmente, considero necesario modificar algunos artículos de nuestro Código Civil vigente, que pudiera relacionarse con la práctica de la inseminación asistida con ayuda médica, y por consiguiente, afectan el tema el teme que hemos venido estudian a lo largo del presente trabajo. Aclarando que únicamente son algunas reflexiones sobre el particular, para proteger los derechos del descendiente así concebido. Debemos integrar a los hijos concebidos por métodos artificiales a la familia, como si se tratara de hijos consanguíneos y, por lo tanto, tendrían derecho a heredar legítimamente. La omisión y la apatía por parte del aparato legislativo en materia de inseminación artificial pueden provocar controversias, ya que el atraso y la falta de actualización en la ley hoy día es evidente. Siendo necesario ajustar el aparato jurídico de nuestro país a los cambios que estamos observado, debido a que la inseminación artificial ha dejado de ser una utopía, para ser hoy día una realidad que requiere de una regulación jurídica. Ahora bien, a continuación citaré algunos artículos que considero necesario deben tener una modificación en atención a la práctica de la fecundación asistida o fecundación artificial.

Considero necesario se modifique el artículo 22 para quedar:

“La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”. Las presentes disposiciones también serán aplicables a los descendientes concebidos por inseminación artificial.

Asimismo, los artículo 60 y 63 deben ser modificados o más bien; por lo que respecta al primero se adicionará en lo referente al párrafo segundo para quedar como sigue:

“...la madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo. Si al hacer la presentación no se da el nombre de la madre se pondrá en el acta que el presentado es de madre desconocida pero la investigación de la maternidad podrá hacerse ante los tribunales de acuerdo con las disposiciones relativas de este Código.” Pero tratándose de maternidad subrogada, lo dispuesto por este artículo no se observará.

Por lo que respecta al artículo 63 este quedará:

“Cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su marido, en ningún caso, ni a petición de persona alguna, podrá el Juez del Registro asentar como padre a otro que no sea el marido, salvo que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare”, o que la mujer de éste demuestre haber celebrado contrato con una pareja para fungir como madre gestante, en cuyo caso se tendrá como padre de ese recién nacido al marido o concubina de la mujer que solicito sus servicios.

Lo antes indicado con relación al contrato de maternidad subrogada, lo hacemos apoyándonos para su validez jurídica en el hecho de que en la actualidad la sociedad aprueba el trasplante de órganos para salvar sus vidas, entonces ¿Por qué no aprobar la realización del contrato de maternidad subrogada?. Si consideramos que a través de ellos se daría la oportunidad de alcanzar la paternidad una pareja que por algún motivo no pueda concebir.

Asimismo, considero que el artículo 162 se adicione, tomando en cuenta para ello los avances tanto de la ciencia como de la biología. Y así debería decir:

“Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Toda persona tiene derecho a decir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos” Considerándose para tales fines el empleo de la procreación artificial. “Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.”

Igualmente sugiero que al artículo 324 se le anexe una III fracción y que la fracción I sea modificada, para quedar de la siguiente manera:

“Se presumen hijos de los cónyuges:

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio”; así como los hijos gestados mediante técnicas de reproducción asistida con ayuda médica.
- II. ...”
- III. Los hijos nacidos después de los trescientos días a que se refiere la fracción anterior cuando hayan sido concebidos por reproducción asistida, siempre y cuando se comprueba que los cónyuges otorgaron su consentimiento.

También proponemos se agregue el siguiente artículo para que se regule lo relativo a maternidad subrogada:

Artículo 324-Bis. Quedan exceptuados de las disposiciones indicadas por el artículo anterior el recién nacido de mujer casada, que sea contratada y sometida a una inseminación asistida en la que intervenga como madre gestante, siempre que exista previa autorización de las partes.

Lo antes expuesto es con la finalidad de evitar problemas con los adelantos en materia de genética.

Por otro lado, proponemos que el artículo 325 quede de la siguiente forma:

Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento. Salvo en los casos de inseminación asistida, en los que se le dará el equivalente de relación sexual para los efectos de filiación. Siempre que medie autorización por escrito de los cónyuges.

