

308409



**UNIVERSIDAD LATINA, S.C.**

61

CAMPUS CENTRO  
"LUX VIA SAPIENTIAS"  
INCORPORADA A LA U. N. A. M.  
LICENCIATURA EN DERECHO  
CLAVE LICENCIATURA 3084  
R.F.C. ULA7308183UI

*"LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y SUS  
CONSECUENCIAS JURIDICAS EN LA  
IMPLANTACION DEL EMBRION EN PERSONA  
AJENA A LOS PADRES"*

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
**L I C E N C I A D O   E N   D E R E C H O**  
**P R E S E N T A :**  
**EULALIO MANUEL ZUNO CORONADO**

ASESOR: LIC. ALFREDO LORENZO ARIAS CARDONA

MEXICO, DISTRITO FEDERAL,

AÑO 2002

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

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

*A mis Padres:*

*Ing. Rafael Zuno Carrión*

*Sra. Teutli Coronado de Zuno*

*A mis tíos, de quienes siempre estaré agradecido por su apoyo, gracias al cual este logro ha sido posible:*

*Arq[ta. Beatriz Leonor Merino Carrión.*

*Arq[go. Angel Garcia Cook.*

*A mis abuelos y tíos.*

*A mis hermanos y amigos*

*A mis Maestros con todo respeto.*



# UNIVERSIDAD LATINA, S. C.

**LIC. ALFREDO IZQUIERDO ZAVALA**  
**DIRECTOR TÉCNICO DE LA CARRERA**  
**DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD LATINA S. C.**  
**P R E S E N T E.**

Muy estimado Director:

El que suscribe **LIC. ALFREDO LORENZO ARIAS CARDONA**, catedrático de la Universidad Latina S. C., en la carrera en Derecho a su digno cargo, hago de su conocimiento que el alumno **EULALIO MANUEL ZUNO CORONADO**, con número de cuenta **92660266-5**, ha concluido bajo la asesoría del suscrito la investigación de la Tesis Profesional intitulada **“LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN LA IMPLANTACIÓN DEL EMBRIÓN EN PERSONA AJENA A LOS PADRES”** que ha elaborado para ser admitida al Examen Profesional de la Licenciatura en Derecho y optar al título correspondiente.

Este trabajo trata un tema de gran interés tanto social como jurídico, en los últimos años, la infertilidad ha dejado de ser un problema exclusivamente médico y se ha convertido en un problema ético y jurídico. Esto es así porque, ante la imposibilidad de llevar a cabo la concepción por causas de esterilidad en alguno de los componentes de la pareja, se recurre actualmente a las nuevas técnicas de reproducción asistida, en las cuales el elemento biológico y el institucional coinciden en algunos casos, pero en otros quedan disociados.

Para la mayoría de las legislaciones, incluyendo la nuestra la relación sexual entre el hombre y la mujer produce la *filia*ción y todos sus efectos jurídicos. La maternidad natural que nuestro Código Civil considera se produce con el parto. El padre del neonato es el hombre que haya fecundado a la mujer. En los casos en que la filiación paterna es difícil de

determinar, se ha recurrido a la presunción de paternidad en el matrimonio y al reconocimiento y a la posesión de estado fuera de matrimonio.

Una nueva realidad que parte de un dato inicial completamente diferente, en la actualidad se han desarrollado nuevas técnicas que hacen posible la procreación sin necesidad de una relación corpórea. Por tanto no nos encontramos ante una maternidad o paternidad en el sentido de que ambos tiene cultural y jurídicamente desde hace varios siglos. Y esto se complica con las numerosas variables posibles, tanto los gametos femeninos como los masculinos pueden provenir de uno de los miembros de la pareja, casada o no, que decide el nacimiento del nuevo ser. Pero también puede provenir de un tercero, es decir, además de que el procedimiento es artificial, la procreación puede llevarse a cabo mediante la unión de gametos ajenos a las personas que toman la decisión de traer al nasciturus, e incluso con o sin el consentimiento de alguno de los miembros de la pareja.

En la actualidad este tema es de gran trascendencia, ya que en variadas ocasiones ya se ha escuchado a través de los medios de comunicación, los avances biomédicos que se han dado, entre ellos el tema en comento "*La Inseminación Artificial*", y sus alcances legales dentro de una de nuestras instituciones que es el pilar que sostiene a nuestra sociedad "*La familia*", por lo que considero que este tema es de gran interés social.

ATENTAMENTE.



LIC. ALFREDO LORENZO ARIAS CARDONA

"LUX VIA SAPIENTIAS"

Universidad Latina, Distrito Federal a ocho de abril de dos mil uno.

---

## INDICE

### INTRODUCCIÓN

#### *CAPITULO PRIMERO* EL MATRIMONIO

1.1 Concepto-----	1
1.2 El matrimonio como institución-----	4
1.3 Los fines del matrimonio-----	8
1.4 Derechos y Obligaciones de los Cónyuges-----	9

#### *CAPITULO SEGUNDO* LA FILIACIÓN

2.1 Concepto-----	14
2.2 La filiación-----	15
2.2.1 Filiación matrimonial-----	19
2.2.2 Filiación extramatrimonial-----	23
2.2.2.1 Formas de extraer la filiación extra matrimonial-----	24
a) Reconocimiento voluntario-----	24
b) Reconocimiento forzoso-----	26
2.2.2.2 Casos permitidos en la investigación de la paternidad ó maternidad	27
2.2.2.3 Procedimiento de la investigación de la paternidad y la maternidad	30
2.2.2.4 Efectos del reconocimiento-----	32

---

**CAPITULO TERCERO**  
**ANTECEDENTES DE LA INSEMINACIÓN**

3.1	Concepto	35
3.2	Aspectos históricos	39
3.2.1	Inseminación Artificial en Animales	39
3.2.2	Inseminación Artificial en Seres Humanos	40
3.3	Aspectos morales	42
3.3.1	Inseminación Artificial Homóloga	42
3.3.2	Inseminación Artificial Heteróloga	47
3.3.3	Maternidad Subrogada	48
3.4	Aplicación de las Técnicas de Procreación en México	49

**CAPITULO CUARTO**  
**TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

4.1	Concepto	53
4.2	Tipos	54
4.2.1	Inseminación Artificial	54
4.2.2	Perfusión Espermiática a Oviductos	57
4.2.3	Fertilización <i>In Vitro</i> y Transferencia de embriones	57
4.2.4	Transferencia Intratubárica de Gametos	60
4.2.5	Transferencia Intratubárica de Embriones	60
4.2.6	Donación de Ovocitos	61
4.2.7	Donación de Embriones o Huevos Fecundados	63
4.2.8	Portadoras Subrogadas	64
4.2.9	Aspiración Microquirúrgica de Espermatozoides de Epidímo	65
4.2.10	Micromanipulación de Gametos y Embriones	65
4.2.11	Sustitución Nuclear o Clonación	66
4.3	Derechos de los niños nacidos mediante estas técnicas	66

---

## **CAPITULO QUINTO**

### **ASPECTOS LEGALES DE LAS NUEVAS TÉCNICAS DE PROCREACIÓN EN LA FILIACIÓN**

5.1 Aspectos generales - - - - -	69
5.2 Derecho comparado - - - - -	70
5.2.1 Legislación internacional - - - - -	70
5.2.2 Criterio internacional sobre el derecho a disponer del material genético - -	74
5.3 Celebración del contrato - - - - -	75
5.4 La filiación en la procreación artificial - - - - -	76
5.4.1 Inseminación artificial - - - - -	76
1. En la mujer soltera - - - - -	77
2. Dentro del matrimonio - - - - -	79
a) Respecto a la filiación del hijo - - - - -	80
b) Consentimiento de los cónyuges - - - - -	81
3. Respecto al estado del matrimonio - - - - -	83
5.4.2 Fertilización extracorpórea - - - - -	84
5.4.3 Préstamo del útero (maternidad subrogada) - - - - -	87
5.4.3.1 Contrato sobre el préstamo del útero (maternidad subrogada) - - -	88
5.4.3.2 Filiación de los hijos - - - - -	89
5.4.4 Fecundación post-mortem - - - - -	92
5.4.4.1 Concepto de inseminación post-mortem - - - - -	92
5.4.4.2 Antecedentes de la inseminación artificial post-mortem - - - - -	93
5.4.4.3 Consideraciones ético-jurídicas de la inseminación artificial post- mortem - - - - -	94

## **CAPITULO SEXTO**

### **ASPECTOS LEGALES**

6.1 Consideraciones Jurídico Penales - - - - -	102
6.1.1 Adaptación del derecho debido a la falta de legislación - - - - -	102

---

6.1.2	Delitos que tienen relación alguna con la inseminación artificial: -----	107
6.1.2.1	Delitos contra la salud; -----	107
6.1.2.2	Revelación de Secretos; -----	108
6.1.2.3	Violación; -----	109
6.1.2.4	Incesto; -----	110
6.1.2.5	Lesiones; -----	112
6.1.2.6	Homicidio con relación al parentesco o relación; -----	112
6.1.2.7	Aborto; y -----	113
6.1.2.8	Venta de Gametos Humanos. -----	114
6.2	Consecuencias en el Derecho Civil -----	115
6.2.1	Perspectiva ético-jurídica del comienzo de la personalidad -----	115
6.2.2	Filiación -----	117
6.2.3	Obligaciones y responsabilidades de los que intervienen -----	118
6.2.3.1.1	Problemática de la inseminación artificial homóloga -----	118
6.2.3.1.2	Problemática de la inseminación artificial heteróloga -----	119
6.2.3.1.3	Problemática de la donación de ovocitos -----	120
6.2.3.1.4	Problemática de la maternidad subrogada -----	121
6.2.4	Necesidad de una regulación -----	122
6.2.5	Función del derecho -----	125
6.2.6	Ley General de Salud -----	127
6.2.7	Manipulación Genética y Clonación de Seres Humanos -----	128

## CONCLUSIONES

Bibliografía

Hemerografía

Legislación

Correo electrónico

---

## INTRODUCCION

Este trabajo se aboca al estudio de uno de los principales problemas de la actualidad, tanto desde el punto de vista médico como del jurídico: *La inseminación Artificial*.

Siendo el derecho una institución que regula los problemas nuevos o supervenientes y siendo la *Inseminación Artificial* una práctica que se ha multiplicado en nuestro país, urge tomar cartas en el asunto a favor del bienestar social para eliminar algunas de las lagunas de que adolece nuestro derecho, en beneficio de la más importante institución social: *La familia*.

Los avances científicos y técnicos en el campo de la biotecnología han hecho posible el desarrollo y la utilización de técnicas de reproducción humana hasta hace poco insospechadas; este progreso de la ciencia en el campo de la fertilización y de las nuevas formas de procreación en el genero humano han planteado problemas jurídicos en diversas ramas del derecho; muy especialmente en el derecho de familia y dentro de éste, en las normas que rigen la filiación.

Desde el punto de vista jurídico y en sentido estricto, la filiación es el vínculo que une a dos personas, de las cuales uno es el padre y la otra la madre, para el derecho mexicano la filiación se basa en un dato de hecho "*el vínculo biológico*"; Se pueden dar casos en que exista un vínculo biológico sin la necesidad de que exista un nexo jurídico filial, cuando un hijo es procreado fuera del matrimonio sin que se pueda determinar quien es el padre, este supuesto no se puede dar según nuestro derecho, en caso contrario; siempre que haya un vínculo jurídico filial, existirá la presunción de un vínculo biológico que lo sustente.

Actualmente es un hecho real la separación entre el acto sexual y la procreación, esto puede asumir dos formas; puede haber un acto sexual sin procreación, dadas las técnicas anticonceptivas, y puede haber procreación sin necesidad de relación sexual alguna. Por lo tanto, no estamos aquí ante una maternidad o una paternidad en el sentido que ambos tienen cultural y jurídicamente desde hace varios siglos. Los gametos masculinos y/o femeninos pueden provenir de alguno de los miembros de la pareja, casada o no, que decide el

---

nacimiento de un nuevo ser; pero también puede provenir de un tercero, ajeno a la pareja, por medio de un procedimiento artificial, es decir, la procreación se puede llevar a cabo mediante la unión de gametos ajenos a las personas que toman la decisión de que el hijo nazca.

Si bien es cierto que el legislador tomó en cuenta el hecho de que los hijos que nazcan sean planeados por una pareja de manera libre, de la cual se derive el mutuo consentimiento de los cónyuges, no previó la utilización de las nuevas técnicas como lo es la inseminación artificial humana, y por lo mismo, las posibles consecuencias derivadas en relación a las personas que intervienen en su utilización.

Esta nueva realidad en que las relaciones jurídicas familiares junto con los conceptos tradicionales tales como la *maternidad* y la *paternidad*, se ponen en entredicho, requiriendo una reforma jurídica en congruencia con ella; ya sea elaborar una nueva categoría jurídica con terminología idónea, o adecuarla a los viejos esquemas conceptuales y legales dentro de estos, por una parte definir quienes son el padre y/o la madre del nuevo ser nacido por fecundación artificial, y por la otra, determinar que tipo de relación jurídica puede haber entre el ser nacido por este procedimiento y la persona que proporcione el gameto correspondiente.

Lo anterior ha subvertido las mencionadas verdades incontrastables sobre las que reposa el orden jurídico actual. Los abogados, legisladores y los jueces se encuentran perplejos ante esta nueva realidad para la cual el derecho todavía no tiene respuesta, además mientras no encontremos nuevos conceptos y términos para darle un régimen jurídico propio, se tendrán que solucionar las dudas y dificultades que se presenten con las categorías conceptuales actuales y la legalidad vigente, "*un juez no puede dejar de fallar por falta y obscuridad de la ley*". Las nuevas realidades surgidas del progreso de la biología y de la genética plantean interrogantes que superan todo lo que hubiese podido prever la ley, las posibles respuestas pueden llegar a subvertir los axiomas sobre los que reposa nuestro sistema jurídico y que se mantienen constantes. Esta transformación atañe como ya se ha mencionado, al derecho de familia, pero también al derecho sucesorio, al de los contratos, como someramente se trata de poner en manifiesto.

---

El legislador debe tomar en cuenta todo tipo de situaciones que se puedan presentar y después de un concienzudo estudio dictar las medidas que crea pertinentes para tratar de evitar discordancias que alteren el equilibrio social y que al regularse la inseminación artificial, esta sea clara y precisa para que asuman la responsabilidad que le corresponde a cada cual, cuando sea llevada a cabo; así mismo no debe quedar al azar la seguridad económica y afectiva de quien pasara a formar parte de la familia, como un miembro más, con todas las garantías y prerrogativas.

Toda vez que los avances logrados en materia de biogenética ha rebasado lo que se ha previsto hasta el día de hoy por el legislador a través de las leyes, ha surgido la inquietud y necesidad de analizar sobre la posible medida de legislar dentro de la materia de estas nuevas técnicas de procreación, que consisten en: *la inseminación artificial, la fecundación extracorpórea, préstamo de útero o maternidad subrogada y la fecundación post-mortem*, entre otras; en virtud de que la realidad actual se concreta en casos específicos y particularizados que intentan darle una base legal sin que materialmente esta exista. Ante tal circunstancia del presente estudio se pretende demostrar si es necesario y exigible que se legisle al respecto para efectos de demostrar, la correspondencia de la maternidad, paternidad o de ambas y junto a ello las consecuencias jurídicas previamente establecidas y delimitadas en la ley, evitando con ello el vacío legal que existe y el ejercicio de actos jurídicos que en realidad pueden declararse nulos de pleno derecho, sin la posibilidad de recurrir ante las autoridades jurisdiccionales para poder reclamar el supuesto derecho que le asista a quien se considere la parte afectada.

Recurriendo a nuestra legislación fundamentare lo que respecto a la filiación se encuentra ya previsto, comprobando si en ello tiene cabida las nuevas prácticas de procreación y de no ser así, proponer se legisle sobre ello, por tener relación con el orden público e interés general.

En nuestra legislación, únicamente la Ley General de Salud trata específicamente sobre la *inseminación artificial*. Expondré porque el legislador no debió colocar el artículo 466 en la Ley General de Salud, siendo esta una ley de carácter federal, sino en el Código Civil, donde

---

se encuentran las cuestiones relacionadas con la persona y la familia, y en el Código Penal, hablarse de los delitos que pueden tener relación con este tipo de prácticas biogénéticas.

El presente trabajo se ha dividido en las siguientes partes:

- I. En el primer capítulo tocamos el tema del matrimonio como institución dentro de la sociedad, su concepto, los fines del matrimonio terminando con los derechos y obligaciones de los cónyuges.
- II. En el capítulo segundo está dedicado a la figura jurídica de la filiación, las clases que de ella se conocen, así como las consecuencias jurídicas que cada una produce, analizando las disposiciones contenidas en nuestra legislación.
- III. En el capítulo tercero se hace un estudio sobre los antecedentes históricos de la procreación artificial, de las consideraciones morales que se han vertido sobre esta y como se han aplicado estas técnicas de procreación artificial en México.
- IV. En el capítulo cuarto, se revisará el concepto y las clases principales de reproducción asistida, con el propósito de conocer nuestro objeto de estudio que es la inseminación artificial. Los avances de la biotecnología y la biogenética han dado lugar a muy variadas técnicas de reproducción asistida.
- V. En el capítulo quinto se tomarán en cuenta los aspectos legales de estas nuevas técnicas de procreación en la filiación, analizando las disposiciones contenidas en el Código Civil, y los posibles supuestos jurídicos que se puedan dar.
- VI. El capítulo sexto, se tocarán las condiciones jurídico penales, que nuestro Código Penal contempla, adecuando los delitos que tienen relación alguna con la inseminación artificial, tocando temas como la necesidad de una regulación, los aspectos dentro de la Ley General de Salud contempla y la función del derecho la manipulación genética.

La *Inseminación Artificial*, está repercutiendo en el ámbito del derecho, por lo que es necesario que se acepte y se reglamente tomando como base los derechos y dignidad de la persona humana. Quizá éste sea el inicio de una nueva era, un nuevo periodo donde muchos

---

## EL MATRIMONIO

### 1.1 Concepto

La palabra matrimonio proviene del latín "*matrimonium*", que a su vez se compone de los vocablos *matris*, que significa madre y *monium*, que significa cargas; de donde se desprende el significado etimológico del matrimonio, parece comprender las cargas de la madre.

Lo anterior, es confirmado por el Papa Gregorio IX (1227-1241), en sus famosos Decretales, al estimar el matrimonio en función de la maternidad, pues argumentaba "*que a la mujer le era oneroso antes el parto, doloroso en el parto y gravoso después del parto*".<sup>1</sup>

La paralela importancia del padre, en el sentido etimológico, obtiene una distinta connotación, ya que correlativamente a las funciones de la madre, él se preocupaba principalmente por la adquisición, conservación y administración de los bienes materiales, aún de aquellos que correspondían a la madre; de ahí que ello se interprete como las cargas del padre y es precisamente por esta razón que al conjunto de los bienes de la familia se le llamaba y aún se le sigue llamando *patrimonio*.

Sin embargo, es preciso señalar que el sentido etimológico comentado no es aceptado por todos los tratadistas, entre ellos, Castán Tobeñas, estima que tiene un significado poco verosímil, y desde luego, muy expuesto a interpretaciones equivocadas, pues ni el matrimonio echa ninguna pesada carga sobre la mujer y lejos de ello, aligera la que a este sexo corresponde naturalmente en razón de sus funciones matrimoniales, ni tampoco puede decirse que el matrimonio sea así llamado por que en él es la mujer el sexo importante; prueba de ello es que en casi todas las lenguas románicas existen, para designar la unión conyugal, sustantivos derivados del *maritare* latino, forma verbal de *maritus*, marido, *ma maris*, el varón.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> MAGALLON IBARRA JORGE MARIO. *El Matrimonio*. Tipográfica Editora Mexicana, S.A. México. 1965. Pág. 5.

<sup>2</sup> MAGALLON IBARRA JORGE MARIO. Op. Cit. Pág. 6.



Independientemente del origen etimológico de la palabra matrimonio, debemos tener presente que el tríptico amor, matrimonio y maternidad tienen un género filosófico común, inspirado en la raíz hebrea, *am*, madre, voz a través del latín nos conduce a la palabra *amor*. Igualmente mediante un sencillo movimiento de transposición, ha sido agregada la raíz indoeuropea *ma*, de donde proceden nuestras voces *madre*, *matar* en sánscrito, *mater* en latín y *matrimonio*.

Desde el punto de vista del Derecho Civil, el matrimonio ha sido definido de diferentes maneras:

- El artículo 155, del Código de 1884, decía que el matrimonio era la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer que se unían con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.
- Más adelante, en la Ley de Relaciones Familiares, en su artículo 13, decía que el matrimonio era un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer que se unían con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

Sin embargo el Código Civil vigente, no tiene una definición del matrimonio, por lo tanto es necesario citar algunas definiciones que los autores han aportado.