Debe haber una adición al artículo 326 para quedar:

Artículo 326.- “El marido no podrá desconocer a los hijos. Alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa”, o bien, que se demuestre que la mujer fue heteroinseminada, sin que mediara el consentimiento del marido por escrito.

Igualmente, sugerimos se modifique el artículo 327, para que nos diga:

“El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días, contados desde que, judicialmente y de hecho, tuvo lugar la separación

provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad," pero el marido no podrá desconocer al hijo concebido por inseminación asistida si éste otorgó su consentimiento por escrito; "pero la mujer, el hijo o el tutor de éste puede sostener en tales casos que el marido es el padre."

También sugiero se adicione al artículo 340:

Artículo 340. La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres. Salvo en los casos de maternidad subrogada donde la filiación se probará con la autorización por escrito para la celebración de tal contrato.

Lo antes indicado en virtud de que hoy día se puede colocar un óvulo fecundado en el útero de otra mujer la cual sólo realizará la función gestante. Y al no regularse se prestaría a que se acuda a ella de una manera incontrolada y originarian serios problemas. Ahora bien, en vista de que hoy día el parto no es un hecho tan fuerte como tradicionalmente se le consideraba para vincular al hijo con su madre, y es que tradicionalmente se consideraba como madre a la mujer que parió al hijo. Y hoy día, gracias a los adelantos de la genética ésta no tiene nada que ver con la concepción de ese niño, por conocerse en la actualidad otra posibilidad para concebir. Por lo tanto, considero necesario una adición al artículo 360, para quedar de la siguiente forma:

La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo del nacimiento, **excepto en el caso de procreación asistida, en donde de ésta se origina por un contrato de maternidad subrogada, en donde se presumirá como madre legal a la mujer contratante y el hijo así concebido será descendiente legítimo de ésta, en cuyo caso, se establece la filiación por reconocimiento voluntario.** Respecto del padre, sólo se establece por reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad, y en caso de reproducción asistida del hecho de la existencia de autorización por escrito de éste.

Al igual que el artículo 324 el 383, se debe adicionar para quedar:

Artículo 383. Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

1. Los nacidos después de ciento ochenta días, contados desde que comenzó el concubinato;

- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina,
- III. **Quedan exceptuados de estas presunciones los nacidos de la práctica de alguna técnica de reproducción asistida.**

Se debe reformar el artículo 374, el cual deberá decir:

Artículo 374. El hijo de mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, ni en el caso de donación de semen, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo. **Quedando exceptuados de esta presunciones los nacidos por alguna técnica de reproducción asistida.**

El tema que se ha venido tratando, nos obliga a determinar que es necesario adicional una IV fracción al artículo 389, para que nos diga:

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

- I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca,
- II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;
- III. A percibir la porción hereditaria y alimentos que fije la ley;
- IV. **Gozará de los derechos contemplados en este artículo los concebidos por cualquier técnica de inseminación asistida.**

Por consiguiente, también es necesario modificar el artículo 1314 para que diga:

Son incapaces para adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337."

Quedando exceptuados de esta disposición los concebidos por inseminación artificial, siempre que exista consentimiento expreso del ya para entonces autor de la herencia.

A pesar de que nuestro Código Civil sea absoleto, este debe hoy día actualizarse para dar soluciones a los problemas que pudieran presentarse por la práctica de los avances científicos y biológicos en materia de reproducción y como consecuencia, otorgue al niño producto de estos procedimientos protección legal y se le considere

como miembro de la familia y tenga derecho a la herencia legítima. Entonces, serán plenamente justificables, las siguientes modificaciones que sugerimos a los artículos:

“Artículo 1602. Tiene derecho a heredar por sucesión legítima:

- I. Los descendientes” **concebidos de forma natural o mediante procedimientos de inseminación asistida**, “cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635;
- II. A falta de los ...”

Así pues, el artículo 1609, se puede adicionar para quedar:

Si quedaren hijos **concebidos ya sea de forma natural o a través de técnicas de reproducción asistida** y descendientes de ulterior grado, los primeros heredarán por cabeza y los segundos por estirpes. Lo mismo se observará tratándose de descendientes de hijos premuertos, incapaces de heredar o que hubieren renunciado la herencia.

Lo verdaderamente importante en este apartado es el determinar que el Derecho Civil se está viendo afectado con las técnicas de la procreación asistida con ayuda médica. Y que es necesario establecer artículos que respondan frente a conflictos originados por la práctica de alguna de estas técnicas, a fin de que los individuos así concebidos se encuentren protegidos por la Ley, siendo plenamente justificable su modificación. Al respecto el licenciado Galindo Garfias nos dice que, debería rechazarse este tipo de manipulaciones, pero la experiencia revela que es preferible establecer una rigurosa, una severa reglamentación del empleo de estas técnicas, ya que la prohibición no impediría que se sigan practicando estas manipulaciones.⁽¹¹²⁾

La problemática que actualmente afronta nuestro Derecho Civil, gira en torno al establecimiento de la filiación; y por consiguiente con los derechos y las obligaciones derivados de esa filiación. Nuestro Código Civil determina la filiación en función de que una persona descienda de otra (art. 293 y 297) con apego a las reglas del parentesco; para crear esa particular relación de derechos entre progenitores por una parte e hijos por la otra; es decir, del hecho biogenético se desprende un complejo de

deberes, obligaciones, derechos y facultades recíprocas entre las dos partes de dicha relación; padre y madre en un extremo e hijo en el otro. Y en el caso de la inseminación artificial no existe ninguna base para determinarla, sobre todo cuando se acude a donadores de gametos, en especial cuando no sólo el material genético proviene de donador, sino que también se acude al arrendamiento de útero.

Lo cierto es que el cambio de la vida moderna impone la necesidad de adicionar nuestro actual Código Civil, no puede seguir ajeno a las transformaciones y necesidades de la sociedad. Lo que nos obliga a tomar en cuenta las diversas situaciones que puedan presentarse con motivo de la práctica de la Inseminación Artificial Humana y que tienen repercusión en el ámbito del Derecho Civil que, a diferencia del Derecho Penal (en donde se prohíbe la analogía o mayoría de razón) es más elástico y abierto, pero no lo suficiente como para dar soluciones a la problemática que se suscita como resultado de la utilización de este método. Es necesario que la figura jurídica que sea venido tratando sufra reformas. Debe actualizarse el Código Civil y con ello obtener la reglamentación necesaria para dar soluciones a los conflictos derivados de la práctica de la "Fecundación Artificial", ello en vista de que su práctica se ha vuelto frecuente.

En resumen, si nuestra legislación no manifiesta nada al respecto, ya sea para negarla o para aceptarla, se entenderá que es permitida; porque donde la ley no distingue no debemos hacerlo. Con base a este principio la ley debe establecer restricciones para su empleo, se deben garantizar los derechos del niño así concebido, deben establecerse límites y responsabilidades por su práctica. Resulta evidente la insuficiencia del marco jurídico vigente para resolver todos y cada uno de los problemas originados por los métodos de fecundación artificial. La realidad en que vivimos nos exige un cambio a nuestro marco jurídico, para proteger a los individuos así concebidos e integrarlos a la familia con todos los derechos y obligaciones derivados de una filiación legítima. El legislador debe tomar en cuenta todos los posibles problemas, para que al regular la inseminación artificial ésta sea clara y precisa.

(112) Galindo y Arfías, l. Ob. cit. p. 548.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El legislador debe mantener las leyes al día, estar pendiente de los cambios sociales, y tener la vista en los avances científicos, a efecto de satisfacer las necesidades y problemas de la sociedad, para evitar se cometan injusticia; por lo que se debe legislar sobre Inseminación o Fecundación Artificial, para dar fundamento jurídico a la filiación.

SEGUNDA.- Las técnicas de Reproducción asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, facilitando la procreación cuando otras terapias se han descartado por ineficaces; pero también podrán utilizarse en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditarias, pero siempre como una técnica terapéutica y no como métodos alternativos de procreación.