Algunos coinciden que es:

*"La unión formada entre dos personas de sexo diferente, a fin de producir una comunidad perfecta de toda la vida, moral, espiritual y física de todas sus relaciones que sean su consecuencia".<sup>3</sup>*

Y otros lo definen como:

<sup>3</sup> BAQUEIRO ROJAS EDGAR D. *Diccionarios Jurídicos Temáticos, Vol. I Derecho Civil*. Edit. Harla, México 1997, Pág. 73.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

*"El acto jurídico complejo y estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una sola mujer".<sup>4</sup>*

Pero la que ha sido adoptada en forma general por tratadistas y legisladores es la clásica de Portalis:

*"La sociedad legítima del hombre y la mujer que se unen en un vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida y participarse de una misma suerte".<sup>5</sup>*

En el Derecho Romano, el matrimonio se caracteriza por dos elementos fundamentales, la comunidad de la vida y la comunidad espiritual, ambos comprendidos plena y sabidamente en la definición de Modestino:

*"El matrimonio es la unión del hombre y de la mujer implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos".<sup>6</sup>*

En síntesis atendiendo a las numerosas características que el matrimonio ha tenido en diferentes tiempos y lugares, podemos concretarla como la comunidad de vida de hombre y mujer reconocida, regulada y amparada por el derecho, con el objeto de perpetuar la especie y prestarse mutuo auxilio.

La aspiración del matrimonio como plena comunidad de la vida, finalidad jurídicamente reconocida, la distingue de otras uniones sexuales que también son tomadas en cuenta por el derecho, por ejemplo el concubinato.

Es importante mencionar que para distinguir esta comunidad, se señalan diferentes características:

<sup>4</sup> BAQUEIRO ROJAS EDGARD. ROSALÍA BUENROSTRO BAEZ. *Derecho de Familia y Sucesiones*. Edit. Harla, México 1990. Pág. 39.

<sup>5</sup> BELLUSCIO AUGUSTO. *Derecho de Familia. Matrimonio*. Edit. Depalma, buenos aires, 1989. Pág. 140.

<sup>6</sup> MAGALLON IBARRA JORGE MARIO. Op. Cit. Pág. 9.

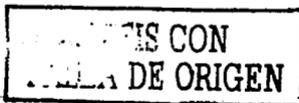
TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

- 1) Debe de ser una unión entre personas de diferentes sexos, por lo que se descarta con ello las uniones homosexuales.
- 2) Debe de ser monogámico, es decir, implica la unión de un solo hombre con una sola mujer, por lo que no se consideran matrimonios las uniones promiscuas o de grupo, así como tampoco la poligamia o poliandria.
- 3) Es un acto solemne, aun cuando el matrimonio de hecho, por uso o por comportamiento ha sido aceptado en diferentes épocas y lugares, esto ha sido como subsidiario del matrimonio celebrado según ciertos ritos solemnes ante ministros civiles o religiosos, y en casos de conflicto, tiene preferencia el matrimonio solemne sobre el que solo se funda en el comportamiento.
- 4) Tiene carácter permanente en el sentido de que se contrae con la intención de que perdure y de que su estabilidad esté asegurada por la Ley. Su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa, no basta con la sola voluntad de los interesados y el rompimiento del vínculo jurídico deja a los divorciados en posibilidad de celebrar un nuevo matrimonio.

## 1.2 El matrimonio como institución

El derecho canónico que absorbió la jurisdicción exclusiva del derecho de Familia, fundamentalmente en el lapso comprendido entre los siglos X al XVI, acepta la idea contractual del matrimonio, porque este requiere indeclinablemente, la libre expresión del consentimiento y lo eleva a la dignidad de Sacramento.

Al respecto, Ruggiero dice que según la concepción canónica, el matrimonio *"es un sacramento solemne cuyos ministros son los mismos esposos, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la iglesia; y como está, indisoluble. El vínculo es creado por la voluntad de los esposos, ya que es un libre consentimiento el que genera la relación matrimonial, pero su consagración ante la iglesia, merced a la bendición nupcial, lo eleva al sacramento y como el*



*sacramento ha sido instituido por Dios, y Dios mismo sanciona la unión, ésta es indisoluble".*<sup>7</sup>

En los sistemas jurídicos occidentales es indispensable la manifestación de la voluntad de los contrayentes ante el ministro de la iglesia y el oficial del Registro Civil, lo cual ha llevado a concluir que el matrimonio es un acuerdo de voluntades, y por lo tanto, constituye un contrato.

Aun cuando es indudable que nuestros textos legales desde 1917, tanto en la Constitución como en la Ley de Relaciones Familiares y después del Código Civil han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, no es menos cierto que *"el punto de vista de las autoridades políticas, tanto de la Revolución Francesa como los legisladores de nuestras Leyes de Reforma, sólo tuvo por objeto separar la manera radical del matrimonio civil del religioso"*.<sup>8</sup>

Por esto, el artículo 130 de la Constitución de 1917, afirma que el matrimonio como contrato civil, es de exclusiva competencia de funcionarios y autoridades del orden civil. Es decir, no debe considerarse que el legislador mexicano, al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, su intención fue únicamente, negar a la iglesia toda injerencia en la regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y en los impedimentos para este acto.

Así se explica que el artículo 147 del Código Civil para el Distrito federal, prohíba toda estipulación contraria a los fines del matrimonio, es decir, a la perpetuación de la especie y a la ayuda recíproca que se impone a los consortes. De este precepto se desprende que no puede aplicarse a la regulación misma del acto en cuanto a los derechos y obligaciones que origina el sistema contractual, es decir, no solo se pueden alterar las obligaciones y facultades que establece la ley sino que tampoco pueden los consortes pactar términos, condiciones o

<sup>7</sup> ROJINA VILLEGAS RAFAEL. *Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familias*. Edit. Porrúa. México, 1998. Pág. 289.

<sup>8</sup> BAQUEIRO ROJAS EDGARD. ROSALÍA BUENROSTRO BAEZ. Op. Cit. Pág. 40.

modalidades que afecten este régimen que se considera de interés público. En este sentido es de aplicación estricta el artículo 6 del mismo ordenamiento legal, conforme a la cual la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla.

Otros autores han objetado el carácter contractual del matrimonio, sin desconocer el papel que juegan en su celebración la voluntad de los consortes. Entre estos autores figura Antonio Cicu, quien sostiene que el matrimonio no es un contrato porque no es la sola voluntad de los contrayentes la que lo crea, pues dice que para que exista el matrimonio se requiere que éste sea declarado por el oficial del registro Civil. Por lo tanto, haya acuerdo de los interesados, este no es suficiente, puesto que sin el consentimiento Oficial del Registro Civil no se podría realizar el matrimonio.

El matrimonio como contrato ha sido objeto de multitud de críticas, en tal virtud, los tratadistas pretendieron buscar un concepto, a la vez más amplio y aparentemente menos falible que el término contrato y encontraron el objeto de su inspiración en el ideario desarrollado en el Derecho público de la *institución*.

La palabra *institución* proviene del latín *institutio, institutionis* y significa: "El establecimiento o función de una cosa (debe entenderse como el inicio o principio de una cosa); cosa establecida o fundada; desisado: instrucción, educación, enseñanza; cada una de las instituciones de un Estado, nación o sociedad. Plural: colección metódica de los principios o elementos de una ciencia, arte, etc. Órganos constitucionales de poder soberano de la nación. Canónicamente: acción de conferir canónicamente un beneficio. Corporal: acción de poner a uno en posesión de un beneficio. Derecho: Nombramiento que en el testamento se hace a la persona que ha de heredar".<sup>9</sup>

El jurista francés Hauriou dice que: "La institución ha servido para explicar la unidad que obtienen las reglas de Derecho en relación con hechos acaceres sociales como la propiedad y el matrimonio; agrupados a la idea rectora y conceptos jurídicos, morales,

<sup>9</sup> GARCIA PELAYO RAMON. *Pequeño Larousse Ilustrado*. Ediciones Larousse, México 199. Pág. 584.

*económicos o sociales se complementan para explicar y regular tales fenómenos y sus consecuencias, no siempre consignadas en textos legales y que trascienden la voluntad de los creadores del acto jurídico que les da origen".<sup>10</sup>*

Al hablar de la famosa *instituta*, de Justiniano, se hace referencia al compendio de Derecho Civil de los romanos, o sea una conjugación o congregación y sobre ella Ortolan nos explica que *Institutas*, era "el título que con mucha frecuencia daban los jurisconsultos romanos a sus tratados elementales de derecho; pero la denominación *instituta* formaba un título consagrado en jurisprudencia romana para indicar los tratados en que se explicaban de un modo fácil y metódico los principios y elementos del derecho".<sup>11</sup>

En este sentido, consideramos que el único sentido real adecuado que puede tener el matrimonio en su aspecto de institución, es aquél que lo admite como la colección metódica de los principios o elementos de una ciencia, arte etc.

El matrimonio tiene un carácter institucional porque en él encontramos precisamente un conjunto de principios, una "colección metódica" de elementos sociales y jurídicos que se regulan dentro de la idea del propio matrimonio y mediante el (al celebrase) se funda la base orgánica de una nueva familia, o sea, se establece una nueva célula social; se principia una nueva vida para ambos esposos.

Se corrobora lo anterior, al contemplar los derechos y deberes personales que sobreviven a los cónyuges, como la cohabitación, el débito carnal, la fidelidad, la asistencia y ayuda mutua, mismos que estudiaremos en el siguiente apartado, pero también al observar las relaciones patrimoniales de los esposos que dan lugar a los regímenes económicos del matrimonio y, desde luego, también a las consecuencias naturales, dijéramos biográficas jurídicas del matrimonio: la filiación y la patria potestad.

<sup>10</sup> ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Op. Cit. Pág. 291.

<sup>11</sup> MAGALLON IBARRA JORGE MARIO. Op. Cit. Pág. 241.

De esta manera podemos concluir que hay una institución en el matrimonio, no que el matrimonio es una institución, aunque no quiere decir que por ella deje de existir el contrato, porque al estimar que el matrimonio que se agota con el concepto de contrato, tampoco es exhaustivo el concepto de institución. Esto es, ambos conceptos no son recíprocamente excluyentes, porque el hecho de que en él haya el contrato, no le impide que también concurra simultáneamente la institución y viceversa.

La institución jurídica del matrimonio, en tanto que jurídica nada tiene que ver con el amor entre los cónyuges, tiene que ver con la protección debida a los hijos como también entre los mismos consortes, al uno respecto del otro, en el caso de que el amor haya desaparecido y no pueda ser restaurado o cuando se hayan producido conflictos que solo pueden ser resueltos satisfactoriamente por el imperio de la ley.

Por lo anterior, si tratamos de encontrar la institución más importante en el derecho familiar, indudablemente concluiríamos, con toda lógica y razón que el estudio del matrimonio es el más importante de todos sus temas, pues es la base fundamental de la familia y el centro de la misma, además de serlo también de la sociedad, por lo que las demás instituciones que integran el Derecho de Familia no son más que consecuencias o complementos de aquella.

### 1.3 Los fines del matrimonio

El canon 1013 del Código de derecho Canónico, enuncia los fines del matrimonio; distinguiendo un fin primario que es la procreación y educación de la prole y otros secundarios que son la ayuda mutuas y el remedio de la concupiscencia.<sup>12</sup>

- a) **La cohabitación;** Implica la existencia de un domicilio común para ambos cónyuges y una comunidad de vida que implique igualdad de derechos y obligaciones dentro del hogar; sin embargo, contra este fin esencial se ha establecido en diversos regimenes el llamado matrimonio morgamático o de la mano izquierda que solo se conserva entre

<sup>12</sup> BELLUSCIO AUGUSTO. Op. Cit. Pág. 140.

familias reinantes para que el cónyuge no adquiriera los derechos de la corona que le corresponden por un matrimonio normal;

- b) *Debito conyugal*; Son los actos conducentes a la satisfacción del instinto sexual y tendientes a la reproducción de la especie;
- c) *La fidelidad*; Se ha considerado como la esencia del matrimonio tanto por respeto a la unión como por garantía de la paternidad del esposo, y
- d) *La ayuda mutua*; Siendo el matrimonio una comunidad de vida, la ayuda y auxilio entre los esposos constituye su esencia, circunstancia de donde se deriva el derecho recíproco a los alimentos y a la sucesión legítima en caso de muerte.

El reconocimiento de los anteriores fines conlleva a la reglamentación de los derechos y obligaciones de los cónyuges: vivir juntos en el domicilio conyugal, darse alimentos y socorro en caso de necesidad, cumplir con el débito carnal y la fidelidad.

#### 1.4 Derechos y obligaciones de los cónyuges

La tradición jurídica ha determinado los efectos del matrimonio, "en relación con los descendientes, en relación con los bienes y en relación de los consortes mismos".<sup>13</sup>

Los efectos del matrimonio en relación con los descendientes, se aprecian desde los siguientes puntos de vista:

- Para atribuirles la calidad de hijos legítimos;
- Para legitimar a los hijos naturales mediante el subsiguiente matrimonio de sus padres;
- Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.

Como efectos del matrimonio en relación con los bienes, podemos apreciar los regímenes matrimoniales; a este respecto la fracción V del artículo 98, del Código Civil exige que, con la solicitud del matrimonio, se presente el convenio celebrado entre los contrayentes, en relación

---

<sup>13</sup> ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Op. Cit. Pág. 329.

a sus bienes presentes y futuros y en este se debe expresarse si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. También se aprecian las limitaciones o protecciones que la ley le impone a la mujer y que son reminiscencias de antigua potestad marital, tales como la imposibilidad para contratar con el marido y ser su fiadora, salvo que se le conceda licencia judicial. En otro aspecto de esta situación, la imposibilidad de que corra la prescripción entre los cónyuges.

Como efectos del matrimonio entre los consortes, podemos catalogar todos los derechos y obligaciones que surgen entre sí, los cuales pueden ser:

- a) Intrínsecos (íntimos de la relación) y personalísimos como la cohabitación, el débito conyugal y la fidelidad.
- b) Extrínsecos o extremos, no necesariamente personalísimos como la ayuda mutua y asistencia.

Estos deberes son recíprocos y a continuación, se enumeran en orden de su importancia, de acuerdo con la evaluación del tema que estamos tratando.

1. *La cohabitación*, Solo a través del derecho a exigir una vida en común, con la principal obligación de habitar el mismo techo, puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir con los fines del matrimonio. En este sentido, se llama **casamiento** en castellano porque al contraerlo, los contrayentes forman su casa o su hogar; es deber de los esposos vivir bajo un mismo techo.
2. *Debito conyugal*, Es una obligación conyugal intrínseca y personalísima; los autores le designan dos fines: Como remedio a la concupiscencia y la procreación de prole, pues se ha visto que el segundo de los fines no puede darse por razones de esterilidad, edad avanzada o por el simple deseo de no procrear hijos. Cabe mencionar que en ocasiones la esterilidad es iatrogénica por intervenciones quirúrgicas innecesarias o mal realizadas, empleo de métodos anticonceptivos inapropiados, secuelas de terapéuticas médicas o quirúrgicas diversas, retardo en el diagnóstico, etc.

En algunas de las definiciones, tanto de la doctrina como de la ley, se señala la perpetuación de la especie como el fin principal del matrimonio y en esa virtud, debe entenderse que para ese efecto, fundamentalmente, cada cónyuge esta facultado para exigir el débito carnal.

Desde el punto de vista jurídico, el deber de relación sexual se encuentra sancionado y la negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir esa obligación, implica una injuria grave que es causa de divorcio.

Asimismo, el artículo 162 del Código Civil, establece: "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio. . . Los cónyuges tienen derecho de decidir de manera libre, informada y responsable el número y esparcimiento de sus hijos. . .".

En relación con este deber, se establece como impedimento para contraer matrimonio, la impotencia incurable para la cópula; pero si la nulidad del vínculo no se demanda dentro de los sesenta días posteriores a la celebración del matrimonio (artículo 156, fracción VIII y 246 del Código Civil), ya no habrá sanción al incumplimiento del debito carnal, pues el divorcio solo procederá si la impotencia sobreviene a la celebración del matrimonio (artículo 267, fracción VI del Código Civil).

3. *La fidelidad*, es un deber recíproco personalísimo y también íntimo de los cónyuges, invariablemente ligado con la cohabitación. Esta fidelidad no debe de entenderse únicamente desde el punto de vista material, debe incluir el moral y es considerada tanto deber jurídico como deber moral.

El derecho a exigir la fidelidad y la obligación de ser fiel, implica la voluntad para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa; por lo tanto, excluye la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con persona de otro sexo que sin llegar al adulterio si implica un ataque a la honra y al honor del otro cónyuge. En la rama civil como causal de divorcio, de acuerdo a la fracción I del artículo 267 del Código Civil.

4. *La ayuda mutua*, como deber extrínseco y no necesariamente personal, impone a los cónyuges el deber de aportar los bienes maritales que son necesarios para la subsistencia mutua y de su familia. Es indudable que este deber comprende los

alimentos, y en este orden de ideas, el Código Civil en sus dos primeras fracciones de su artículo 308 dice:

**Artículo 308.-** Los alimentos comprenden:

- I. La comida el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso los gastos de embarazo y parto;
- II. Respecto a los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales.

Al respecto es conveniente mencionar que el legislador mexicano, quiso asegurar los alimentos para la familia, base de la sociedad, toda vez que en el supuesto de que el obligado no puede hacer frente a sus compromisos éstos recaerán subsidiariamente en terceros como son los parientes más próximos en grado, en línea recta o en colateral después.

Aunado a lo anterior, cabe mencionar que la mujer tiene derecho preferente sobre los sueldos del esposo y también sobre los bienes y productos para su alimentación y la de sus hijos menores; pudiendo inclusive, pedir el aseguramiento de bienes para garantizar sus derechos.

Sin embargo no debe confundirse el concepto de ayuda con la parecida idea de asistencia, también reciproca (no personalísima) que es común a los cónyuges.

5. La asistencia es propiamente el auxilio mutuo que se deben los esposos no solo en el caso de enfermedad, si no en todas las cargas de la vida. Se distingue el deber de ayuda en que mientras éste es constante, sucesivo y permanente, el deber de asistencia, aunque debe prolongarse durante la vida del matrimonio, es esporádico, aislado y se presente de vez en cuando. Este principio implica, desde luego, la obligación eminente moral de los cónyuges de cuidarse de cualquier enfermedad o contingencia de la vida, pero en forma subsidiaria, puede también ser satisfecha por los parientes más próximos.

---

Por otra parte, Planiol reserva algunos deberes como exclusivos de cada uno de los cónyuges. Al hombre le otorgaba el deber de protección y a la mujer el de obediencia. Este deber de protección encierra la idea de la "potestad marital". En el derecho francés los efectos de la potestad marital, aunque no expresada directamente, se hacían sentir porque la mujer podía adquirir la nacionalidad del marido, porque también llevaba su nombre, porque estaba obligada a seguirlo hasta su residencia y porque el esposo podía supervisar sus relaciones personales. De lo anterior resulta que el marido gozaba de un conjunto de prerrogativas que constituyen la potestad marital.

Al respecto, los códigos civiles mexicanos del siglo pasado conservaron la tradición jurídica francesa de la que provenían y, por lo tanto, reconocían al marido la potestad marital, pero la Ley sobre Relaciones Familiares rompió dicho sistema y fueron borrados de nuestras leyes, así el Código Civil vigente concede al marido y a la mujer autoridad y consideraciones iguales en el hogar; permitiendo a la mujer trabajar si no se perjudica su misión de dirigir y cuidar los trabajos del hogar y si no se daña la moral de la familia y su estructura.

## LA FILIACION

## 2.1 Concepto

El nacimiento de un ser humano presupone la unión sexual fecundada de un hombre y de una mujer, en un acto de amor y de realización de sus propios proyectos, que son, en la mayoría de los casos, los de la sociedad en que ambos se desarrollan. La ley recoge esa realidad biológica como hecho al cual asigna una serie de consecuencias jurídicas: deberes, derechos, obligaciones y facultades, organizando el sistema de filiación con la regulación que estima adecuada al tiempo histórico-social en que las normas se dictan.

De las distintas instituciones que constituyen al Derecho de Familia la institución de la filiación ocupa un lugar de gran importancia.

En un sentido vulgar, se podría decir que la filiación es la procedencia de los hijos respecto de sus padres. La procedencia de los hijos respecto de los padres, es un hecho natural que nadie podrá desconocer. Por eso se afirma que la filiación en este sentido existe siempre en todos los individuos, siempre es hijo de un padre y de una madre.

Desde el punto de vista del derecho el término filiación tiene dos acepciones: *“Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado, es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc; sino también en línea descendente, para tomar como punto de relación a los hijos, los nietos, los bisnietos y tataranietos, etc. Además de este sentido amplísimo, por filiación se entiende en una connotación estricta, la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por tanto, implica un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen tanto en la filiación legítima como en la natural un estado jurídico”*.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> RAFAEL ROJINA VILLEGAS. *Derecho Civil Mexicano, Derecho de Familia*. Volumen II, 1998, pág. 265.