TERCERA.- Existe en nuestro país la necesidad de reglamentar sobre la inseminación artificial, así como sobre sus variantes en seres humanos, en atención a que su aplicación produce consecuencias jurídicas en el campo del Derecho Civil; por lo que es necesario un ajuste a nuestras actuales disposiciones, siendo preciso crear normas o adicionar otras que no tengan como base únicamente el parentesco consanguíneo, pues los legisladores aun no abordan los problemas generados por los avances de la ciencia y la biología en el campo de la genética y por consiguiente, han hecho caso omiso para incluirla en la normatividad.

CUARTA.- La esterilidad o infecundidad en el ser humano, no es un problema actual, pero si se ha acrecentado por diversos factores propios de la vida cotidiana, entre los que se encuentran: el alcohol, el tabaco, las drogas, los anticonceptivos y el estrés; los

cuales se suman a enfermedades orgánicas, lo que da como resultado que la pareja no logre tener descendencia en forma natural.

QUINTA.- Debe darse la oportunidad de ser padres, a las parejas que sufren de esterilidad o infertilidad o de algún problema orgánico, recurriendo a los medios que los adelantos en materia de genética la ciencia ha puesto a nuestro alcance, prescindiendo del parentesco biológico o consanguíneo.

SEXTA.- Las manipulaciones de las técnicas de reproducción asistida, implican la necesidad de replantear en el derecho de familia los principios jurídicos reconocidos hasta ahora, referentes a la maternidad y a la paternidad; ya que el principio de que todo nacimiento es resultado de la cópula entre hombre y mujer, en la actualidad, ya no es exclusiva, pues con la existencia de los métodos de concepción artificial, hoy día no es necesario para la concepción de un hijo, la existencia de una relación sexual.

SEPTIMA.- Debido a que la práctica de las técnicas de reproducción asistida tiene como finalidad lograr la fecundación, existe la necesidad de legislar sobre ellas, para dar estabilidad jurídica a la filiación resultante, por carecer de conexión genética en alguna de sus técnicas, como hasta ahora lo ha contemplado nuestro Código Civil, así como los derechos y obligaciones derivados de ésta.

OCTAVA.- No es conveniente autorizar la práctica de la fecundación post-mortem y la clonación, en atención a que no sería justo privar a los menores así concebidos de todos los derechos derivados de la filiación, como lo es el derecho a la sucesión legítima del de "cujus".

NOVENA.- Ni nuestra Carta Magna, ni el Código Civil vigente para el Distrito Federal, contienen regulación alguna respecto a los métodos de procreación artificial, por lo que

al no existir fundamento legal para impugnar su aplicación, se crearan serios problemas que la ley no podrá dejar de resolver, y más todavía, se tendrá que aplicar el principio legal que nos dice: donde la ley no distingue, no debemos hacerlo. En base a este principio se podrá justificar la aplicación de las técnicas de Fecundación Artificial, sobre todo por la aplicación de la analogía en materia civil, se permitiría tácitamente su aplicación.

DECIMA.- Es necesario un profundo estudio sobre el tema de inseminación artificial, así como su repercusión en el Derecho Civil, por ser hoy día una realidad, aunque en México aun no se practican todas sus variantes; ya que si bien es cierto que, nuestra actual legislación podría dar soluciones a estos problemas, también lo es que existen situaciones que nuestro derecho no podrá solucionar, al ser la ley General de Salud y su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud los únicos que contemplan de manera superficial su práctica.

UNDECIMA.- Es necesario que en el campo del Derecho Sucesorio, específicamente en la Sucesión Legítima, se dé un cambio; por una parte se debe regular en cuanto a la protección de los hijos concebidos por estas técnicas, para que tengan los mismos derechos a la sucesión legítima como los descendientes consanguíneos; estableciendo un reconocimiento voluntario, lo que dará como resultado el nacimiento de derechos y obligaciones derivados de la filiación, protegiendo de esta manera a los menores.

BIBLIOGRAFIA.

- Adelantos Recientes en Matera de Concepción con Ayuda Médica. Organización Mundial de la Salud. Ginebra, 1992.
- Aleman, José. Nuevo Diccionario Ilustrado Sopena.
- Arce y Cervantes, José. De las Sucesiones. 2ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1988.
- De las Sucesiones. 3er. Edición. Editorial Porrúa. México, 1992.
- Asociación de Médicos del Hospital de Ginecología y Obstétrica. Ginecología y Obstetricia. 3er. Edición. Editorial Méndez Editores. México, 1998.
- Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Editoria Harla. México, 1990.
- Bonnetcase, Julien. Elementos de Derecho Civil. T. I. y último. Editorial Cardenas Editor. Tijuana, Baja California.
- C. Benson, Ralph, Manual de Ginecología y Obstetricia. 7ª Edición. Editorial El Manual Moderno. México, 1985.
- C. Benson, Ralph y L. Pernoll, Martín. Manual de Obstetricia y Ginecología. 9ª Edición. Editorial Interamericana. México, 1994.
- Castro Murillo, Juan de la Cruz y Ventura Mejía, José Luis. Revista Mexicana de Justicia. No. 4. Vol. VIII. Octubre-Diciembre, 1990.
- Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídico Paterno-Filiales. 1er. Edición. Editorial Porrúa. México, 1987.
- La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídico Familiares. 2ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1990.
- De Alfredo y Ricardo Depalma. Manual de Derecho de Familia. 3ª Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1993.
- De Ibarrola, Antonio. Cosas y Sucesiones. 7ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1991.
- Derecho de Familia. 4ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1993.
- De Pina, Rafael. Diccionario Civil Mexicano. 13ª Edición. Editorial Porrúa. Vol. II. México, 1992.
- De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. 13ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1985.
- De Pina Vara, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Bienes-Sucesiones. Vol. II. 14ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1994.
- De Ruggiero, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Diccionario Básico Esparsa. Tomo III.
- Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Tomo II. 1988.

- Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Vol. II. 5ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1992.
- Diccionario de Derecho Procesal Civil. 3ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1960.
- Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas. 13ª Edición. Editorial Salvat. México, 1993.
- Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar Presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la UNAM. 1ª Coedición. México, 1996.
- Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa. México, 1983.
- Estudios de Derecho Civil. 2ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1994.
- García Mendieta, Carmen. Fertilización Extracorpóreas. Aspectos Legales, Ciencia y Tecnología. Nov.-Dic., 1985.
- Garrone, José Alberto. Diccionario Jurídica.
- Garrido Depalma, Victor M. Derecho de Familia. 1ª Edición. Editoria Trivium. Madrid, España, 1993.
- González, Juan Antonio. Elementos de Derecho Civil. 7ª Edición. Editorial Trillas. México, 1990.
- González Merlo, J. Ginecología. 5ª Edición. Editorial Salvat. Barcelona, 1988.
- Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 15ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1995.
- Derecho Sucesorio. Inter Vivos y Morti Causa. 1ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1995.
 - Derecho Sucesorio. Inter Vivos y Mortis Causa. 2ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1997.
 - El Patrimonio y Moral o Derecho de la Personalidad y Derecho Sucesorio. 2ª Edición. Editorial Cajica. Puebla-Pue.-México, 1982.
- Güitrón Fuentesvilla, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar?. 3ª Edición. Editorial Promociones Jurídicas y Culturales. México, 1987.
- H. Dechernzy, Alan y L. Pernoll, Martín. Diagnostico y Tratamiento Ginecobstétrico. 7ª Edición. Editorial Manual Moderno. México, 1997.
- Hamburger, Jean, Leporries Michel y Jean-Philippe Méry. Pequeña Enciclopedia Médica. 17ª Edición. Buenos Aires, 1989.
- Dr. J.P. Greenhill, Dr. Emanuel A. Friedman. Obstetricia. 1ª Edición. Editorial Nueva Editorial Interamericana. México, 1977.
- Kurt J. Isselbacher, A.B., M.D., Eugene Braunwald, A.B., Jean D. Nilsan, M.D., Joseph B. Martín, M.D., Ph.D., Anthony S. Fauci, M.D. y Dennis L. Kasper. Principios de Medicina Interna. Vol. I. 13ª Edición. Editorial Interamericana McGraw-Hill. México, 1994.
- Magallón Ibarra, Jorge Mario. Instituto de Derecho Civil. Tomo V. 1ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1990.
- Mascaró y Porcar, José Ma. Diccionario Médico. Sección de Lexicología Médica. 3ª Edición. Editorial Salvat Editores. Barcelona, España, 1971.
- Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. 5ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1992.