Esta relación de padres e hijos puede generarse en forma natural, o en forma jurídica. La filiación natural o biológica puede ser matrimonial o extramatrimonial, según que el hijo haya nacido dentro o fuera del matrimonio de sus padres; esta circunstancia no tiene otro efecto jurídico que el traducir en la ley la realidad social para crear normas diferentes a fin de facilitar la determinación de la filiación. La filiación jurídica es la que se crea con la figura de la adopción, ya que actualmente la adopción crea una relación jurídica de filiación, por oposición al nexo biológico.

Finalmente, con todo lo anteriormente expuesto, se puede definir a la filiación como: *El vinculo jurídico reciproco que une a los hijos con los padres, fundado en el hecho biológico de la procreación o en una decisión de ley.*

## 2.2 La Filiación

La filiación se ha definido como "El vinculo jurídico reciproco que une a los hijos con los padres, fundado en el hecho biológico de la procreación o en una decisión de ley", retomando esto solo como una clasificación, dentro del marco jurídico mexicano. Manuel F. Chávez Asencio,<sup>15</sup> en virtud de ser más amplia abarcando la filiación derivada de la procreación artificial además de la biológica y jurídica. No como la presentan algunos otros autores. La estructura respecto a esta institución jurídica es la siguiente:

## DERECHO

### I. Biológica

#### 1) En matrimonio

- a) Natural
- b) Artificial (homóloga o heteróloga)

<sup>15</sup> MANUEL F. CHAVEZ ASENCIO. *La familia en el Derecho I: Relaciones jurídicas Paterno-Filiales*. 2ª ed. México, Porrúa, 1992, pág. 12.

2) Fuera del matrimonio

- a) Natural
- b) Artificial (homóloga o heteróloga)

II. Acto jurídico

- 1) Adopción
- 2) Artificial (heteróloga)

En la primera división, la cual puede considerarse como tradicional, se encuentra la filiación derivada del hecho biológico y la derivada del acto jurídico. Ambos grupos son importantes, porque tanto una como otra producen consecuencias jurídicas esenciales, las cuales no pueden dejarse de lado, y a la que posteriormente haré alusión por ser parte fundamental del tema en estudio.

El hecho biológico y natural de las relaciones sexuales entre una pareja, que dan como origen la concepción de un ser, es lo que el derecho observa como necesario de ser regulado a través de normas de orden público e interés social. La relación sexual que origina la concepción, puede darse entre parejas que se encuentran o no unidas por el vínculo matrimonial; en el primer supuesto, el producto ha de ser considerado legalmente como hijo de matrimonio; y en el segundo supuesto, ha de ser considerado como hijo nacido fuera de matrimonio.

Actualmente los hijos nacidos dentro del matrimonio, así como aquellos que han sido adoptados de manera plena, gozan de los mismos derechos y tienen los mismos deberes sin distinción alguna, ampliándose ahora el vínculo de los adoptados hasta con los familiares de sus padres jurídicos; y éstos últimos tienen las mismas facultades y obligaciones respecto a sus hijos, por disposición previa en nuestro ordenamiento jurídico. Como bien señala en su obra, Federico Engels: *"Los apelativos de padre, madre, hijo, no son simples títulos honoríficos,*

*sino que, por el contrario, trae consigo serios deberes bien definidos y cuyo conjunto forma una parte esencial del régimen social de los pueblos".<sup>16</sup>*

La diferencia, ahora, únicamente radica en la forma en que debe probarse la relación paterno-filial. Retomando la clasificación presentada por el maestro Chávez Asencio, la filiación paterno filial puede darse en forma natural o en forma artificial; como bien lo indica: *"Lo natural es consecuencia del acto sexual realizado de manera normal entre los consortes o pareja alguna; y la forma artificial es cuando en el matrimonio se trata de la inseminación artificial con elementos de ambos consortes (homóloga, fecundación extracorpórea), incluyendo en esta forma la procreación con participación de tercera persona, diferente a alguno de los cónyuges (heteróloga)."*<sup>17</sup>

La primer forma pudiese parecernos más comprensible si la analizamos dentro del marco jurídico mexicano, no así la segunda, en virtud de que no existe base jurídica firme que regule estas nuevas formas de procreación, mayormente que de los elementos para resolver en caso de que se presentara una controversia entre los participantes en la procreación del hijo nacido, en este caso la ley contiene una serie de lagunas o vacíos jurídicos, lo cual es importante analizar en forma específica.

En el mismo nivel en que se encuentra la filiación por el hecho biológico, también se encuentra la filiación que se constituye por el acto jurídico, en el caso concreto se refiere a la figura jurídica de la adopción (plena y semiplena), en la primera el vínculo jurídico no solo queda entre el adoptante y el adoptado, como se da en el caso segundo, sino que ahora los deberes, derechos y obligaciones se extienden hasta los familiares del adoptante (s), con el fin de ampliar la protección del ser que se pretenda adoptar.

Otra forma en que también puede establecerse la relación paterno-filial a través de la celebración de un acto jurídico (contrato entre particulares), es la siguiente, por cierto poco estudiada y actualmente sin legislación al respecto: esto es, cuando se lleva a cabo la práctica

<sup>16</sup> FEDERICO ENGELS. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. 8ª Ed. México, Quinto Sol. 1985, pág. 26.

<sup>17</sup> CHAVEZ ASENCIO. Op. Cit. Pág. 4.

de la procreación artificial, en donde interviene la ayuda o participación de una tercera persona aportando el elemento (vientre) de la cónyuge incapaz, por causa de esterilidad, me refiero a: la maternidad subrogada; y también el caso en que la mujer (unida o no en matrimonio), se ve en la necesidad de recurrir a un banco de semen en el que existen múltiples donadores, para efecto de llevar a cabo la procreación. La conjunción de estos elementos humanos conlleva a la necesidad de plasmar el consentimiento de cada uno de ellos, para efecto de deslindar y atribuir los derechos y las obligaciones que todas aquellas prácticas de procreación se puedan derivar. La celebración de estos contratos no tienen sustento jurídico a pesar de que existe el consentimiento de las partes, en virtud de que el objeto que pretenden no encuentra dentro del comercio, de tal suerte de que todo lo que se acordarse vendría a ser nulo de pleno derecho, si lo analizamos a la luz del orden jurídico que priva en nuestro país. Tras la oscuridad que presenta nuestra legislación sobre estas nuevas técnicas de procreación, la problemática se hace inminente, toda vez de que si existiera una controversia entre los que participaron en la celebración del contrato a que se hizo alusión anteriormente, los jueces no tendrían los elementos jurídicos suficientes para resolver la conflictiva conforme a derecho, lo que se presentaría como viable, sería el resolver conforme a los principios generales del derecho, sin que la resolución altere el orden público ni tampoco el interés social.

Retomando la figura jurídica de la filiación y vinculándola con lo dicho anteriormente, el maestro Galindo Gárfias manifiesta lo siguiente: *"Las nuevas formas de procreación han venido a modificar y desviar el proceso natural de la procreación"*,<sup>18</sup> y más aún, han venido a generar un desequilibrio legal en nuestro país, en virtud de que no existe disposición legal que regule, permita o prohíba estas nuevas técnicas de procreación en la avanzada tecnología biomédica. Al respecto insiste el maestro Galindo Gárfias en que estos nuevos procedimientos permiten ocultar la verdadera filiación consanguínea de un ser humano (paterna, materna o ambas a la vez) y con ello se perturba la base biológica de la familia consanguínea.

---

<sup>18</sup> IGNACIO GALINDO GARFIAS. *Estudios de Derecho Civil*. 2ª Ed: México, Porrúa, 1994. Pág. 641.

### 2.2.1 Filiación Matrimonial

Una de las formas en que puede configurarse, es aquella donde los hijos nacen existiendo el vínculo del matrimonio entre sus progenitores, en este caso son legalmente considerados hijos de matrimonio. El maestro Baqueiro Rojas hizo alusión a esta forma de filiación, representándola de la siguiente manera:<sup>19</sup>

#### PATERNIDAD – FILIACIÓN

Maternidad	Paternidad
Matrimonial	Extramatrimonial
<ul style="list-style-type: none"> <li>• PRESUNCIÓN (pater is est)</li> <li>• RECONOCIMIENTO</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Natural (Sin impedimento para casarse)</li> <li>b) Espuria (Con impedimento para casarse)</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Antes de 180 días de matrimonio;</li> <li>✓ Imposibilidad física, y</li> <li>✓ Ocultamiento de embarazo y el parto.</li> </ul>	

Desde la antigüedad hasta nuestros tiempos la filiación materna ha presentado menor dificultad que la paterna, a esto hizo alusión Federico Engels, al manifestar lo siguiente: *“En ninguna forma de familia por grupos puede saberse con certeza quien es el padre de la criatura (familia consanguínea y panalía), pero si se sabe quien es la madre, es claro que en todas las partes donde existía el matrimonio por grupos, la descendencia solo podría establecerse por la línea materna y por ello solo se reconoce la línea femenina. Por lo tanto,*

<sup>19</sup> EDGARD BAQUEIRO ROJAS. *Derecho de Familia y Sucesiones*. México, Harla, 1990. Pág. 177.

solo se puede dar con certeza el reconocimiento exclusivo de la filiación-maternal y las relaciones de herencia deducen el nombre del derecho materno".<sup>20</sup> Bajo estas circunstancias y dado que no existía la posibilidad de investigar la paternidad ni recurrir a la presunción, se permitió el fortalecimiento de la filiación materna y con ello se consideraron sólo los efectos que de dicha filiación se generaban. No así cuando se implantó la forma de familia monogámica, surgiendo aquí la figura de la presunción de la paternidad, para los efectos legales y la determinación de los que serían considerados como hijos fuera del matrimonio. El matrimonio ahora sería por parejas, debiéndose mutuamente respeto y fidelidad, ello permitió eliminar los vestigios de las formas antiguas, referidas a las relaciones sexuales promiscuas y estableció una nueva forma de vida, prevaleciendo ahora, con mayor fuerza, la figura de la filiación paterna a través de la presunción en el matrimonio.

Considerando lo anterior, lo vinculare al tema que nos ocupa abocándome específicamente a la filiación de matrimonio o legítima. El artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal prevé lo siguiente:

**Artículo 324.** Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

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

La presunción se encuentra bien definida con sus respectivos límites en tiempo. El maestro Baqueiro acota lo siguiente: "*Es el padre el que el matrimonio indica, o sea el marido de la madre al momento del nacimiento*".<sup>21</sup> La presunción se fundamenta en dos supuestos, que son:

<sup>20</sup> ENGELS FEDERICO. Op. Cit. Pág. 43.

<sup>21</sup> BAQUEIRO ROJAS. Op. Cit. Pág. 182.

1. La fidelidad de la esposa, consistente en no tener más relaciones sexuales, sino sólo con su marido.
2. La aptitud del esposo para engendrar.

De aquí se fortalezca la figura presuncional, en donde los hijos han de considerarse del padre y de matrimonio si nacieron dentro de los plazos previstos en nuestra legislación. Engels, sobre este punto señaló, que toda vez que la forma de familia fue evolucionando, se llegó hasta la forma monogámica la cual se fundó en el predominio del hombre (marido), y su fin expreso sería procrear hijos cuya paternidad resultara "indiscutible", exigiéndose así en virtud de que algún día entrarían en posesión de los bienes de su padre. Reconociendo que de esta forma de familia sigue vigente, la diferencia radica en que actualmente existe solidez en los lazos conyugales no estando ya las partes en la posibilidad de disolverlos tan fácilmente como lo era en sus inicios.

La presunción de que el hijo nacido es producto de sus padres, se funda en el principio moral que entre los cónyuges se deben, principalmente tratándose de la paternidad, el artículo 312 del Código Napoleónico señala: "*L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari*", (El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido).

Si bien es cierto que legalmente existe la presunción de la paternidad, también lo es, que existe la posibilidad del desconocimiento por parte del padre aún estado unido con el vínculo matrimonial a su cónyuge, esto según lo previsto en los artículos 325 y 326 del Código Civil; en ambos se establece cuales son los presupuestos para efecto de concretarse la acción del desconocimiento, que son:

- a) Haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer;
- b) Que al cónyuge varón se le haya ocultado el nacimiento;

- c) Que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento, y
- d) No haber expresado su consentimiento, para concebir su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida.

Tras una lógica propia en la naturaleza humana, los presupuestos se concretizarán si se cuenta con pruebas fehacientes que acrediten la acción que se pretende intentar, tratándose en este caso del desconocimiento paterno del hijo nacido de su mujer, en virtud de que el artículo 326 del Código Civil, en su parte inicial y sobre el punto, prevé lo siguiente:

**Artículo 326.** “El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre, aunque esta declare que no son hijos de su cónyuge.”

Salvo que demuestre la existencia de alguno de los presupuestos enunciados en el párrafo anterior.

Otra situación en que podría encontrarse el hijo de matrimonio, sería aquella en que careciera de acta de nacimiento, ésta se encontrase defectuosa, incompleta o fuere falsa, en tales caso deberá probar “la posesión de estado de hijo de matrimonio”, con base a los siguientes requisitos enunciados en el artículo 343 del multicitado ordenamiento:

**Artículo 343.** Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedara probada la posesión de estado de hijo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- I. Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de estos;
- II. Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y
- III. Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el artículo 361.

Para los hijos habidos en matrimonio, la filiación ha de probarse con el acta de nacimiento del hijo, como lo establece el artículo 340 del Código Civil que a la letra dice:

**Artículo 340.** La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento.

Los efectos jurídicos que se desprenden de la relación paterno filial y que obligan a las partes son los siguientes: los hijos tendrán derecho por la ley a llevar los apellidos de sus progenitores, a exigir el derecho a los alimentos (reciproco), a gozar de los derechos derivados de la patria potestad, a acceso a la sucesión en caso de muerte de sus progenitores.

### **2.2.2 Filiación Extramatrimonial**

La filiación extramatrimonial es la denominación que se da a los hijos que han sido concebidos fuera del matrimonio.

Esta filiación es divisible: relación padre-hijo, por un lado, y relación madre hijo por el otro, aunque puede presentarse el supuesto en que la filiación este determinada en los dos polos.

Anteriormente, la filiación matrimonial y la extramatrimonial traían aparejadas diferencias fundamentales: en materia de sucesiones los derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio eran menores a los hijos nacidos dentro del matrimonio y tampoco eran iguales las relaciones con los familiares de los padres, puesto que la filiación extramatrimonial solo establecía el vínculo entre el hijo y su progenitor, no así con los familiares de este.

El hijo extramatrimonial era considerado un "medio hijo" en el derecho anterior, no solo en cuanto a la sucesión de los padres, sino por la permanente y constante diferencia con respecto a los hijos matrimoniales.

En nuestro país, a partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, ya no existen diferencias a este respecto, hoy en día nuestras leyes los equiparan en todos sus derechos y deberes.

La clasificación de las filiaciones que realiza la ley no surte efectos diferenciadores para unos y otros de los hijos. Sin embargo, la filiación, se determina necesariamente de diferente modo, según se trate de un hijo nacido dentro o fuera del matrimonio, aunque tales clases de hijos no tengan diferencia alguna.

### **2.2.2.1 Formas de Establecer la Filiación Extramatrimonial**

Como ya se ha señalado, todos los hijos son iguales ante la ley, y todos los hijos tiene derecho al reconocimiento y determinación de su origen.

Por lo tanto el derecho establece dos formas de determinar la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio:

1. Reconocimiento voluntario; y
2. Reconocimiento forzoso.

1. **Reconocimiento voluntario.**- El reconocimiento voluntario es la declaración espontánea de los progenitores, que expresa que una determinada persona es su hijo. Esta puede ser efectuada conjunta o separadamente por los padres.

Galindo Garfias define a este reconocimiento como: *"El acto en que cualquiera de los progenitores o ambos declaran que una persona es hija del declarante"*.<sup>22</sup>

El reconocimiento efectuado aparece como uno de los medios legales, para determinar la filiación extramatrimonial.

---

<sup>22</sup> GALINDO GARFIAS. Op. Cit. Pág. 661.

“La madre no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo, tiene la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo”; en cambio: “para que se haga constar en el acta de nacimiento el nombre del padre de un hijo nacido fuera del matrimonio, es necesario que aquel lo pida por sí o por apoderado especial constituido en la forma establecida en el artículo 44, haciéndose constar la petición” (artículo 60 del Código Civil). En este punto podremos observar una situación desigual entre la madre y el padre; puesto que la madre no puede dejar de reconocer a su hijo, mientras que el padre puede reconocer o no a su hijo.

El artículo 369 del Código Civil enumera los diversos modos de efectuar el reconocimiento voluntario:

- 1) En la partida de nacimiento, ante el juez del Registro Civil;
- 2) Por acta especial ante el mismo juez;
- 3) Por escritura pública.
- 4) Por testamento;
- 5) Por confesión judicial directa y expresa.

Para poder reconocer a un hijo es necesario tener la edad requerida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va ser reconocido. Sin embargo, el menor de edad podrá reconocer a su hijo, pero requiere el consentimiento de los que ejercen la patria potestad, del tutor o de la autoridad judicial si los anteriores niegan el consentimiento.

El reconocimiento voluntario no es revocable por el que lo hizo, en el caso en que el reconocimiento se hubiera realizado por medio de un testamento y éste se revocara, no se tendrá por revocado el reconocimiento.

La consecuencia principal del reconocimiento voluntario, es que el hijo reconocido entra bajo la patria potestad de quien lo reconoce.

2. **Reconocimiento Forzoso.**- Cuando el reconocimiento no se efectúa voluntariamente por el padre o la madre se puede acudir a la acción del reconocimiento forzoso o judicial, a través de una sentencia en un juicio que se denomina investigación de la paternidad o maternidad.

“Puede definirse diciendo que si el derecho que tienen los hijos habidos fuera del matrimonio de acudir a los tribunales, en los casos permitidos por la ley, para aportar las pruebas de su filiación, a fin de que sea ésta declarada por los mismos y se obligue a los padres demandados a cumplir con los deberes, derechos y obligaciones que les impone la relación paterno-filial.<sup>23</sup>

Se ha sostenido que la filiación extramatrimonial es divisible, ya que el hijo se vincula con ambos padres, de tal suerte que se torna necesario determinar la relación paterno-filiar, por un lado, y la relación materno-filial, por el otro.

La determinación de la maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio se fija de la misma manera que la de los hijos nacidos dentro del matrimonio, es decir, con el parto y la identidad del presunto hijo. La única limitación al ejercicio a la acción de investigación de la maternidad, surge cuando se pretende atribuir el hijo a una mujer casada, excepto que la maternidad resulte de una sentencia civil o criminal (artículo 386 del Código Civil).

Por otra parte, las personas que han asistido al parto, tales como los médicos cirujanos o matronas, están obligados a dar aviso del nacimiento Oficial del Registro Civil, dentro de los tres días siguientes al parto y el Oficial del Registro Civil tomará las medidas necesarias, a fin de que se levante el acta de nacimiento conforme a las disposiciones relativas (artículo 55 del Código Civil).

Por lo que hace a la identidad del hijo, ésta puede quedar establecida por medio de testigos.

<sup>23</sup> BAQUEIRO ROJAS. Op. Cit. Pág. 175.

En cambio, respecto a la determinación extrajudicial de la paternidad extramatrimonial, esta "solo se establece por el dicho de la madre y desde el punto de vista jurídico, a través de presunciones"<sup>24</sup>

#### 2.2.2.2 Casos Permitidos en la Investigación de la Paternidad ó Maternidad.

A diferencia de otros casos o situaciones por las que se permite la investigación de la paternidad o maternidad, no es necesario probar la relación sexual habida entre los progenitores, pues la relación entre los padres y el hijo está establecida precisamente por la Posesión de Estado (una reunión suficiente de hechos que indican la relación de filiación y de parentesco entre un individuo y la familia a la que él pretende pertenecer).<sup>25</sup>

El derecho necesita asegurarse primeramente de la paternidad o maternidad para reconocer efectos jurídicos al hecho de la procreación; y la paternidad es de difícil comprobación.

La filiación de una persona se compone de elementos múltiples; el primer punto que ha de establecer es el parto de quien pretende ser madre; tal mujer ha tenido un niño en tal momento, ello presupone que se conocen el hecho del alumbramiento y su fecha. En segundo lugar hay que establecer la *identidad* del hijo. La persona que hoy reclama, ¿es realmente el niño parido por aquella mujer, tiempo ha? Esta identidad supone necesariamente que deben concordar la fecha de alumbramiento y la edad del reclamante, y además que no ha habido sustitución de un niño por otro.

Cuando esos dos puntos son confesados o probados, la *maternidad*, es decir, la filiación respecto a la madre queda establecida. Es mucho más difícil la prueba de la maternidad, que jamás deja lugar a duda, que la de la paternidad; *mater semper certa est, pater incertus*.

<sup>24</sup> CHAVEZ ASCENCIO. Op. Cit. Pag. 198.

<sup>25</sup> ANTONIO DE IBARROLA. *Derecho de Familia*. Ed. Porrúa México 1993. Pag. 407.