- Newsweek, the International Newsmagazine. Vol. CXXIX. No. 10, by Newsweek. New York. March 10, 1997.
- N-véspeđ, Dr. Warren R. Jones. Ginecología y Obstetricia. Temas Actuales. Vol. 3. Editorial Interamericana. México, 1979.
- O. Käser, Francfort del M., V. Friedberg, Maguncia, K. G. Ober, Erlangen, K. Thomsen, Hamburgo y J. Zander, Herdelberg. Ginecología y Obstetricia. Tomo I. Editorial Salvat Editores. Barcelona, España, 1979.
- Orizaba Monroy, Salvador. Nociones de Derecho Civil. 1ª Edición. Editorial PAC. México, 1995.
- Ortiz-Urquidí, Raúl. Derecho Civil. Parte General. 3ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1986.
- Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para Juristas. Editorial Ediciones.
- Peña Bernardo de Quirós, Manuel. Derecho de la Familia. Editorial Universidad de Madrid Facultad de Derecho. Madrid, 1989.
- Pérez Duarte, Alicia. Derecho de Familia. 1ª Edición. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1994.
- Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XXII. No. 65. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Mayo-Agosto. 1ª Edición.
- Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Vol. IV. Tomo II. Editorial José M. Mujica. Puebla, 1967.
- Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Tomo VI. 19ª Edición. Madrid, 1970.
- Revista de Ginecología y Obstetricia de México. Vol. 39. Año XXXI. No. 235. Editorial Publicaciones Americanas. México, 1976.
- Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. 14ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1986.
- Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia. 24ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1991.
 - Derecho Civil Mexicano. Vol. I. Tomo V. 3ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1976.
- Sánchez-Cordero Dávila, Jorge A. Derecho Civil. 1ª Reimpresión. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México, 1983.
- Introducción al Derecho Mexicano. 1ª Edición. Tomo I. UNAM. México, 1981.
- S. Berek, Jonathan, A. Hillard, Paula y Y. Adashi, Eli. Ginecología de Novak. 12ª Edición. Editorial McGraw Hill Interamericana. México, 1997.
- S.C. Yen, Samuel, M.D. D.S.C. Robert, B. Jaffe M.D. Reproductiva Endocrinology. 1ª Edición. U.S.A., 1991.
- Soto Álvarez, Clemente. Pronuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil. 3ª Edición. Editorial Limusa. México, 1989.
- Soto Lamadrid, Miguel Angel. Biogenética, Filiación y Delito. (La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho). Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1990.

- Temas Selectos en Reproducción Humana. Instituto Nacional de Perinatología. 1ª Edición. México, 1989.
- Thomas Loftus, Townshend Lewis y Geoffrey U.P. Ghamberlain. Ginecología. 15ª Edición. Editorial El Manual Moderno. México, 1994.
- T.W. Sadler, Ph. D. Embriología Médica. 7ª Edición. Editorial Medica Panamericana. México, 1996.
- Vargas Alvarado, Eduardo. Medicina Legal. 1ª Edición. Editorial Trillas. México, 1996.
- Villalobos Olvera, Rogelio. Reproducción Asistida en Humano. Lecturas Jurídicas. Chihuahua, México, 1993. Enero-Marzo.
- W. Jones, Howark, Dr. Colston Wontz, Anne y Dr. Lonne S. Tratado de Ginecología de Novak. 11ª Edición. Editorial Interamericana. México, 1991.
- W.J. Hamilton y H.W. Mossman. Embriología Humana. Desarrollo Prenatal de la Forma y la Función. 4ª Edición. Editorial Inter-médica. Buenos Aires, 1975.
- Zannoni, Eduardo. Hijos Legítimos. 2ª Edición. Editorial Astrea. México.
- Zarate Canales, Macgregor. Departamento de Ginecología, Endocrinología del Hospital de Ginecobstetricia. No. 1. Instituto Mexicano del Seguro Social. Facultad de Medicina UNAM. La Prensa Médica Mexicana. México, 1980.

CODIGOS Y LEYES.

- **CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.**
- **CONSTITUCIÓN POLITA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**
- **LEY GENERAL DE SALUD.**
- **REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN
MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD.**