Una vez probada la maternidad y establecida esta en relación con la madre, hablaremos de la filiación *paterna*; ¿Cuál fue el hombre que dejó encinta a la mujer? El problema de la *paternidad* no puede plantearse en tanto que el de la maternidad no haya quedado previamente determinado; ni pensar en investigar quién es el padre de un niño cuando no se ha determinado previamente quien es su madre. Existe un defecto en la ley, cuando en los artículos 329 y siguientes, se ocupa de la filiación paterna antes de haber hablado de la filiación materna.

**Artículo 329.** Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad a lo Previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperara, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

**Artículo 330.** En todos los casos en que el cónyuge varón impugne la paternidad, debe deducir la acción dentro de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento.

Un solo caso señala Planiol con su penetrante sentido jurídico, y es relativo a la filiación natural; cuando esta filiación queda establecida por un reconocimiento voluntario prestado por el padre en los términos del artículo 369, el padre del niño puede ser el primero en darse a conocer, en un momento en que la madre es legalmente desconocida; hasta puede darse el caso de que la filiación materna no llegue a quedar establecida jamás. Sucede lo mismo si la paternidad por parte del padre ha quedado establecida en términos de la fracción V del artículo 369 por confesión judicial directa y expresa.

Esta investigación no procede en todos los casos sólo en aquello expresamente establecidos en la ley:

1. Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre. Es importante recordar que los elementos de la posesión de estado son el nombre

(apellido) de los progenitores, el trato de hijo y la fama, es decir, el reconocimiento que la familia de los padres y la sociedad en general, hacen de la relación filial.

**Artículo 340.** La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento.

**Artículo 341.** A falta de acta o si esta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar esta filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Si faltase registro o estuviese inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba.

**Artículo 378.** La persona que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve; que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha proveído a su educación y subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que alguien haya hecho o pretenda hacer de ese niño. En este caso, no se le podrá separar de su lado, a menos que consienta en entregarlo o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada. El término para contradecir el reconocimiento será el de sesenta días, contados desde que tuvo conocimiento de él.

2. Cuando el hijo haya sido concebido, durante el tiempo en que la madre y el padre, vivieron maritalmente (artículo 383 fracción II, del Código Civil).

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

- I. Los nacidos dentro del concubinato;
- II. Los nacidos dentro de los trescientos siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

Aquí se hace necesario que la época de la concepción y la cohabitación coincidan. El Código Civil, presume que fueron concebidos en la época del concubinato: "los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina".

En este caso, la presunción no opera como en el matrimonio, en que no es necesario ninguna declaración del marido, ya que en toda circunstancia se requiere del reconocimiento voluntario o forzoso.

3. En el artículo 382 del Código Civil permite la investigación de la paternidad y la maternidad: "Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra los pretendidos padres", esto significa que nuestra legislación civil acepta cualquier prueba sin que sea necesario que esta sea escrita.

**Artículo 382.** La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.

### **2.2.2.3 Procedimiento de la Investigación de la Paternidad y Maternidad**

- a) A quien le corresponde el ejercicio de la acción: Esta acción tiene un carácter personalísimo y solo están legitimados para investigar, la paternidad y la maternidad, el hijo y sus descendientes.

La acción de investigación, en cuanto a la paternidad, solo puede ser ejercida por el presunto hijo. Por lo que respecta a la maternidad, la investigación puede ser intentada tanto por el hijo como por los descendientes de éste.

Nuestro Código Civil, no permite que esta acción sea transmitida a los herederos. En la investigación de la maternidad, como la acción también puede ser intentada por los descendientes de dicho hijo, estos pueden ser herederos, pero se excluye de esta acción a los herederos no descendientes.

**Artículo 347.** La acción que compete al hijo para reclamar su filiación es imprescriptible para el y sus descendientes.

**Artículo 349.** Los herederos podrán continuar la acción intentada en tiempo por el hijo, y también pueden contestar toda demanda que tenga por objeto disputarle su filiación.

- b) *Término:* La ley señala que las acciones prescriben a los cuatro años contados desde el fallecimiento del hijo. (artículo 351 del Código Civil). Sin embargo, si los padres hubieren fallecido durante la minoría de edad de los hijos, éstos tienen derecho a intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad.
- c) *Medios probatorios:* La paternidad y maternidad deberá acreditarse en el juicio respectivo.

En relación a la madre, hay que recordar que deben probarse el parto y la identidad del hijo, y que la prueba de la paternidad no se concluye por haberse probado la maternidad, puesto que no existe vínculo jurídico entre los padres de un hijo extramatrimonial. En cuanto al padre, deberá probarse la concepción y la identidad presunta del hijo; la concepción solo puede acreditarse mediante pruebas indirectas y presuncionales. La maternidad puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios (testigos, indicios, documentos, etc).

**Artículo 385.** Está permitido al hijo y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios, pero la indagación no está permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.

Es importante señalar lo que Chavéz Ascencio señala, respecto a la prueba testimonial: *"En esta materia surge la pregunta sobre la aplicabilidad por analogía de lo dispuesto en el artículo 341 del Código Civil, que trata de la prueba de filiación de los hijos nacidos dentro del matrimonio, el que previene que la testimonial no se puede aceptar, si no hubiere un principio de prueba por escrito, indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastantes graves para determinar su admisión. Este principio rige para las acciones de desconocimiento y de reclamación de paternidad en relación a los hijos de matrimonio, y estimo no puede ser aplicable para las acciones que pueden intentarse en materia de filiación extramatrimonial, inclusive a la posesión de estado, vimos que ésta requiere para su prueba menos elementos y solo se hace referencia a medios ordinarios de prueba. Sin embargo, conviene tener presente que la testimonial en nuestros tribunales no es bien apresiada, debido a la posibilidad de presentar testigos falsos, por lo que es conveniente, completarla con otras pruebas".*<sup>26</sup>

#### 2.2.2.4 Efectos del Reconocimiento

El hijo natural reconocido tiene derecho a:

- I. De llevar el apellido paterno de las personas que lo reconozcan como hijo;
- II. A ser alimentado por sus progenitores, ahora ya totalmente determinados, y
- III. A percibir la porción hereditaria que determine el Código Civil, en la sucesión in testamentaria.

La consecuencia principal del reconocimiento, es que el hijo reconocido entra bajo la patria potestad de quien lo reconoce, institución del derecho de familia; fundamentalmente protectora de la persona y bienes de los menores no emancipados.

**Artículo 380.** Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá su guarda y custodia; y si no lo hicieren, el

<sup>26</sup> CHAVEZ ASCENCIO, Op. Cit. Pág. 186.

Juez de lo Familiar, oyendo al padre, al menor y al Ministerio público, resolverá lo más conveniente atendiendo el interés superior del menor.

**Artículo 381.** Si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por el padre o la madre que no viven juntos, ejercerá la guardia y custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que ambos convinieran otra cosa entre ellos, y siempre que el Juez de lo Familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los progenitores, del menor y del Ministerio Público.

El reconocimiento fundamentalmente da lugar a que la tutela legítima, haya de ser ejercida cuando proceda por los padres, hermanos o a falta de estos, por los abuelos.

**Artículo 483.** La tutela legítima corresponde:

- I. A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas;
- II. Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive.

El Juez en resolución motivada, podrá alterar el orden anterior atendiendo al interés superior del menor sujeto a tutela.

**Artículo 487.** Los hijos mayores de edad son tutores legítimos de su padre o madre soltero.

**Artículo 488.** Cuando haya dos o más hijos, será preferido el que viva en compañía del padre o de la madre; y siendo varios los que estén en el mismo caso, el juez elegirá el que le parezca más apto.

**Artículo 489.** Los padres son de derecho tutores de sus hijos solteros, cuando estos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, debiéndose poner de acuerdo respecto a quién de los dos ejercerá el cargo.

**Artículo 490.** A falta de tutor testamentario y de persona que con arreglo a los artículos anteriores deba desempeñar la tutela, serán llamados a ella sucesivamente: los abuelos, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales a que se refiere la fracción II del artículo 483; observándose en su caso lo que dispone el artículo 484.

**Artículo 491.** El tutor del incapacitado que tenga hijos menores bajo su patria potestad, será también tutor de ellos, si no hay otro ascendiente a quien la ley llame al ejercicio de aquel derecho.

---

## ANTECEDENTES DE LA INSEMINACION

### 3.1 Concepto

En este tema mencionare las características que presenta esta, para efecto de constituir un concepto general tomando en consideración algunas definiciones que han elaborado autores, que nos permitan dilucidar los puntos esenciales correspondientes al tema en estudio.

En la actualidad, la ciencia pone al alcance de las parejas infértiles el recurso de la inseminación artificial. Esta constituye un método que facilita el encuentro de los componentes genéticos –óvulo y espermatozoide fértil- para lograr la fecundación.

El procedimiento llamado inseminación artificial consiste en colocar en el interior del útero o del canal cervical de la mujer, el semen del varón previamente preparado. Para ello es preciso realizar la monitorización de un ciclo menstrual con el fin de detectar el momento de la ovulación. El material seminal puede ser el del propio marido de la mujer, o proceder de donante en casos de ausencia de espermatozoides utilizables en su pareja.

“La inseminación artificial permite conseguir el embarazo en aquellos casos en los que el semen no reúne todas las condiciones necesarias para la fertilización del óvulo. También se emplea cuando el varón padece alguna patología que impide depositar el semen normalmente en la vagina. En estos casos se obtiene el eyaculado seminal y se centrifuga. Los espermatozoides, una vez disueltos en una pequeña cantidad de un medio apropiado que les proporciona vitalidad, se seleccionan y se colocan mediante una fina cánula, en el interior del útero, en el canal del cérvix o incluso en la vagina misma (inseminación paracervical), justo en el momento en que se detecta la ovulación.”

Desde un Punto genérico, como lo toman distintos autores, la inseminación artificial se define como:

*"El procedimiento utilizado en los programas de reproducción asistida como primera alternativa en el manejo de las parejas estériles con cuando menos una trompa uterina permeable que no haya logrado un embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales tendientes a la corrección de los factores de esterilidad".<sup>27</sup>*

La inseminación artificial puede describirse como la técnica que salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante cópula o coito normal entre marido y mujer. En muchos casos, la pareja es infecunda debido a causas que atañen exclusivamente a la mujer, sin ser esta estéril. No superándose estos trastornos mediante tratamiento terapéutico, pudiendo recurrirse a la inseminación artificial con semen del marido. Pero puede ocurrir que frente a la esterilidad del marido la pareja decidiese recurrir a la inseminación artificial utilizando el esperma fértil de un tercero. En este caso la inseminación no solo es una técnica o método para permitir al fecundación genética conyugal, si no que, además, aporta un componente genético ausente en la pareja para fecundar. En otras palabras, en el primer caso planteado (inseminación homóloga, con semen del marido) los componentes genéticos –óvulo y espermatozoide fértil- existen en el marido y la mujer: la inseminación artificial solo facilita su encuentro apto para facilitar la fecundación. En el segundo caso uno de los componentes genéticos de la fecundación –esperma fértil- está ausente, falta, la inseminación lo aporta, lo introduce "desde afuera" (inseminación heteróloga). Ahora bien, tanto la inseminación artificial homóloga como la heteróloga participan en un carácter común: *la fecundación se obtiene sin copula o coito*. El semen es inoculado mediante jeringa o catéteres y depositado en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo femenino.<sup>28</sup>

Chávez Asencio distingue a la inseminación artificial de la fecundación artificial. "Inseminación será el término para indicar la introducción del esperma en la mujer sin

<sup>27</sup> <http://www.reproducción.com.mx/insem.htm>.

<sup>28</sup> Eduardo A. Zannoni. *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, pp. 43-44.

asegurar la fecundación; fecundación, la unión artificial extrauterina de un espermatozoide con un óvulo."<sup>29</sup>

Este procedimiento que se menciona es aplicado en parejas incapaces de engendrar, refiriéndose específicamente a aquellas que recurren a la inseminación artificial heteróloga, como también a la figura de la maternidad subrogada.

La inseminación artificial heteróloga, es una técnica dirigida a obtener una concepción a partir de los gametos procedentes de al menos un donador diverso a la pareja, que se encuentra unida al matrimonio.

- a) *Dentro del matrimonio.* El semen proviene de un donante distinto del marido y generalmente anónimo.
- b) *Fuera del matrimonio.* Es aquella inseminación que se realiza en mujer soltera o divorciada con semen de un donante.

La maternidad subrogada se refiere al hecho, de que una mujer distinta a la pareja, de su consentimiento para la procreación de un hijo, el cual una vez nacido deberá entregar a aquella, pudiendo mediar o no pago alguno, por la permisión del uso de su vientre y hasta de sus óvulos en caso de que así lo hayan convenido.

El autor Nicolás Pérez Serrano aporta otra definición de inseminación artificial, la cual creo es necesario citar, ya que esta me permitirá tener un mayor alcance al momento de elaborar mi propia definición, así tenemos que Pérez Serrano la define como: "*Todo mecanismo consistente en procurar que se establezca el contacto entre el elemento activo fecundante del varón y el óvulo de la mujer pero los procedimientos pueden ser entre los cónyuges o utilizando material ajeno*".<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Manuel F. Chávez Ascencio, *La familia en el Derecho*. Relaciones jurídicas paterno filiales. Editorial Porrúa. S. A. México, 1992. p. 25.

<sup>30</sup> Nicolás Pérez Serrano. *Eutelenegesta y Derecho. España, Separata de la Revista del Foro Canario*, Publicaciones Iltr, Colegio de Abogados de las Palmas, 1955. pag 16.

Las finalidades principales de la inseminación artificial son:

1. Permitir el acceso al campo de la fertilización;
2. Conjugar los elementos óvulo y espermatozoide para lograr la concepción a través de la fecundación en forma interna o externa, y
3. Asegurar y perfeccionar las técnicas de procreación para satisfacer la necesidad de la familia en parejas estériles.

Desde el punto de vista las finalidades pueden consentirse lícitas, toda vez que cubren la necesidad de procreación, sin embargo la costumbre, la moral, el marco jurídico y social no dan pleno consentimiento a este tipo de prácticas, por ello considero necesario que se regule y limite su ejercicio para proteger la vida, son estas circunstancias, en sus relaciones paterno-filiales (paternidad y maternidad).

Puede ser posible que todavía prevalezca el pensamiento de algunos abogados, legisladores y jueces, los cuales postulan que: "La mejor solución para estas nuevas prácticas es el silencio de la ley y dejar que la conciencia de cada individuo sea la que regule sus situaciones personales en el terreno de la procreación"

Si bien es cierto que se recurre a estas alternativas para satisfacer en deseo legítimo de experimentar la paternidad, también lo es que no estando regulado por la ley y tratándose de una serie de derechos, deberes y obligaciones, no faltaría quién pretendiera evadirlos pudiendo dejar en un estado de indefensión al ser procreado.

Ahora que se han tratado algunas definiciones, finalidades y riesgos de la fertilización o inseminación artificial, se puede definir como:

El método que consiste en introducir mediante procedimientos artificiales el espermatozoide en la mujer fértil con el propósito de la procreación.

## 3.2 Aspectos históricos

### 3.1.1 Inseminación Artificial en Animales.

La inseminación artificial en animales probablemente se ha realizado desde al antigüedad clásica. La primera inseminación artificial documentada data del siglo XIV, cuando un árabe obtuvo en secreto semen de un caballo enemigo y fecundó a su yegua. En 1600, Malpighi y Babiena trataron de fecundar sin éxito los huevos de un gusano de seda.<sup>31</sup>

En 1757 el sueco Clerck hizo experimentos utilizando a la araña macho, la cual, luego de dejar su semen en la tela que fabrica, lo recoge para transportarlo hasta la hembra en sus jeringuillas naturales.

El método de inseminación artificial fue descrito científicamente en 1780 por el italiano Lázaro Spallanzani, que hizo experimentos con perros logrando que nacieran cachorros completamente normales.<sup>32</sup>

El Instituto de Fisiología de la Inseminación de Moscú ha utilizado, desde 1900, la técnica de inseminación en ovejas, ganado y caballos, la cual se ha desplazado rápidamente a diversos países como Estados Unidos, Francia y Suecia.

Actualmente, la industria de la procreación está desplazando rápidamente a la procreación natural en algunas especies animales. En Estados Unidos, alrededor de seis millones de becerros son producidos anualmente por el método de inseminación artificial, utilizando semen congelado. El semen es congelado y almacenado por varios años para después mandarlo a lugares como Sudamérica, donde es utilizado con éxito para realizar inseminaciones. Las nuevas técnicas para conservar el semen son tan sofisticadas que ya no conocen límites ni de espacio ni de tiempo. Con semen de alto precio se inseminan vacas, pero

<sup>31</sup> Manuel F. Chavéz. Ascencio. *La familia en el Derecho*. Relaciones jurídicas paterno filiales. Editorial Porrúa. S. A., México. 1992. p. 34.

<sup>32</sup> Göran Ewerlöf. "Swedish legislation on artificial insemination", en II Congreso Mundial Vasco. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Editorial Trivium. S. A., Madrid. 1987 p. 65.

para facilitar los problemas de transporte y evitar los altos costos, se retira el embrión de la vaca, se implanta en un animal pequeño, como por ejemplo en un conejo, y así es transportado hasta su destino. Al llegar a éste, el animal pequeño se sacrifica, el embrión se retira y se implanta en el animal que le dará a luz.

### 3.2.2 Inseminación Artificial en Seres Humanos.

En algunas culturas ser estéril es considerado como un estigma degenerativo, como un castigo divino por los pecados cometidos o como falta de virilidad. "En muchas sociedades, un hombre sin hijos no posee estatus social. Es rechazado no solo del mundo de los vivos, sino también, y eso es generalmente lo más grave, del reino de los muertos, de esa sociedad de antepasados desaparecidos en la que no podrá entrar si no posee hijos que puedan rendirle culto el que muere sin hijos, está privado de la supervivencia"<sup>33</sup>

En la época romana constituía una deshonra no tener descendencia que continuara el culto familiar.<sup>34</sup>

Todo ser humano tiene el afán de trascender, y una manera de lograrlo es por medio de los hijos. Por esto la procreación humana no es un simple acto de reproducción instintiva sino la oportunidad de "prolongar" nuestra vida transmitiéndonos a nuestros hijos. "La pulsión de generar una nueva vida puede frustrarse por deficiencias biológicas que impidan la procreación. Cuando esto ocurre los padres buscan entonces el apoyo científico para superar la dificultad y enfrentarán por distintos caminos la esterilidad, hasta alcanzar la gestación requerida." La comunidad científica ha tratado de dar respuesta a la necesidad humana de procreación por medio de métodos como la inseminación artificial.

Como antecedente cabe recordar que el Talmud hebreo reporta una concepción en la cual no hubo copula. Una mujer quedo embarazada después de haberse bañado en una tina donde previamente había eyaculado un hombre. La Biblia nos habla de Ben-Sira, que le nació

<sup>33</sup> Robert Clarke, *Los hijos de la ciencia*, cincéc, Buenos Aires, 1986, pp. 51-52, citado por Miguel Angel Soto Lamadrid, *Biogenética, filiación y delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 11.

<sup>34</sup> Eugene Petit, *Derecho Romano*, editorial Porrúa, S. A., México 1984, p.113.

a la hija de Jeremias. Ella también concibió después de meterse en la misma tina en la que su padre se había bañado previamente. Lo importante de estos relatos no es tanto si son verídicos, sino el hecho de que ya en épocas remotas los hombres consideraban que la copula no era una condición *sine qua non* de la procreación.

La primera inseminación artificial en seres humanos fue realizada por el cirujano inglés Jhon Hunter entre los años 1790 y 1799. Esta fue una inseminación homóloga pues se utilizó el semen del esposo de la mujer inseminada. Ciertamente este hecho ha sido puesto en cuestión, pero existe información concreta de que un niño nació en 1834 por este método.<sup>35</sup>

En 1884 William Pancoast logró exitosamente la primera inseminación heteróloga documentada en Filadelfia. Esta se llevó a cabo en secreto para proteger tanto al médico como a la paciente. Veinticinco años después un alumno de Pancoast publicó este acontecimiento. Algún colega expuso al respecto: "... modificar la creación y mejorarla con inteligencia."

En 1866 Montegazzo sugirió que se utilizarán bancos de semen congelado. La primera concepción humana con células de esperma congelado fue reportada por Bunge en 1953.

Durante la Segunda Guerra Mundial, debido a la preocupación de los soldados norteamericanos por tener descendencia y dado que desconocían el tiempo que estarían alejados de sus esposas, se recurrió al método de inseminación artificial. Transportaban el esperma de los combatientes en aviones de guerra. Mediante esta práctica, afirman Saimour y Kemer que tan solo en el año de 1941 resultaron nueve mil casos de embarazo por inseminación artificial.<sup>36</sup>

Se puede decir que en la actualidad la capacidad de procreación del hombre puede ejercerse incluso después de su muerte. Más de veinte mil niños nacen cada año por medio de inseminación artificial y utilizando semen de un donante. En 1982 Walzer estimó que alrededor de quinientos mil niños habían nacido para esa fecha como resultado de este

<sup>35</sup> Gömn Ewerlöf, op. cit: loc. cit.

<sup>36</sup> Dominick Verti, "Reproductive technologies and United States Law", en el International and comparative law quarterly, Vol. 37, part 3, 1988, p. 508.

método. Bancos de semen se han establecido en todo el mundo. Países como Francia y Dinamarca han construido bancos y centros de inseminación aceptados por la comunidad científica y por la sociedad.

### 3.3 Aspectos morales.

La moral católica, en relación a la inseminación artificial, ha expresado sus puntos de vista, mismos que han sido ratificados en congresos, conferencias y discursos episcopales.

En términos generales puede señalarse que los primeros pronunciamientos han considerado a la inseminación y la concepción artificial como inmorales en la religión católica. Solo se admiten ciertos métodos artificiales que faciliten el acto natural para alcanzar como fin la fecundación.

La iglesia católica censura todas aquellas formas de reproducción humana realizadas a través de procedimientos artificiales, permitiendo únicamente estos cuando sirvan tan sólo como medio para lograr la cristalización de la maternidad, cuando sea el producto del semen y del óvulo de una pareja unida en matrimonio sin aceptar la ayuda de un donador, bien sea hombre o mujer, ni la inseminación artificial con cualquier otro fin ya sea comercial o científico y no está en contra de estos métodos tan solo por que sean artificiales si no porque van contra la dignidad y el respeto humano, ya que técnicas como la fecundación *in vitro* pueden llevar a manipulaciones genéticas o biológicas como puede ser: la experimentación de la fecundación entre gametos humanos y animales, la gestión de embriones en úteros animales o a la construcción de úteros artificiales para embriones humanos.

#### 3.3.1 Inseminación Artificial Homóloga.

Resaltare la opinión de la iglesia católica en este tipo de fecundación, que se da dentro del matrimonio en el cual existen dos elementos inseparables: uno, que tiene por objeto unir o asociar a un hombre con una mujer; y el otro, que es consecuencia de la procreación, manteniéndose con ello el sentido de un amor recíproco. Por tanto, "se quiere lícitamente la

EMIS CON  
DE ORIGEN

fecundación cuando es el término de un acto conyugal de suyo idóneo a la generación de la prole, al que se ordena el matrimonio por su propia naturaleza y por lo cual los cónyuges se hacen de una sola carne. Pero la procreación queda privada de su perfección propia, desde el punto de vista moral, cuando no es querida como el fruto del acto conyugal, es decir, el gesto específico de la unión de los esposos.<sup>37</sup>

También existe dentro del matrimonio el lazo corporal y el espiritual cuya conjunción da como resultado la procreación de un hijo que es el fruto de la donación recíproca y no concebido como el producto de una intervención de técnicas médicas y biológicas. "La importancia moral de la unión existente, los significados del acto conyugal y entre los bienes del matrimonio, la unidad del ser humano y la dignidad de su origen, exigen que la procreación de una persona haya de ser como el fruto del acto conyugal específico del amor entre los esposos".<sup>38</sup>

Esto nos hace pensar ¿Cómo se debe valorar moralmente la inseminación artificial homóloga? A lo que contestan los dirigentes católicos: "En la fecundación artificial al realizarse en el matrimonio hay que distinguir, si existe la posibilidad de obtener la generación por vía moral, aunque sea con graves dificultades, entonces la inseminación artificial es siempre moral, pero se puede dar el caso de unos cónyuges que después de haber experimentado todos los remedios médicos quirúrgicos no logran obtener prole, a causa incluso de una disfunción del orden traumático sobrevenido después de la boda; entonces se podrá realizar la fecundación artificial homóloga, con tal de que hay un acto conyugal que exprese el amor entre las dos personas, por lo que se necesita recurrir a ciertos artificios que ayuden sin sustituir, a lo que exige la naturaleza de la persona humana".<sup>39</sup>

Así mismo encontramos que: "Las discusiones de la última década sobre la inseminación artificial con esperma del marido indican una creciente aceptación de este método. La preocupación básica de que el hijo, sea fruto del amor no parece se vea amenazada en modo

<sup>37</sup> Actas y Documentos Pontificios. Instrucción sobre el respeto a la Vida Humana Naciente y Dignidad de la Procreación. Ediciones Paulinas, 1963, p. 19.

<sup>38</sup> Ibid; p. 28.

<sup>39</sup> Diccionario Enciclopédico de Teología Moral. Op. Cit., P., 421.

alguno por la modificación biológica del proceso de inseminación. La anterior preocupación del método de obtener semen, que parece subyacente en las objeciones de Pío XII oponía a este procedimiento, ya no es considerado obstáculo serio por la mayor parte de los moralistas. Si el semen procede del marido y los cónyuges viven su matrimonio en un clima de amor y del niño que nace como fruto de la inseminación artificial. Los pastores deben sentirse libres al aconsejar al matrimonio sin hijos que recurran a este método en su deseo de llegar a ser padres y realizar su misión pro creativa."<sup>40</sup>

Con relación a la fecundación extracorpórea o *in vitro*, originalmente se decía que la licitud e inmoralidad de esa fecundación derivada del procedimiento, al ser contrario a la naturaleza, conculcaba el orden natural de las cosas y se prestaba a toda clase de aberraciones.

“En efecto si la fecundación *in vitro* no fuera ilícita en si misma, como evitar por ejemplo que se lucre con ella ya sea proveyendo óvulos o semen o simplemente para la gestación. ¿Cómo evitar asimismo que con el correr del tiempo se pueda generar la vida en probeta y reemplazar el habitáculo natural del feto por algún nuevo invento del hombre?”

En la actualidad las consideraciones o aspectos morales y filosóficos que han surgido alrededor de esta forma de fertilización puede resumirse en dos posiciones:

- 1) Quienes se basan en la aceptación de una ética trascendental, fundada en lo que se conoce como la “ley natural”; la mayor parte de estos problemas ésta relacionado con el cristianismo y sus dogmas, aunque también con las ideas de los protestantes, y
- 2) Quienes reclaman conceptos derivados de la ética humana, es decir los derechos del individuo y de la sociedad, así como los principios que rigen la ética médica profesional, apoyados en diferentes códigos de comportamiento que van desde el juramento hipocrático hasta la declaración de Helsinki.

<sup>40</sup> La Sexualidad Humana. Nuevas Perspectivas del Pensamiento Católico. Ediciones Cristiandad, Mdrid España. 1978. p. 160.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

La opinión que da la iglesia católica sobre la investigación de embriones en la fecundación *in vitro*.

De los diversos estudios realizados se puede observar que en la practica habitual de la fecundación extracorpórea o *in vitro*, no todos los embriones son transferidos al cuerpo de la mujer, algunos son destruidos. La iglesia, al igual que prohíbe el aborto provocado condena atentar contra la vida de estos embriones ya considerados seres humanos.

También la iglesia es contraria, desde el punto de vista moral, a la fecundación extracorpórea aun cuando esta sea homóloga, la considera ilícita y contraria a la dignidad de la procreación y de la unión conyugal, aun cuando se pusieran todos los medios para evitar la muerte de un embrión humano. "Por ello no es conforme a la moral exponer deliberadamente la muerte, embriones humanos obtenidos *in vitro*. Por haber sido producidos *in vitro*, estos embriones no transferidos al cuerpo de la madre y denominados *embriones sobrantes*, quedan expuestos a una suerte absurda, sin que sea posible ofrecerles vías de supervivencia seguras y licitamente perseguibles."<sup>41</sup>

En cuanto a las consideraciones filosóficas de este tipo de fecundación, tenemos que el principal aspecto filosófico que gira en torno a la fertilización extracorpórea es la que se asocia a la metodología necesaria para alcanzar ese objetivo, con el peligro de la producción de "hombres clonados".

La revista The Atlantic Monthly de mayo de 1971, publico dos articulos sobre la fertilización extracorpórea o *in vitro*: el primero titulado "La madre obsoleta", escrito por Edward Grossman, plantea que con las nuevas técnicas de fertilización extracorpórea el papel de la mujer como madre se limitaría en el futuro a la producción de óvulos susceptibles de fecundación; lo demás se llevaría a cabo en un tubo de ensayo. Sin ser un científico, Grossman revive y trata de solucionar los problemas descritos por Aldous Huxley en su Mundo Feliz, en el cual todo el proceso de reproducción de los seres humanos se realiza *in vitro*, y la

<sup>41</sup> Actas y Documentos Pontificios. Op. Cit: p. 19.

producción de alfas y betas que la sociedad necesita para mantenerse equilibrada se regula matemáticamente. El segundo artículo, "Avanzando hacia el hombre clonal", está escrito por el Doctor James D. Watson, ganador en 1962 del Premio Nobel por su descubrimiento de la escritura molecular del ADN. Cuando Watson publicó este artículo, Edwards y Steptoe ya habían logrado conservar vivos algunos huevos humanos fecundados *in vitro*, hasta la etapa blastociste, en el cual la implantación del óvulo en el útero es menos problemática; de hecho, Watson señaló que los autores ingleses esperaban alcanzar tal implantación, después del desarrollo normal del producto, en el transcurso del siguiente año (recordemos que el artículo se escribió en 1971 y que el nacimiento de Louis Joy Brown ocurrió hasta 1978). Con visión perfecta Watson señaló lo siguiente: *"Es claro que si Edwards y Steptoe tiene éxito, su ejemplo será seguido en muchas partes. El número de mujeres infértiles que podrían beneficiarse con esta técnica es pequeño porcentualmente, pero muy grande en cifras absolutas. En los Estados Unidos podrá haber cerca de 100, 000 mujeres que desearían una oportunidad de este tipo para tener hijos. Simultáneamente, debemos anticipar fuertes reacciones de muchos sectores, algunas seguramente históricas. La certeza de que esta técnica abre la posibilidad de alquilar mujeres no emparentadas para que lleven un embarazo a término molestará a mucha gente, en vista de que no existe mucha razón para implantar el blastociste en la mujer que proporcione el huevo no fecundado. Muchas mujeres con alteraciones anatómicas que impiden un embarazo se sentirán muy tentadas a encontrar una "madre subrogada". Y también es fácil imaginarse que otras mujeres que simplemente no quieren sufrir las incomodidades del embarazo también buscarán esta forma diferente de maternidad. De mayor preocupación serían las potencialidades de mal uso de esta técnica por algún gobierno totalitario inhumano.*

### 3.3.2 Inseminación Artificial Heteróloga.

Este tipo de técnica es llevada a cabo por el mismo procedimiento que la anterior, con la salvedad que el semen fecundante proviene de un tercero o donante, debido a que el esposo es estéril. El embrión es implantado en la esposa. Una alternativa en este método es el caso en el cual el esperma es donado por el esposo pero el óvulo proviene de un donante. La diferencia con la fecundación *in vitro* homóloga, nos dice Galindo Garfias, consiste en que la heteróloga, "plantea la disyunción entre la paternidad biológica y la filiación del hijo que de esa manipulación resulta"<sup>42</sup>

La inseminación artificial empleando semen de donante se empezó a utilizar en aquellos casos en los que era imposible obtener espermatozoides viables. En esta técnica se realiza la monitorización del ciclo menstrual, igual que en el caso anterior, mediante determinaciones hormonales y ecografías, hasta determinar el momento esperado de la ovulación. En este caso el semen empleado para la inseminación procede de un donante varón sano.

Esta técnica se considera contraria a la moral católica cuando la fecundación se realiza gracias a la intervención de un donador como elemento extraño al matrimonio ya que el hijo debe de ser concebido llevado en las entrañas de su madre, traído al mundo y educado dentro del matrimonio, argumentando que es evidente la inmoralidad y como consecuencia, la ilicitud jurídica de este tipo de inseminación, debido a que es contraria a la dignidad de los esposos, a la vocación propia de los padres y el derecho de los hijos a ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio y por el matrimonio.

Hay una posición diferente, pruebas en contrario, de hecho, muchas parejas han sido capaces de superar estos obstáculos y han tenido hijos recurriendo a la inseminación artificial heteróloga, con el resultado de que en sus vidas personales y conyugales se han visto enormemente enriquecidas. Ello debe de servir de advertencia para no cerrar en absoluto la vía hacia esta solución".

<sup>42</sup> Ignacio Galindo Garfias, op. Cit: p. 155.

En los caso en que se acude al elemento extraño al de los cónyuges, lo que solo se pretende es la procreación. En la actualidad con los avances de la ciencia, se puede evitar el coito con un hombre o una mujer extraña y lograr la inseminación, buscando a propósito la concepción. Para lograr el éxito en este tipo de fecundación deberá de existir indiscutiblemente el acuerdo de ambos cónyuges, debiendo existir una relación de amor y plena confianza, además de cumplir con los requisitos que se señalan como lícitos para la fecundación.

### **3.3.3 Maternidad Subrogada.**

La maternidad subrogada es considerada también como inmoral, debido a las mismas razones que llevan a rechazar la fecundación heteróloga: "Es contraria a la dignidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana".<sup>43</sup>

La maternidad sustituta representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal, y de la paternidad responsable, ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaurada en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psicológicos y morales que la constituyen.

La iglesia rechaza la maternidad subrogada, mientras que el judaísmo es un poco más flexible y opta por dejar el asunto al arbitrio de la conciencia individual de los fieles.

Para concluir el aspecto moral resaltare los puntos relevantes sobre el criterio que sustentan. En primer lugar sólo aceptan la técnica utilizada dentro del matrimonio siempre y cuando ésta sirva como medio para lograr la fecundación en la mujer. Por otro lado, se rechaza la inseminación con semen de un tercero porque atenta contra la unidad del matrimonio, ya que cuando es utilizado este método, el acto sexual pierde para el donante y la receptora su

---

<sup>43</sup> Actas y Documentos pontificios. Instrucción sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación. Op. Cit: pag. 25.

carácter inherentemente personal y queda reducido a un proceder técnico; por la misma razón se rechaza también la figura de la maternidad sustituta. Por último, resulta contrario a la moral de la iglesia cualquier tipo de investigación o experimentación que se realice sobre los embriones humanos, acto según la iglesia, constituye un atentado contra la vida humana.

### 3.4 Aplicación de las Técnicas de Procreación en México.

En nuestro país no ha sido la excepción para la introducción de las modernas técnicas de procreación. Hoy en día ya es común que existan instituciones que prestan el servicio profesional de la reproducción humana con procedimientos artificiales, con esto nos podemos dar cuenta que todo lo anteriormente citado viene a concretarse en una clara realidad, toda vez que se permite, por no estar expresamente prohibido en la ley, tener acceso al uso de estas nuevas formas, que sin lugar a duda resuelven los problemas de las parejas carentes de hijos, dándoles la facilidad de procrear si consienten la aplicación de estos modernos procedimientos. La información que se obtuvo sobre estos procedimientos ha resultado muy interesante; en este capítulo señalare los servicios con los que cuentan dichas instituciones, indicando con mayor detalle algunos puntos importantes que permitan observar más de cerca el ejercicio de estas prácticas en nuestro país.

Para iniciar es necesario mencionar que la inseminación artificial se realiza en México solo en parejas que no han podido concebir debido a alguna de las siguientes razones:

**PRIMERA:** Que la mujer presente algún problema a nivel del cuello del útero como: alteración en el moco cervical, presencia de anticuerpos antisperma, estenosis (estrechez), tratamiento láser o criocirugía, etc.

**SEGUNDA:** Que el hombre muestre alteraciones de tal forma que le sea imposible aportar el elemento necesario para la fecundación, ejemplo de ello sería el caso de que presentara esterilidad o malformaciones anatómicas en su aparato reproductor, entre otros.

**TERCERA:** Que la pareja presente esterilidad inexplicable (aquella en que todos los estudios demuestran normalidad pero no se logra la fecundación).

La inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga, como ya se menciono anteriormente; la homóloga es aquella donde se utiliza el semen de la pareja; la heteróloga es aquella en donde se utiliza el semen de un donador (semen congelado en banco), y se recurre cuando el varón no tiene espermatozoides suficientes o cuando es portador de alguna enfermedad hereditaria. Dependiendo del sitio donde se deposite el semen, la inseminación puede ser: Intravaginal, Intracervical, Intrauterina, Intraperitoneal o Intratubaria. Con la Inseminación intrauterina se obtiene la mejor tasa de embarazo, una vez lograda la fecundación el desarrollo del embarazo se vuelve normal; el riesgo de presentar un aborto, parto prematuro o un bebe con una malformación congénita es el mismo que en un embarazo obtenido por coito vaginal.

La inseminación artificial homóloga no debe realizarse cuando;

- a) Hay incompatibilidad a Rh;
- b) Se es portador de una enfermedad hereditaria;
- c) Se es portador del virus del SIDA;
- d) Se tiene una enfermedad crónica degenerativa descontrolada tales como: diabetes, hipertensión severa, etc;
- e) Presentan cáncer o se esta bajo tratamiento con radio terapia, quimioterapia o citostáticos;
- f) Se cruce con una infección genital activa;
- g) Se tenga la contraindicación para un embarazo por razones médicas o psiquiátricas;
- h) No se tenga conocimiento de alguno de los miembros de la pareja.

Los impedimentos para llevar a cabo la inseminación heteróloga serian:

- a) La no aceptación por alguno de los miembros de la pareja, o
- b) Ser mujer soltera.

En otros casos, la inseminación artificial puede también prepararse de antemano cuando el varón deba ser sometido a tratamientos quimioterápicos o radioterápicos, en los que se prevea la alteración de las células germinales productoras de espermatozoides. O simplemente cuando las características del eyaculado permitan preveer una mala eficacia fertilizante.

En México, la institución de reproducción asistida presenta una amplia gama de servicios especializados que se dirigen tanto a parejas con problemas reproductivos como a médicos tratantes de estas parejas, entre los servicios se encuentran:

- La inducción de ovulación;
- Inseminación artificial y capacitación espermática;
- Crioprecervación y banco de semen;
- Transferencia intratubaria de gametos;
- Fertilización *in vitro* y transferencia de embriones (FIVTE) bebé de probeta;
- Laboratorio reproductivo, y
- Terapia psicológica para la pareja con problemas reproductivos.

Como puede observarse los servicios conducen de una forma u otra a la práctica de alguna de las técnicas de concepción a las que se han hecho alusión en el transcurso de este capítulo, entendiéndose así que la situación de procreación ahora con medios artificiales es vigente también en nuestro país, prueba de ello es la existencia de dicha institución funcionando dentro de los límites que la ley establece, para efecto de satisfacer la necesidad citada en múltiples ocasiones.

La inseminación artificial trata específicamente el depósito del semen en el aparato reproductor femenino, que generalmente es en el interior del útero. Actualmente este procedimiento permite una tasa de embarazo por intento hasta del 30%. Otra posibilidad recurrible es el uso del banco de semen; éste se utiliza en procedimientos de inseminación artificial heteróloga, con lo cual se permite el embarazo en parejas con varones azoospermicos

o con alteraciones graves de movilidad o morfología espermática. El banco de semen establecido en México, trabaja en conjunto con el proyecto de la Universidad del sur de California de los Estados Unidos de Norte América. También es posible la criopreservación del semen a través de la auto preservación, y es para aquellos varones que sean sometidos a vasectomía, cirugía prostática o testicular, que deseen la posibilidad de reproducirse o también se aconseja cuando el varón viaja con frecuencia y no coincide con los días fértiles de la pareja. La criopreservación de pre-embiones excedentes originados en un ciclo de GIFTE o FIVTE. Con ello la pareja mantiene grandes probabilidades de embarazo sin tener que repetir nuevamente todos los pasos de estas técnicas. Tratándose de transferencias de los pre-embiones y la fertilización *in vitro* (bebé de probeta), su indicación principal en México es en mujeres con lesión tubaria irreversible. También se prefiere en varones con cuentas espermáticas muy bajas; esta técnica al igual que la GIFTE, requiere de una gran estructura tecnológica. En los quirófanos del hospital Metropolitano de la Ciudad de México se cuenta con un laboratorio de gametos, mismos que se rige de acuerdo con los lineamientos internacionales y cumple con el marco ético-legal que impone la Ley General de Salud, su reglamento y sus normas técnicas.

Con este panorama general nos podemos constatar que en México ya se empiezan a dar una practica continua de estas técnicas de reproducción humana, con procedimientos artificiales, debido a los avances bio-científicos de hoy en día.

## TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA

## 4.1 Concepto

Se define como reproducción asistida: "Al empleo de tecnología altamente especializada que constituye o complementa al contacto sexual para que la fertilización ocurra".<sup>44</sup>

Dentro de esta definición de reproducción asistida, se incluyen varias técnicas que han sido concebidas y desarrolladas para solucionar la patología de la pareja estéril. Algunas son de desarrollo muy reciente, tales como la fertilización *in vitro* o la inyección *intracitoplasmática* de espermatozoides. Otras como la inseminación artificial y la estimulación ovárica son conocidas de más antiguo. La *criopreservación* de embriones o gametos (conservación, congelados, en nitrógeno líquido) es un complemento valiosísimo de las anteriores y son de total actualidad los *cocultivos* de *preembriones* o los primeros *exitos* en la congelación de óvulos.

Tiene indicaciones específicas, entre otras, los fracasos a tratamientos médicos o quirúrgicos convencionales; en este sentido, debemos mencionar que no está indicada para todos los casos de esterilidad, ni constituye la solución a todos los problemas de las misma, pero permite embarazos en casos previamente considerados desahuciados y sus indicaciones y aceptación son cada vez mayores, por lo que es utilizada con mayor frecuencia.

Su empleo ha permitido profundizar en el conocimiento de fenómenos naturales como *foliculo génesis*, (Es una estructura circular que envuelve a la célula germinal, está formada por varias capas de células y se encuentra en el tejido de la corteza ovárica), *ovulación*, (Desprendimiento de un ovocito secundario de un foliculo vesicular del ovario), *función del cuerpo luteo*, (Se conoce como un cuerpo luteo, al foliculo que después de la ovulación experimenta una serie de procesos que lo convierte en una estructura glandular de 1 a 3 cm de

<sup>44</sup> Pérez Peña, *Efrazn, Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción*. Ciencias y Cultura Latinoamericana, México, 1995, p. 644.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

diámetro, sólida de coloración amarilla y con características bioquímicas diferentes), *implantación*, (Proceso por el cual el blastocito se adhiere al revestimiento epitelial del útero, penetra a través de su mucosa y queda incluido en la capa compacta del endometrio y ocurre a los siete días de la fecundación del óvulo), etc. Y mejora los métodos tradicionales de tratamiento.

Al ofrecer esta opción a parejas estériles, debe darse una información completa acerca de todos los aspectos involucrados, para que éstas puedan elegir libremente si desean emplear esta tecnología o recurrir a alternativas como la adopción, continuar con tratamientos convencionales o vivir sin hijos deseados.

## 4.2 Tipos

### 4.2.1 Inseminación artificial

Se define a esta como "el depósito de espermatozoides, previamente preparados, en el útero de la mujer sin efectuar un contacto sexual".<sup>45</sup>

El procedimiento llamado inseminación artificial consiste en colocar en el interior del útero o del canal cervical de la mujer, el semen del varón previamente preparado. Para ello es preciso realizar la monitorización de un ciclo menstrual con el fin de detectar el momento de la ovulación. El material seminal puede ser el del propio marido de la mujer, o proceder de donante en casos de ausencia de espermatozoides utilizables en su pareja.

La inseminación artificial permite conseguir el embarazo en aquellos casos en los que el semen no reúne todas las condiciones necesarias para la fertilización del óvulo. También se emplea cuando el varón padece alguna patología que impide depositar el semen normalmente en la *vagina*. En estos casos se obtiene el *eyaculado* seminal y se centrifuga. Los espermatozoides, una vez disueltos en una pequeña cantidad de un medio apropiado que les proporciona vitalidad, se seleccionan y se colocan mediante una fina cánula, en el interior del

<sup>45</sup> Pérez Peña, Efraín, Op. Cit. P. 644.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

útero, en el canal del *cervix* o incluso en la *vagina* misma (inseminación paracervical), justo en el momento en que se detecta la ovulación.

Este procedimiento se empleó inicialmente en casos de hombres que presentaban *eyaculación* retrógrada (al interior de la vejiga urinaria), después de cirugía prostática o en ciertas patologías urológicas. Se obtenía el semen mediante centrifugación del contenido vesical. Otras patologías que se han beneficiado de este tratamiento son las impotencias resultantes de *paraplejias* o *tetraplejias*, donde puede conseguirse el material seminal mediante *electroeyaculación* o punción del epidídimo.

En otros casos, la inseminación artificial puede también prepararse de antemano cuando el varón deba ser sometido a tratamientos *quimioterápicos* o *radioterápicos*, en los que se prevea la alteración de las células germinales productoras de espermatozoides. O simplemente cuando las características del *eyaculado* permitan prever una mala eficacia fertilizante.

La inseminación artificial empleando semen de donante se empezó a utilizar en aquellos casos en los que era imposible obtener espermatozoides viables. En esta técnica se realiza la monitorización del ciclo menstrual, igual que en el caso anterior, mediante determinaciones hormonales y ecografías, hasta determinar el momento esperado de la ovulación. En este caso el semen empleado para la inseminación procede de un donante varón sano.

Se trata de una técnica relativamente simple y eficaz, pero el resultado final está condicionado por la calidad del semen que, suele ser de baja calidad por causas derivadas de la propia patología de base del varón. De esta forma, cuando se alcanzan los tres o cuatro intentos, donde el índice de éxitos es notable, está indicado acudir a otras técnicas más precisas como la fertilización *in vitro* o la inyección *intracitoplasmática* de espermatozoides.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Las indicaciones más comunes para realizar la inseminación artificial son:

- La imposibilidad de eyaculación vaginal (impotencia orgánica, eyaculación retrógrada, disfunción vaginal) y el uso de espermatozoides congelados antes de un tratamiento de cáncer o vasectomía.
- Infertilidad debida a un factor masculino, en el cual la muestra de semen muestra deficiencias en el número de (oligospermia), motilidad (astenospermia) o morfología (teratospermia) de los espermatozoides.
- Factor cervical desfavorable que no puede ser tratado con tratamiento medicamentoso.

La técnica más utilizada y efectiva es la intrauterina (IUI), aunque también se han empleado la intracervical, vaginal, intraperitoneal (DIPI o IPI) e intrafolicular (DIFI).

El semen puede provenir del esposo o compañero (homóloga) o de un donador (heteróloga). En caso de donador, por los riesgos cada vez mayores de transmitir graves infecciones, se ha dejado de utilizar semen fresco (con el que se obtenían más embarazos), por el congelado que permite verificar más la calidad de la muestra.

Con el semen del esposo, el procedimiento permite, en mayoría de los casos, mejorar las características de los espermatozoides, lo cual incrementa levemente las posibilidades de lograr el embarazo.

Además el semen adecuado, se requiere al menos, una evaluación mínima, previa de los factores ováricos y tubo-peritoneales de la mujer y las psicológicas de la pareja, así como la detección de anticuerpos para hepatitis, SIDA y otras enfermedades venéreas.

Si después de cuatro a seis ciclos de IUI no se ha logrado el embarazo, se debe recurrir a una evaluación más completa, a técnicas de reproducción asistida más avanzadas o a otras alternativas. En parejas maduras, estables y motivadas, los resultados son excelentes, por lo que es común que se utilice en más de una ocasión en la misma pareja.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

#### 4.2.2 Perfusión espermática a oviductos

Es un procedimiento originario por el DR. Kahn, en Noruega, que resulto ingenioso, poco invasivo y con buenos resultados con indicaciones específicas.

Es una IUI modificada, o una especie de combinación de IUI y GIFT (Transferencia Intratubaria de Gametos), puesto que se insemina un mayor volumen de medio de cultivo con espermatozoides previamente tratados para que lleguen a las *fimbrias* (Cualquier estructura en forma de fleco; especialmente los extremos colaterales de los tubos uterinos, oviductos) por vía transceval.

Los ovocitos (Célula propia de dos de las fases del desarrollo del óvulo que tras la fecundación se multiplica rápidamente durante el desarrollo fetal), a diferencia del GIFT, no se recolectan sino se realiza la hiperestimulación ovárica controlada (HOC) para aumentar la posibilidad de unión espontánea entre ovulo y espermatozoide, de manera similar a la IUI y HOC.

#### 4.2.3 Fertilización *In Vitro* y Transferencia de Embriones

“Es la unión de espermatozoide y óvulo fuera del cuerpo humano y trasladado del huevo o huevos fecundados a la cavidad uterina para su desarrollo posterior”.<sup>46</sup>

La fertilización *in vitro*, procedimiento que adquirió renombre internacional tras el nacimiento de Louise Brown, que recibió el nombre de bebé probeta, es parte integrante de un proceso técnico y complejo. En esencia consiste en la fertilización en un medio de cultivo, de los óvulos obtenidos de la mujer, con espermatozoides de su pareja. Recibe el nombre *de in vitro* por el recipiente de laboratorio donde serán fertilizados los óvulos, fuera del organismo de la mujer. Posteriormente, los *preembriones* obtenidos se transfieren al útero para continuar su desarrollo.

---

<sup>46</sup> Pérez Peña, Efraín. Op. cit. p. 649.

Para obtener los óvulos que serán luego fertilizados, se realiza la estimulación farmacológica de la ovulación, mediante la administración de la hormona FSH y un control estricto del ciclo menstrual mediante la determinación de los niveles hormonales y seguimiento *ecográfico* del desarrollo folicular en los ovarios. Cuando se alcanza el momento de la ovulación, se recogen los ovocitos, directamente de los ovarios y, una vez fertilizados, se transfieren al útero los embriones obtenidos. Ya que sólo se transfieren dos o tres, los embriones sobrantes se *criopreservan* en nitrógeno líquido y pueden ser empleados más adelante.

A diferencia de lo que ocurre en un ciclo normal, mediante la estimulación ovárica con fármacos se pretende obtener varios óvulos maduros al mismo tiempo, esto permite optimizar el proceso y ahorrar nuevos ciclos en caso de que no se consiga el embarazo en este intento. El crecimiento folicular se controla combinando análisis seriados de *estradiol* en el plasma y ecografías de los ovarios. Al comprobar que el número y tamaño de los folículos es el adecuado, se desencadena su maduración mediante una inyección de una hormona llamada L.H. Unas 36 horas después se realiza la captación folicular mediante punción guiada ecográficamente.

Los ovocitos obtenidos son estudiados y completan su maduración en un medio de cultivo. Entonces el semen del marido se incorpora a este cultivo con el fin de facilitar la fecundación. Una vez se comprueba la vitalidad de los embriones obtenidos, dos o tres de ellos se transfieren al interior del útero, mientras que los sobrantes se *criopreservarán* en nitrógeno líquido para su uso posterior.

Requiere un útero normal, al menos un ovario funcionando (que sea accesible para la obtención de ovocitos) y una muestra espermática aceptable.

Los pasos indicados en la FIV son:

- Inducción de superovulación por medio de gonadotropinas o citrato de clomifeno, hormona liberadora de gonadotropina o una combinación.
- Control del desarrollo del folículo ovárico hasta la etapa preovulatoria.
- Recuperación del ovocito con apoyo laparoscópico o de ultrasonido.
- Inseminación del ovocito recuperado.
- Cultivo de los gametos en medio del cultivo tisular.
- Transferencia del embrión al útero.

Desde el nacimiento de Louise Brown, primer ser humano que nació por medio de esta técnica en julio de 1978, el procedimiento se ha perfeccionado y actualmente se utiliza prácticamente en todo el mundo, dado que su utilización se han generado múltiples conocimientos prácticos y desarrollado técnicas afines para otras indicaciones.

Como la fertilidad disminuye con la edad, la mayor parte de las clínicas especializadas en esta materia no aceptan a pacientes mayores de 40 años, por sus bajos resultados.

#### FIV CON EMBRIONES CONGELADOS

El primer embarazo con embriones congelados se reportó en 1983, en un inicio se utilizó *dimetilsulfóxico* como crioprotector, posteriormente de los programas utilizan 1,2 *propanediol*.

Las ventajas de congelar embriones es que pueden ser transferidos en un ciclo natural posterior y aumentar las posibilidades de lograr un embarazo, sin incrementar los riesgos y los costos. Sus desventajas implican fundamentalmente consideraciones éticas.

#### 4.2.4 Transferencia Intratubaria de Gametos

En un intento de mejorar los resultados de FIV y después de experimentar con primates, en 1984, un grupo de investigadores propusieron una nueva alternativa en el tratamiento de la esterilidad en pacientes que al menos tuvieran una trompa de Falopio en buen estado, ya que el procedimiento consiste en "colocar por la laparoscopia o minilaparotomía, espermatozoides y ovocitos en la poción ampular de un oviducto para que ahí se realice la fertilización."<sup>47</sup>

El que la fertilización sea *in vitro*, la hizo para muchos, éticamente más aceptable que la FIV. Actualmente, en la mayor parte de las clínicas de reproducción asistida, por sus excelentes resultados y gran número de indicaciones, se realizan aproximadamente el mismo número de GIFT que de FIV.

Una vez desencadenada la ovulación y obtenidos los ovocitos, se colocan dos o tres de ellos en el interior de una de las trompas de Falopio, empleando la vía *laparoscópica*. En el mismo lugar se deposita una cierta cantidad de espermatozoides (unos 50.000), con el fin de que se produzca en este lugar la fertilización, que sería más semejante a la natural.

Este procedimiento se ideó para el tratamiento de parejas diagnosticadas de esterilidad de origen desconocido (cuando no existe causa aparente que la justifique). Las fases iniciales del proceso son las descritas para la fertilización *in vitro*, pero una vez desencadenada la ovulación y obtenidos los ovocitos, se colocan dos o tres de ellos en el interior de una de las trompas de Falopio, empleando generalmente la vía *laparoscópica*. En el mismo lugar se deposita una cierta cantidad de espermatozoides (unos 50.000), con el fin de que se produzca en este lugar una fertilización semejante a la natural.

Esta técnica se ha empleado también para casos de *oligospermia* o endometriosis, pero su principal inconveniente es la imposibilidad de constatar que realmente se ha producido la fecundación, lo que sí es evidente cuando se utiliza la FIV o la ICSI.

---

<sup>47</sup> Italo Tozzini, Roberto. *Esterilidad e Infertilidades Humanas*. Edit. Panamericana, Bogotá, 1989, p. 263.

#### **4.2.5 Transferencia Intratubaria de Embriones**

Esta técnica es híbrida entre GIFT y FIV, ya que aquí la transferencia intratubaria es de embriones o huevos fecundados.

Se le denomina de manera diferente según sea el estado del huevo fecundado: ZIFT para cigotos, PROST (Pronuclear Stage Transfer), para cigotos o embriones en la etapa pronuclear, TET o TEST (Tubal Embryo Transfer o Tubal Embryo Stage Transfer), para embriones de 2 a 8 células.

En esta técnica, una vez obtenidos los gametos de ambos padres (espermatozoides y ovocitos) y conseguida la fecundación de los embriones, éstos se transfieren a la trompa de Falopio, normalmente por vía intrauterina (a través del útero)

Podría definirse como una combinación de la FIV y la TIG. En esta técnica, una vez obtenidos los gametos de ambos padres (espermatozoides y ovocitos) y conseguida la fecundación de los embriones, éstos se transfieren a la trompa de Falopio, pero por vía intrauterina (a través del útero), soslayando así la necesidad de practicar la laparoscopia. Se pretende de este modo garantizar que realmente la ovulación tiene lugar, al mismo tiempo que se intenta reproducir, como en la TIG, el proceso natural de la implantación.

Aunque se pretende de este modo, por un lado garantizar que realmente la ovulación tiene lugar, al mismo tiempo que se intenta reproducir, como en la TIG, el proceso natural de la implantación, los resultados no han conseguido igualar la eficacia de la FIV o la ICSI y su empleo es excepcional en la actualidad.

#### **4.2.6 Donación de Ovocitos**

La donación de ovocitos tiene las mismas implicaciones éticas que la donación de espermatozoides, que se utiliza desde hace años. Si esta técnica no se había utilizado, era por

la dificultad de obtener ovocitos y de sincronizar a la donadora y receptora, en desarrollo ovular y endometrial.

En el Congreso Internacional sobre Procreación Asistida llevado a cabo en 1995 en Viena y Bruselas, profesionales del tema analizaron varios aspectos relacionados con las técnicas de reproducción asistida, entre las cuales se encuentra: la donación de ovocitos, misma que se introdujo para el tratamiento de la mujer estéril, con el objeto de conseguir embarazo en mujeres mayores y post-menopáusicas.

La selección de una donante es de gran importancia para los posibles padres y el niño resultante. La mujer donante de un ovocito debe reunir las siguientes características:

1. Estar en edad fértil entre los 18 y 35 años;
2. Estar sana física y mentalmente, determinado por exámenes médicos y evaluación psicológica;
3. Haber sido analizada para evitar alteraciones hereditarias y/o enfermedades de transmisión sexual, y
4. Haber sido analizada para detectar posibles anticuerpos del SIDA.

Por lo que respecta a la mujer receptora, también tendrá que pasar por una serie de exámenes previos a la donación e inseminación entre los cuales se encuentran los siguientes:

1. Examen físico de la mujer;
2. Histerosalpingografía para evaluar la cavidad uterina y la permeabilidad de al menos una de las trompas;
3. Análisis cardiopulmonar, especialmente en mujeres mayores;
4. Evaluación del esperma del marido;
5. La pareja debe de ser evaluada psicológica y socialmente, y
6. Análisis serológico del grupo sanguíneo, anticuerpos, rubéola, SIDA, hepatitis, entre otros.

Ha sido demostrado que la implantación de ovocitos puede realizarse en mujeres menopáusicas. El endometrio de las mismas tiene la posibilidad de responder a las hormonas sexuales y proporcionar un ambiente receptivo para la implantación y el embarazo. Los embarazos en mujeres que están por encima de la edad en la cual se puede tener hijos crea problemas médicos, psicológicos, familiares y sociales. En varios países se ha recomendado limitar la edad de las receptoras a la edad en la cual de forma natural se pueden tener hijos.<sup>48</sup>

Con las tendencias actuales de posponer embarazos para edades más avanzadas y los avances de la tecnología en las técnicas de reproducción asistida ha existido un mayor interés en esta posibilidad. Se ha demostrado que la calidad del ovocito y no la del endometrio, es la que da las tasa bajas de embarazo en mujeres de edad avanzada y que cuando se utilizan ovocitos de donadoras jóvenes, aún en recipientes de edad avanzada, los resultados mejoran notablemente. Por lo que la donación de ovocitos se ha empezado a utilizar con diferentes técnicas de reproducción asistida, según el caso particular.

#### **4.2.7 Donación de Embriones o Huevos Fecundados**

Es una extensión lógica del procedimiento anterior, ya que al no existir métodos adecuados en la actualidad para criopreservar ovocitos, la solución fue el donar huevos fecundados *in vitro* o *in vivo*, extrayéndolos después de la cavidad uterina mediante lavado de la misma. Estos se transfieren por distintas técnicas en el mismo ciclo o son criopreservados para su utilización posterior.

Consiste en la entrega anónima de gametos (óvulos o espermatozoides) por parte de una mujer o un hombre sanos, los cuales serán empleados por un centro de reproducción asistida para parejas que no dispongan de sus propios gametos

No es propiamente dicho una técnica, se trata de un procedimiento regulado por la legislación española y consiste en la entrega anónima de ovocitos por parte de una mujer sana, los cuales serán empleados para técnicas de reproducción asistida para mujeres que no

<sup>48</sup> Barri, P. Cohen Jean. "Consenso Internacional sobre Procreación Asistida", Bruselas. 1995.

dispongan de sus propios gametos, debido a menopausia precoz o tratamientos *quimioterápicos*, por ejemplo. Se realiza un proceso similar de estimulación ovárica en la mujer que será donante. En la receptora se prepara el endometrio para recibir los embriones resultantes. Los óvulos donados serán fertilizados con semen de su marido.

La donación puede ser también de embriones, generalmente procedentes de parejas que lograron el embarazo con la aplicación de alguna de las técnicas referidas. Estos embriones sobrantes son entregados, de forma anónima, para su uso en parejas con un factor de esterilidad de ambos cónyuges.

Las razones de ello derivan de la mayor facilidad y capacidad de obtención de espermatozoides, que de los gametos femeninos, los cuales hoy por hoy no pueden ser *criopreservados* y descongelados con garantías absolutas de que su dotación cromosómica no sufrirá alguna alteración. La dotación genética de los espermatozoides tolera bien la congelación.

De hecho, en cualquiera de las técnicas de reproducción asistida pueden emplearse gametos o embriones de donante, cuando los de la pareja no estén disponibles.

#### **4.2.8 Portadoras Subrogadas**

Para mujeres estériles sin útero y con ovarios, se han creado programas en donde mujeres que reúnen ciertos requisitos de edad y características psicológicas, medicas, etc. Establecen un contrato en el que se comprometen a llevar en su útero el producto de la concepción de ovocitos y espermatozoides de una pareja estéril y regresarlo a esta pareja inmediatamente después del parto vaginal o cesárea.

La paciente estéril sin útero se le somete a HOC para producir ovocitos en sincronía con el ciclo natural de la portadora subrogada y se realiza después el procedimiento de reproducción asistida que se haya decidido. En un contrato legal se hacen todas las especificaciones pertinentes.

Estos tipos de programas son muy caros e involucran múltiples aspectos emocionales, psicológicos, religiosos, éticos, legales y médicos, por lo que son muy escasos los sitios donde se ofrecen. Una variante es emplear familiares o amigas muy cercanas, lo cual disminuyen los costos, pero permanecen otras consideraciones, a lo que se deben agregar las implicaciones psicológicas del donador muy conocido o familiar.

#### **4.2.9 Aspiración Microquirúrgica de Espermatozoides de Epidídimo.**

Este método trata de solucionar los problemas del cónyuge para eyacular espermatozoides, ya sea porque padece esterilidad o impotencia congénita de vasos deferentes y obstrucción con daño irreversible de los conductos deferentes, con lo cual no existía un tratamiento con un pronóstico aceptable, hasta que con los avances de la tecnología en la reproducción asistida, en 1987, se inició este procedimiento que actualmente ofrece un buen pronóstico a pacientes antes desahuciados o remitidas a inseminación terapéutica por donador o adopción.

#### **4.2.10 Micromanipulación de Gametos y Embriones.**

Como una extensión de los procedimientos de reproducción asistida, se han empezado a manipular bajo el microscopio gametos y huevos fecundados, en un intento de mejorar los resultados, posteriormente, para diagnóstico y corrección de anomalías genéticas y cromosómicas.

Tanto los gametos masculinos, como los embriones pueden ser conservados, congelados en nitrógeno líquido. Este proceso (criopreservación) no puede emplearse todavía con garantías en los ovocitos por el teórico riesgo de que se produzca una alteración cromosómica durante el proceso de congelación y descongelación. Esto es debido a que los gametos femeninos poseen su material genético suspendido en la profase de la primera división *meiótica*, en una situación muy lábil ante agresiones del entorno. Sin embargo es conocido que se están comunicando los primeros éxitos al respecto.

En principio y con la salvedad mencionada para los ovocitos, la *criopreservación* puede ser empleada también en las técnicas de reproducción asistida y, tanto con material propio de la pareja, como procedente de donante.

#### **4.2.11 Sustitución Nuclear o Clonación.**

Consiste en la extracción del núcleo de una célula (citoplasto) seguida de la transferencia de otro núcleo rodeado de una pequeña porción de citoplasma (carioplasto) proveniente de una segunda célula. La fusión de citoplasto y carioplasto puede realizarse con microinyección o utilizando un virus como vector; esto permitiría la creación de seres idénticos, lo cual ha sido logrado en animales. Se desconoce la potencialidad y utilidad de esta técnica en humanos.

#### **4.3 Derechos de los niños nacidos mediante estas técnicas.**

En México, como muchos otros países del mundo, adoptó la Convención Sobre los Derechos del niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Este acuerdo consta de 54 artículos y procura ofrecer a todos los niños una infancia feliz que les permita desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

El artículo 3.1 de la mencionada convención, establece: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, y los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los estados parte se comprometen a asegurar al niño toda la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas*

*responsables de él ante la ley y con ese fin, tomarán las medidas legislativas y administrativas adecuadas".<sup>49</sup>*

En este sentido, consideramos que el niño, para el pleno y armónico desarrollo de su persona, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular, de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la sociedad.

Además, se debe tener presente que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

El artículo 6.1 de la convención establece: *"Los estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los estados parte garantizarán en la máxima medida de lo posible la supervivencia y el desarrollo del niño".<sup>50</sup>*

Por otro lado, el artículo 8.1 de la citada convención, establece: *"Los estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los estados parte deberán prestar la asistencia y protección apropiados con miras a restablecer rápidamente su identidad".<sup>51</sup>*

¿Qué significa esta identidad y cuáles son sus elementos?

<sup>49</sup> Internet. Dirección: <http://www.unhcr.org/ref/asmatic.htm>, p. 3

<sup>50</sup> Idem; p. 4

<sup>51</sup> Ibidem.

Tomando en cuenta que la identidad es un conjunto de elementos que distinguen a una persona de otra, al conjunto de circunstancias que la señalan individualmente, debemos entender que tales circunstancias comprenden los orígenes de la persona. Anteriormente, estos orígenes se diferenciaban fácilmente a través del seguimiento de los hechos del parto y la concepción. En la medida en que la tecnología reproductiva avanza, también en esa medida avanza la posibilidad de la manipulación del patrimonio genético de una persona, y por tanto, tendremos que acostumbrarnos a que este patrimonio forme parte de la identidad, de tal suerte que el conocimiento de los propios orígenes abarca también, el conocimiento y respeto por un elemento de la identidad: el patrimonio genético.

El derecho del niño a conocer su origen entra en conflicto con la intención del donante de permanecer en el anonimato, por lo que habrá de determinarse cual interés es predominante.

---

## ASPECTOS LEGALES DE LAS NUEVAS TÉCNICAS DE PROCREACIÓN EN LA FILIACIÓN.

Tratar temas como la filiación y las nuevas técnicas de procreación, a mi entender son necesarios para poder desarrollar el tema del presente trabajo de titulación, y poder adentrarnos más al análisis sobre las normas jurídicas vigentes sobre la filiación y las nuevas técnicas de fecundación, considerando el alcance legal de las primeras sobre las segundas.

La evolución moral y psicológica que la sociedad ha experimentado exige modificaciones jurídicas que estén acordes con la realidad social; por ejemplo de ello es la figura jurídica de la filiación que hasta hace poco tiempo se basaba en un dato de hecho, derivado del vínculo biológico. Actualmente existen nuevas alternativas para la procreación dignas de ser estudiadas a la luz de nuestra legislación.

### 5.1 Aspectos generales

Las normas jurídicas que tratan la filiación se han formulado con base en tres postulados principales, que son los siguientes:

- a) Cualquier nacimiento es necesariamente fruto de la cópula física entre un hombre y una mujer (actualmente hay otras alternativas);
- b) La maternidad se determina por el hecho del parto, por lo tanto esto es indudable (con las nuevas formas de fecundación esto ha dejado de ser una verdad absoluta); y
- c) La paternidad solo puede ser conocida a través de la investigación de las relaciones sexuales que la madre haya tenido con el presunto padre durante la época legal de la concepción (hoy en día, con la inseminación artificial heteróloga, se rompe con la posibilidad, de la investigación real de la paternidad).

Bajo estos presupuestos, la filiación se ubica dentro de un marco jurídico comprensible, sin embargo hay que analizar el nuevo panorama social y ampliar sus bases jurídicas

procurando la eficacia de las normas de orden público e interés general, dado que las nuevas practicas de reproducción asistida han rebasado lo previsto por la ley.

## **5.2 Derecho comparado**

### **5.2.1 Legislación internacional**

La medicalización de la vida, como resultado del incesante avance de la biomedicina y el despliegue tecnológico, plantean el reto de encontrar el marco normativo adecuado que proteja a la persona frente al intervencionismo que las practicas biomédicas le ocasionan.

El derecho debe de hacer suyo el compromiso que actualmente la sociedad exige, tomando en cuenta los valores socialmente asumidos. Debe adoptar medidas que delimiten el ámbito de las aplicaciones de la biología y la medicina y que a la vez garanticen la dignidad del ser humano y los derechos y libertades fundamentales de la persona.

En este intento regulador, el derecho debe de tener presente la primacia de la persona, de tal manera que en caso de cualquier conflicto de intereses, el bienestar e interés del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la ciencia.

Muchos países han iniciado ya el camino para lograr el marco legal apropiado que garantice el pleno goce de los derechos humanos frente a las intromisiones de la biomedicina.

Esta investigación, no promete resolver la problemática que en materia de técnicas de reproducción se encuentra latente, únicamente se procedió a revisar la legislación que otros países han seguido y creado en relación a la inseminación asistida, con la finalidad de tener bases para proponer o diseñar el instrumento jurídico idóneo, para la sociedad mexicana, que permita hacer frente a los adelantos científicos del siglo XXI.

La primera legislación específica sobre esta materia fue la Ley Succa de Inseminación Artificial, del 22 de diciembre de 1984, en la que regula la inseminación homóloga y

heteróloga; en donde la mujer receptora debe de encontrarse casada o tenga una relación estable como si lo estuviere; asimismo establece ciertas características especiales, cuando el semen provenga de un hombre distinto de aquel con el que encuentre casada o convive en relación análoga, como lo son el hecho de que el médico elegirá al adecuado donante de semen y que los informes de este se registraran en un libro especial de memoria clínica que se conservará durante un tiempo no inferior a setenta años.

Refuerza los postulados de dicho ordenamiento la Ley del Cambio en el Código Civil del Título Relativo a la Paternidad, con la que se incorporó una disposición la cual señala:

*"Si la inseminación se ha realizado en la madre con el consentimiento de su marido o el hombre con quien convive en relación similar al matrimonio, y si es posible, tomando en cuenta la totalidad de las circunstancias, que el niño haya sido engendrado por esa inseminación, se considera padre de éste, aquél que haya dado su consentimiento. . . ."* (artículo 60).

Por lo tanto existe una ley del Secreto, redactada también el 20 de diciembre de 1984, en donde se establece que para el caso de la inseminación artificial, el secreto se mantendrá dentro del ámbito y competencia de la atención médica.

En Alemania existe la Ley de Protección al Embrión, del 13 de diciembre de 1990, mediante la cual se reglamenta la procreación asistida.

Roberto L. Andormo la describe como *"Una ley sumamente precisa y técnica, que tiene a los médicos y biólogos como principales destinatarios"*<sup>52</sup>

En la exposición de motivos de la misma (sección A, III) los legisladores alemanes consideran que desde el comienzo de la vida humana, las manipulaciones de ésta deben encontrar límites claros.

<sup>52</sup> Andormo L. Roberto. "El Derecho frente a la Nueva Eugenesia": Cuadernos de Bioética. Revista Chilena de Derecho, vol. 21, N° 2. Chile, 1994, p. 321.

El Gabinete Federal de dicho país ha sugerido que la manipulación de embriones humanos así como su utilización para fines de investigación científica, deben ser penadas por la ley, es por ello que en la citada Ley de Protección al Embrión, se establecen regulaciones y limitantes especiales para las siguientes prácticas:

- a) El abuso de las técnicas de reproducción, tal como lo sería la creación y utilización abusiva de embriones humanos solo para fines de investigación.
- b) La determinación del sexo del embrión. La única excepción se presenta cuando se persigue evitar la transmisión de una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo.
- c) La fertilización arbitraria de embriones, con lo que se prohíbe la práctica de dejar algunos embriones en *stock* y en consecuencia la creación de "bancos embrionarios".
- d) La alteración artificial de genes humanos, es decir la modificación deliberada de la información genética de los gametos, ya que tales manipulaciones podrán provocar malformaciones graves en generaciones futuras.
- e) Los clones, prohíbe el provocar artificialmente la formación de un embrión humano con una información genética idéntica a la de otro embrión, es decir duplicación deliberada de un ser humano.

En España existe la **Ley sobre Técnica de Reproducción Asistida**, aprobada definitivamente por el Congreso el 31 de octubre de 1988. Esta ley que cuenta con 21 artículos es muy precisa en cuanto a la materia que regula puesto que al determinar al ámbito de aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, señala que las mismas consistirán en:

- a) La inseminación artificial;
- b) La fecundación *in vitro*;
- c) La fecundación *in vitro* con transferencia de embriones, y
- d) La transferencia intratubárica de gametos.

La citada ley establece que dichas técnicas podrán ser practicadas siempre que estén científicamente y clínicamente indicadas y se realicen en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, así como con equipos especializados.

Dicha ley señala que las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras técnicas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces; asimismo podrán utilizarse las técnicas en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genérico o hereditario, cuando sea posible reforzar aquellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas.

Por otra parte, esta ley prohíbe la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana y señala que la donación de gametos y preembriones, es un contrato gratuito, formal y secreto y en clave en los bancos receptivos y en el Registro Nacional de Donantes; sin embargo, los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad; derecho que le asiste a las receptoras de los gametos.

Asimismo, la citada Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, establece que toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la ley, siempre que hayan otorgado su consentimiento a su utilización de manera libre, consistente, expresa y por escrito, debiendo tener por lo menos 18 años y plena capacidad de obrar, sin que sea requisito indispensable el matrimonio o la relación de concubinato.

La respuesta que la ley española da a la fecundación post-mortem, consiste en que no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en la ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón; sin embargo, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento,

para fecundar a su mujer, produciendo tal situación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

De igual manera la ley de referencia, establece que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución, la cual será determinada por el parto.

Como podemos apreciar, la legislación que otros países han establecido, para regular las técnicas de reproducción asistida son disímolas, siendo algunas más permisivas y otras más restrictivas, no existiendo dentro de las mismas parámetros homogéneos que nos sirvan de base para plantear alternativas variables a nuestra sociedad, quedando en nosotros entonces, influenciados por la ética imperante, brindar una respuesta normativa que satisfaga el reflejo de nuestra cultura.

### **5.2.2 Criterio internacional sobre el derecho a disponer del material genético**

Desde 1979 se han publicado varias declaraciones de comités, entre los cuales los más importantes son los que representan a Estados Unidos, Australia, Inglaterra, Alemania y Francia, quienes después de aceptar el principio de la fecundación artificial por unanimidad, se declararon en contra de la venta de embriones y de material genético, imponiendo la gratuidad como norma.

Los antecedentes mencionados y el sentido común, llevan a una primera conclusión: probablemente la donación de semen y de óvulos para resolver la infertilidad ajena, pudiera ser en contra de la moral de un determinado sector de la población, sin embargo al ser esta gratuita quedará equilibrado el juicio de reproche.

A nivel legislativo se considera contrario a la moral y a las buenas costumbres la mercantilización de gametos humanos, decretando la nulidad de estas transacciones, debiendo el derecho Penal ocuparse del tema.

La Ley Sueca es un ejemplo normativo que castiga penalmente la venta de gametos. El artículo 7º de esta ley dispone: ". . . quien comúnmente o por razones de lucro realiza inseminación en contra de las reglas de esta ley o el que suministre esperma para esta clase de inseminación, será castigado con multa o prisión de hasta seis meses"; la figura principal de este ilícito es "ser inseminados", a quien se le prohíbe operar fuera de los hospitales oficiales, o inseminar mujeres solteras o sin consentimiento de su pareja, entre otros requisitos impuestos por la esa ley.

Por otra parte, muchas comisiones han propuesto que se castigue la venta de embriones y gametos, pero los criterios doctrinales y legislativos no parecen coincidentes.

### 5.3 Celebración del contrato

Este contrato se puede clasificar como bilateral, en él intervienen la pareja y la institución que ha de llevar a cabo la inseminación o la implantación del embrión una vez fecundado. El maestro Chávez Ascencio, al respecto, sólo hace alusión a los cónyuges como una de las posibles partes, las cuales están facultadas para la celebración de este posible contrato no tomando en consideración a los concubinarios como tampoco a las mujeres solteras, viudas o divorciadas, por las siguientes razones: "*Se trata de ayudar a generar la filiación dentro del matrimonio, que es la forma legal y moral de constituir la familia. La participación de los cónyuges tiene por objeto constituir una relación jurídica, deberes, derechos y obligaciones paterno-filiales.*"<sup>53</sup> No cabe duda que lo citado por el maestro resulta ideal, sin embargo para estos casos es necesario observar nuestra realidad. En México existe la figura jurídica del concubinato y pese a que no medie vínculo matrimonial, la pareja unida por esta figura tiene las mismas finalidades que aquella que se encuentra unida por el matrimonio que tiene como finalidad la descendencia, por lo tanto existe la posibilidad de que las personas que viven en concubinato deseen hacer uso de las técnicas de fecundación artificial, asumiendo la responsabilidad que esto aplique; como tampoco podemos descartar la posibilidad de la fecundación en aquellas mujeres solteras.

<sup>53</sup> CHAVEZ ASCENCIO. Op. Cit: pág. 43.

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato, se dice que este es formal, requiriéndose que este sea por escrito. También se trata de un acto jurídico familiar irrevocable, pudiéndose revocar solo en el caso de que aún no se hubiere realizado la fecundación, por lo tanto una vez realizada ésta, la pareja no podrá desistirse de sus deberes y obligaciones.

El objeto de este contrato es el de crear una relación jurídica paterno-filial, adjudicando las responsabilidades y derechos que de ella se generen; el contrato sería el vínculo por medio del cual las partes exterioricen su consentimiento, para efecto de determinar la responsabilidad que adquieren las partes.

Como elementos esenciales del contrato están el consentimiento y el objeto, determinados estos bien se puede aplicar la teoría de las obligaciones para su debido cumplimiento. Tratándose de los requisitos de validez se deben de observar las reglas generales del derecho: la forma del contrato, la capacidad de las partes, la licitud del objeto y la ausencia de vicios en el consentimiento; a este contrato también deben de incluirse otros requisitos que permitan una mayor seguridad jurídica.

Probablemente se podría reformar gran parte de nuestra legislación para resolver cualquier situación que pudiese suscitarse, sin embargo, lo mejor sería regular en forma independiente todo lo concerniente a la utilización de éstas técnicas modernas de procreación, para evitar posibles controversias que puedan afectar directa o indirectamente al hijo concebido bajo estas circunstancias.

## **5.4 La filiación en la procreación artificial**

### **5.4.1 Inseminación artificial**

El Código Civil para el Distrito Federal de 1928, no previó ni pudo prever los problemas que plantea la inseminación artificial en la especie humana.

La inseminación homóloga, *cum semini mariti*, es decir, aquella que se realiza con el espermatozoides del esposo aplicado a su esposa, presenta un problema de menores proporciones que el de la inseminación heteróloga; el hijo concebible por este método es producto del matrimonio bajo el mismo título que uno nacido por la vía natural.

El problema grave surge en el caso de la inseminación heteróloga *cum semini estranei*, cuando se hace uso del semen proporcionado por un donante ajeno a la pareja. En cuanto a esta forma de inseminación, la doctrina jurídica de otros países se ha dividido en dos opiniones.

- 1) Una de ellas postula la prohibición de éste tipo de fecundación (Castán Tobeñas, En España; ciertos autores franceses, italianos y belgas).
- 2) Otros investigadores señalan que es necesario distinguir si la inseminación se efectúa en una mujer soltera o en una casada y, en este último caso si existe o no consentimiento del esposo. Esta corriente tolera la inseminación heteróloga.

Para efectos de este capítulo examinaremos cada caso a la luz del derecho mexicano.

### 1. En la mujer soltera

Con relación a la mujer soltera (viuda o divorciada), capaz y mayor de edad no existe impedimento legal alguno que la prive del derecho de recurrir a la inseminación artificial. El hijo así concebible, sería para la ley, un hijo fuera del matrimonio, contrayendo sus respectivos derechos y obligaciones que tal filiación comprende.

La mujer podrá reconocerlo expresamente e inscribirlo en el Registro Civil como hijo suyo y de padre desconocido; adquiriendo el hijo por derecho los apellidos de la madre, la cual ejercerá sobre él la patria potestad; como también adquirirán recíprocamente derechos alimentarios y sucesorio.

*¿Qué sucede con el donante de espermatozoides?*

La ley permite la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, siempre que se den los supuestos establecidos en el Código Civil para el Distrito Federal:

Conforme al artículo 388 del Código Civil, las acciones de investigación de paternidad o maternidad, solo pueden intentarse en la vida de los padres pero "si los padres hubiesen fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derechos a intentar las acciones antes de que se cumplan cuatro años de su mayoría de edad". La mayoría de edad viene a determinar el momento en que principia el cómputo para la prescripción respecto a diversas acciones de estado civil.

El artículo 370 del Código Civil, nos establece, Cuando el padre o la madre reconozca separadamente a un hijo en un supuesto diferente al señalado en el artículo 324 del Código Civil, únicamente se asentará el nombre del compareciente. No obstante se quedarán a salvo los derechos sobre la investigación de la paternidad o maternidad.

El artículo 369, establece el reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos siguientes; fracción V, por confesión judicial directa y expresa.

La investigación de la paternidad fuera del matrimonio está establecida bajo los siguientes supuestos:

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

Como se puede observar uno de estos supuestos consiste en que el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre. Se denomina "principio de prueba", a cualquier indicio cierto que pueda conducir a la averiguación de la verdad en juicio.

Si a partir de este principio de prueba el hijo pudiese determinar sin duda alguna al autor del embarazo de su madre. Éste sería legalmente declarado padre y quedaría sujeto a las responsabilidades derivadas de la filiación. El progenitor tendría entonces para con su hijo obligación alimentaria; se daría un derecho sucesorio, y al hijo se le adjudicaría el apellido del padre.

Es importante señalar que en nuestro país no existe ninguna disposición legal que proteja el anonimato del donador del semen, tal y como ocurre en las legislaciones extranjeras, en las que se han dictado para regular estos casos y relevar al padre de sus responsabilidades. En este sentido, en nuestro derecho existe una laguna legal ya que, al ser permitido el procedimiento de la inseminación artificial, debería protegerse al donante del semen, quien no pretende asumir la responsabilidad de una paternidad, sino la de hacer una donación de líquido seminal.

## **2. Dentro del matrimonio**

El artículo 60 del Código Civil establece:

**Artículo 60.** El padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos.

Cuando no estén casados, el reconocimiento se hará concurriendo los dos personalmente o a través de sus representantes, ante el Registro Civil.

La investigación tanto de la maternidad como de la paternidad, podrá hacerse ante los tribunales de acuerdo a las disposiciones relativas a este Código.

Además de los nombres de los padres, se hará constar en el acta de nacimiento su nacionalidad y domicilio.

La inseminación heteróloga disocia lo genético de lo obstétrico, debido a que en la fecundación participa un elemento extraño a los cónyuges, lo cual no se encuentra contemplado en la legislación actual.

Este tipo de inseminación se pueden distinguir los efectos jurídicos con respecto a la filiación del hijo y con respecto al estado matrimonial.

#### a) Respecto a la filiación del hijo

La filiación del hijo nacido por medio de este procedimiento, es indudable que será hijo legítimo de matrimonio. "Un principio fundamental de nuestro sistema jurídico está consignado en el axioma latino *pater is est quem justae nuptiae demonstrat*, esto es, padre es el marido de la madre. Este principio está consagrado en todos los códigos civiles del sistema occidental, tributarios del derecho romano y del canónico".<sup>54</sup> Este principio queda establecido en el Código Civil en su artículo:

**Artículo 324.** Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

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

<sup>54</sup> CARMEN GARCIA MENDIETA. "Fertilización Extracorpórea. Aspectos Legales. Revista Ciencia y desarrollo. N°.65. México D. F., 1985. Pág. 35.

Al analizar este artículo, se puede concluir que los hijos nacidos por medio de las técnicas de la inseminación artificial serán considerados, por el derecho mexicano, como hijos legítimos del matrimonio.

#### **b) Consentimiento de los cónyuges**

Por tratarse de concepción artificial dentro del matrimonio se requiere del consentimiento de ambos cónyuges; por tratarse de un elemento masculino extraño (esperma de un donante), es necesario hacer énfasis en el consentimiento del marido.

Las legislaciones extranjeras distinguen entre el supuesto de que el marido haya dado su consentimiento para la inseminación y el caso contrario. Algunas legislaciones exigen la anuencia por escrito e incluso que ésta se puede archivar en el expediente clínico: así, en Estados Unidos, 16 de sus estados que lo conforman exigen el consentimiento escrito y 9 de ellos requieren que el mismo quede archivado y en carácter confidencial.

En México la única disposición legal a este respecto se encuentra en el segundo párrafo del artículo 466 de la Ley General de Salud:

**Artículo 466.** " . . . La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge."

Esta disposición constituye una norma imperfecta, debido a que su incumplimiento carece de sanción. Las únicas sanciones previstas son las establecidas en el artículo 417 de la Ley en comento, las cuales son de carácter netamente administrativo y aplicables al profesional que hubiere procedido a inseminar sin el consentimiento del marido, las cuales son:

- I. Amonestación con apercibimiento;
- II. Multa;
- III. Clausura temporal o definitiva, que podrá ser parcial o total, y

#### IV. Arresto hasta por treinta y seis horas.

Para los efectos en el derecho de familia en general y de la filiación del hijo en particular, es irrelevante el hecho de que el marido de o no su consentimiento para la inseminación de su esposa. El hijo será atribuido al marido de la madre, en virtud del principio anteriormente mencionado.

Para que el esposo pueda impugnar la paternidad del hijo dado a luz por su esposa, la ley le permite invocar solamente un extremo, el que no haya tenido acceso carnal con su cónyuge durante los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento. (artículos 325 del Código Civil).

Ni aún en el caso de adulterio cometido por la esposa se podrá desconocer al hijo, salvo que haya existido ocultación del nacimiento (artículo 326 del Código Civil). Si en el plazo de sesenta días, contados desde el nacimiento si estuvo presente, desde el día en que llegó si estuvo ausente, o desde el día en que se descubrió el fraude si se le ocultó, no ejercita su acción de contradicción, el nacido, aún cuando no sea hijo suyo, lo será desde el punto de vista legal.

Sin embargo de haber contrato de por medio, la situación se torna conflictiva, pues el propio contrato firmado por los cónyuges atestigua que el varón no es el padre. En este supuesto, la legislación responde considerando a este hijo fuera del matrimonio. Tratándose de un hijo producto del óvulo de la esposa pero con un elemento masculino extraño, por lo tanto, es evidente de que el marido no es el padre biológicamente hablando.

Las normas sobre la filiación y en general sobre el estado civil de las personas, son de orden público y de interpretación estricta; no es posible extenderlas por la vía de interpretación. De modo que, aunque el esposo demostrara la existencia de la inseminación artificial sin su consentimiento y aún cuando se produjese una prueba hematológica que pusiese de manifiesto una incompatibilidad de grupos sanguíneos con su supuesto hijo, ello

carecería de relevancia jurídica; para la ley ese hombre es el padre de ese hijo y estará sujeto a las obligaciones derivadas de la paternidad.

### 3. Respecto al estado de matrimonio

El estado matrimonial (las relaciones de los cónyuges entre sí) años atrás, cuando comenzaron a llegar a los tribunales de otros países los conflictos derivados de la inseminación heteróloga, la tendencia jurisprudencial predominante fue la de considerar que había en estos casos adulterio de la mujer: *"En Italia allá por los años cuarentas, se declaró adúlteras a las mujeres que recurrieron a este procedimiento, aún si tenían el consentimiento del marido. En 1921 la Corte Suprema de Canadá consideró como una forma de adulterio a la inseminación sin consentimiento del marido, en el mismo sentido se pronunció la Corte de Illinois EE.UU. en 1954"*<sup>55</sup>

Posteriormente con la difusión de ese procedimiento de inseminación los jueces cambiaron de criterio en 1963, la Corte de Nueva York declaró que no existe adulterio: "Probando el consentimiento, la misma Corte de Nueva York, en dos juicios similares, (People Vs. Sorensen y Anonymous Vs. Anonymous) ordenó al marido pasarle alimentos y sustentos al hijo concebido".<sup>56</sup>

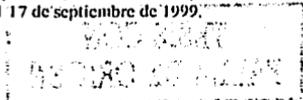
En México, resulta claro que no existe adulterio, aun cuando no medie consentimiento del esposo. Actualmente en el Distrito Federal, el adulterio se encuentra derogado en el Código Penal.<sup>57</sup> A diferencia de Italia donde el adulterio está tipificado en el Código Penal como un delito en contra del matrimonio.

Existe en cambio, una causal de divorcio basada en las injurias graves que la mujer inferiría a su esposo al decidir inseminarse sin su consentimiento. El artículo 267 del Código Civil en su fracción XI, prevé como causal de divorcio: "... las injurias graves de un cónyuge

<sup>55</sup> GARCIA MENDIETA. Op. Cit. Pág. 36.

<sup>56</sup> GACETA UNAM. "Inseminación Artificial: controversia, ética y juicio" Órgano Informativo de la Universidad Nacional Autónoma de México. N° 2369, (México, Distrito Federal), abril de 1989, Pág. 19.

<sup>57</sup> Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 17 de septiembre de 1999.



para con el otro. . .". Pero el divorcio, si bien entraña la disolución del matrimonio, no afecta a la filiación de los hijos concebidos durante el matrimonio, por lo que el marido no estria en posibilidad legal de desconocer al hijo nacido por inseminación con espermia de un donante. Al respecto el artículo 374 del Código Civil dispone:

**Artículo 374.** El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.

Cabe mencionar que el esposo no puede desconocer a un hijo, salvo por falta de acceso carnal con su esposa durante el periodo legal de la concepción.

#### 5.4.2 Fertilización extracorpórea

La fertilización artificial extracorpórea para después implantarse el huevo fecundado en el útero materno está siendo cada vez más frecuente. La ciencia acude en ayuda de los matrimonios que tienen problemas para lograr la fecundación por vía natural.

Para la fertilización extracorpórea o *in vitro*, las soluciones legales para la filiación son las mismas que para la inseminación artificial. El hecho de que la fecundación se realice en el vientre materno o fuera de él no cambia nada, para la ley. Para el derecho es más importante el componente de la gestión que el genético.

Si la fertilización extracorpórea se realiza por medio de gametos proporcionados por la pareja, no presenta ningún problema jurídico, el hijo concebible por este método será hijo del matrimonio bajo el mismo título que uno nacido por la vía natural, lo mismo sucede si alguno de los gametos proviene de un donante extraño. Una vez insertado el embrión en el útero, la mujer será considerada como la madre ante la ley. Si la mujer es casada, el marido de ésta será el padre legal de ese hijo.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Otro aspecto del problema se presenta cuando existen embriones no utilizados para implantarlos a una determinada mujer; surge la pregunta sobre que puede hacerse con éstos:

- ✓ ¿Se pueden desechar?;
- ✓ ¿Se pueden usar para la investigación?, ó
- ✓ ¿Se pueden conservar para futuras implantaciones?.

No existe ninguna disposición específica legal para el caso, sin embargo la Ley General de Salud puede ser aplicada para regular la situación jurídica del embrión fecundado *in vitro*. En esta ley podría haber un título dedicado al control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y Cadáveres en seres humanos. Otorga competencia a la Secretaria de Salud para ejercer el control sanitario para la disposición de esos elementos.

La Ley General de Salud, en su artículo 314, hace referencia al embrión en sus fracciones:

- I. Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;
- V. Destino final, a la conservación permanente, inhumación, incineración, desintegración e inactivación de órganos, tejidos células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos, en condiciones sanitarias permitidas por esta Ley y demás disposiciones aplicables;
- VIII. Embrión, al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional.

**Artículo 318.** Para el control sanitario de los productos y de la disposición del embrión y de las células germinales, se ésta a lo dispuesto en esta Ley, en lo que resulte aplicable, y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan.

Así se puede observar que el embrión lo define como "... el producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional". (artículo 314 fracción VIII).

Es especialmente importante el artículo 342:

**Artículo 342.** Cualquier órgano o tejido que haya sido extraído, desprendido o seccionado por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito y que sanitariamente constituya un deshecho, deberá ser manejado en condiciones higiénicas y su destino final se hará conforme a las disposiciones generales aplicables, salvo que se requiera para fines terapéuticos, de docencia o investigación, en cuyo caso los establecimientos de salud podrán disponer de ellos o remitirlos a instituciones docentes autorizadas por la Secretaría de Salud, en los términos de esta Ley y demás disposiciones generales aplicables.

De la armonización de estas disposiciones legales se concluye que el embrión no utilizado para una implantación en particular debe incinerarse, salvo que se requiera para docencia o investigación, en cuyo caso se podrá conservar o remitir a una institución docente autorizada. La ley se refiere en general al embrión y no especifica si se trata solo del fecundado en el cuerpo de la mujer o también del obtenido en forma extracorpórea.

Donde la ley no distingue, el interprete no debe de distinguir, "*ubi lesnan distinguit nec distinguere debemus*", reza un antiguo principio de hermenéutica jurídica. Además la funcionalidad de una ley requiere de una interpretación progresiva de la misma.<sup>58</sup>

Por otro lado, es necesario destacar un aspecto muy importante: El Código Penal no tipifica ningún delito atribuible a quien destruya embriones humanos cuando están fuera del cuerpo femenino. No hay delito sin ley que no establezca. No existe en este caso delito de aborto por que éste se produce mediante la interrupción de la preñez, el artículo 329 del

---

<sup>58</sup> MIGUEL ANGEL SOTO LAMADRID. *Biogenética filiación y delito*. Buenos Aires, Depalma, 1990. Pág. 247.

Código Penal para el Distrito Federal establece: "*Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez*".

Según el artículo 330 del mismo código, es sujeto activo del delito: "*Al que hiciera abortar a una mujer*", queda excluido entonces todo embrión que éste fuera del cuerpo femenino. Etimológicamente, aborto proviene de nacer, y el *nasciturus* es el que se encuentra en el vientre materno.

#### 5.4.3 Préstamo del útero (maternidad subrogada)

Una situación realmente difícil en el plano jurídico puede suscitarse en el llamado caso de préstamo del útero o maternidad subrogada.

En marzo de 1986, Mary Beth Whitehead dio a luz una niña que se conoció como "Baby M.". La señora Whitehead acordó, a cambio de 10, 000.00 dólares, dar a luz, un hijo para William y Elizabeth Stern siendo inseminada artificialmente con el semen del señor Stern. Pero, después de dar a luz, la señora Whitehead cambió de parecer y deseaba conservar al bebé, llevando este conflicto ante un juez de Nueva Jersey, el cual le adjudicó la custodia al señor Stern; determinó que "Baby M". Estaría en mejores condiciones con los Stern privando a la madre sustituta de todos sus derechos maternos sobre la niña. Más tarde una corte de segunda instancia invalidó el contrato de sustitución, la corte le concedió la custodia de la niña al señor Stern, pero restaurando los derechos de la señora Whitehead garantizándole un convenio liberal de visitas.

El caso "Baby M.", es un claro ejemplo de los problemas de la *maternidad subrogada*, en la cual una mujer que no se encuentra casada da a luz un hijo por encargo de una pareja acordando entregarles al niño al momento del parto. Usualmente una pareja recurre a la *maternidad subrogada* en los casos en que en una pareja o matrimonio, el hombre es fértil y la mujer no. Generalmente en la *maternidad subrogada*, la madre sustituta ya tiene hijos propios, de esta manera es más probable saber lo que significa abandonar a un bebé, al que una mujer ha alimentado de su cuerpo, pudiendo serlo más serio de lo que cualquiera esperaría.

El caso de "Baby M." trajo una oleada de esfuerzos por prohibir o regular los contratos de *maternidad subrogada*. Para mucha gente, el aspecto más objetable, a parte de la posibilidad de forzar a la madre sustituta a entregar al bebé, es el pago del dinero, el cual puede ascender hasta 30.000,00 dólares, incluyendo los honorarios para los promotores y los gastos médicos. La idea de una clase de mujeres reproductoras, las cuales den en renta su cuerpo para alojar y desarrollar a un ser vivo, es un tema moralista para mucha gente que lo considera un procedimiento equivocado.

Este tipo de procreación supone dos actos teóricamente separables entre sí:

- a) Contratar con la mujer que proporcionara su vientre hasta el momento del nacimiento;
- b) Entrega de la criatura a la pareja.

#### **5.4.3.1 Contrato sobre Préstamo de Útero o Maternidad Subrogada**

Se puede definir a este contrato como el acto jurídico por medio del cual una pareja contrata a una mujer para que esta se implante un embrión humano en el útero y lo desarrolle hasta su nacimiento, de modo que a *posteriori* lo entregue a la pareja solicitante.

El contrato que llevaría a cabo la pareja estéril con la llamada madre subrogada o sustituta puede ser gratuito u oneroso, según se realice o mediante precio convenido, pero en ambos casos este sería inexistente para el derecho y ninguna de las partes podría ejercer acciones tendientes a obtener su cumplimiento. El artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal establece que para la existencia de un contrato se necesita:

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

A su vez el artículo 1825 del mismo código establece que:

**Artículo 1825.** La cosa objeto del contrato debe: 1° Existir en la naturaleza. 2° Ser determinada o indeterminable en cuanto a su especie. 3° Estar en el comercio.

Estos artículo excluyen como posibilidad al ser humano, cuya indisponibilidad es absoluta. Además no puede haber transacción sobre la filiación ni compromiso en árbitros (artículo 338 del Código Civil).

**Artículo 338.** La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, ni de sujetarse a compromiso en árbitros.

"La disponibilidad de un ser humano no es algo que pueda estar en el comercio de los hombres, según la expresión jurídica acuñada desde la antigüedad."<sup>59</sup>

"La disponibilidad del derecho subjetivo de ser madre dentro de las relaciones jurídicas familiares, impide contrato o transacción en esta materia. Es un acto *intrae personae*, y es indelegable."<sup>60</sup>

El contrato de préstamo de útero es inexistente, según nuestras leyes y por lo tanto, cualquiera de las partes podría arrepentirse de lo pactado y no abría forma de exigir el cumplimiento de éste.

#### 5.4.3.2 Filiación de los hijos

Al ser nulo el contrato conviene preguntar de quién es el hijo, cual es su filiación.

Nuestro Código Civil se basa en la genética al no disociar el componente genético del obstétrico, y valorarse el hecho del parto. La inseminación artificial disocia lo genético de lo obstétrico, y por eso se presenta el problema.

<sup>59</sup> GACETA UNAM. Op. Cit. Pág. 18

<sup>60</sup> CHAVEZ ASCENCIO. Op. Cit. Pág. 61

La maternidad debe de atribuirse a la madre substituta, es decir, a la gestante toda vez que nuestra ley establece que la madre es aquella que da a luz al hijo. Esto puede ser genéticamente cierto o no, según quien proporcione el óvulo, o de haber existido inseminación artificial de la madre substituta, o que haya mediado además un trasplante de embrión. Ello es indiferente para la ley; madre es aquella que lleva al hijo en su vientre y lo da a luz. La ley constantemente se refiere al hecho del parto, por ejemplo, al hablar de la filiación de los hijos fuera del matrimonio, el Código Civil dice en su artículo:

**Artículo 360.** La filiación también se establece por el reconocimiento del padre, madre o de ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare.

En relación a la paternidad, si la madre subrogada fuese casada, el hijo habido por comisión de otra pareja sería hijo legítimo de la subrogada y de su esposo, por el juego de las normas, analizadas en párrafos precedentes; es decir, el esposo es el padre del hijo dado a luz por su mujer (artículo 324 del Código Civil).

Supuesto lo anterior, se ha planteado si el marido de la madre substituta puede o no contraer su paternidad. En caso afirmativo, surge el cuestionamiento ¿quién será el padre?. De acuerdo a los términos de nuestro orden jurídico, tal disponibilidad no esta dentro de los supuestos en que se pueda contradecir la paternidad, a los que se refieren los artículos 325 y 326 del citado código.

Sin embargo de haber prueba que demuestre que uno no es el padre de la criatura, se puede entender por legitimado para contradecir la paternidad que se le imputa.

En estos supuestos y de proceder la contradicción del marido de la madre subrogada, se trataría de un hijo habido fuera del matrimonio; la madre sería una mujer casada que tuvo un hijo con una persona extraña a su marido.

En estos casos, según los procesos conocidos en los Estados Unidos de Norte América o Inglaterra, sería el tribunal quien decidiría sobre la filiación del niño, sobre quien tendrá la custodia y ejercerá la patria potestad y quién tendrá el derecho de visita.

Mientras no se legisle sobre la materia correspondiente al juez resolverá bajo su personal criterio; deberá tomarse en cuenta que no pueda razonarse en la línea del más puro reduccionismo genético, no tendrá plena validez para resolver la titularidad de la célula genética, por haber separado el coito conyugal de la concepción, unidad que actualmente la ley toma como supuesto para las reglas de la filiación. Por lo tanto la constatación genética para definir la filiación lo será plenamente válida en la constatación genética para definir la filiación la cual solo será plenamente válida en la hipótesis de fecundación por acto sexual entre la pareja. Estimar al hijo dentro del matrimonio se consideraría más favorable para él, si se valora la institución matrimonial, aún en los casos extremos de licitud en la reproducción artificial.

Por otra parte, no existe forma jurídica alguna para el hijo procreado por encargo pasando éste a ser hijo del matrimonio de la mujer estéril. El Código Penal tipifica como delito: ". . . atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre", anteriormente se observa quién es la madre para la ley; Así mismo es punible la conducta de quien se presente ante el Registro Civil (suponiendo que los verdaderos padres son otras personas), como lo señala el artículo 277 del Código Penal para el Distrito Federal.

**Artículo 277.-** Se impondrán de uno a seis meses de prisión y multa de cien mil pesos, a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las fracciones siguientes:

- I. Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre;
- II. Hacer registrar en las oficinas del estado civil un nacimiento no verificado;
- III. A los padres que no presenten un hijo suyo al Registro con el propósito de hacerle perder su estado civil, o que declaren falsamente su fallecimiento, o lo presenten ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas;
- IV. A los que sustituyan a un hijo por otro, o cometan ocultación de infante; y

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

Quedando solamente el recurso de dar al niño en adopción a la pareja estéril. Anteriormente la legislación para la adopción era muy limitada ya que no rompía los lazos con la familia de origen, ésta era revocable e impugnabile en ciertos supuestos, pero actualmente con las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, la *adopción plena*, representando ahora una posible solución para la conflictiva de la maternidad subrogada.

Por todo lo anterior, el procedimiento para el préstamo del útero o *maternidad subrogada* constituye una forma ilícita y eventualmente delictuosa el obtener descendencia para la mujer estéril en el estado actual de las normas jurídicas mexicanas.

#### 5.4.4 Fecundación *post-mortem*

##### 5.4.4.1 Concepto de la inseminación artificial *post-mortem*

De entre los diversos problemas que se suscitan a raíz de la utilización de las nuevas técnicas de inseminación artificial o fecundación asistida cabe destacar el de la congelación, ya sea esta de óvulos femeninos o de espermatozoides masculinos. El congelamiento de espermias se da en el caso de que el varón, deseando tener descendencia, tema no poder conseguirlo en el futuro por padecer alguna enfermedad que desemboque en la infertilidad. En tales situaciones nada impide que deposite su esperma en un banco creado para tal fin.

En este caso se habla de una inseminación artificial homóloga, ya que se da dentro del matrimonio, y por lo tanto, como se ha mencionado anteriormente, no plantea la practica muchos problemas legales. El problema surge cuando el donante fallece; la viuda podría reclamar el derecho a ser inseminada con el semen del marido fallecido.

El término de inseminación *post-mortem*, puede ser tomado en varios sentidos, que para los efectos de este estudio se reducen a los siguientes:

- a) Caso en el que el donante de semen haya fallecido antes de su empleo procediéndose con posterioridad a su utilización en la mujer receptora.
- b) Inseminación en mujer viuda con semen de su marido fallecido; a este supuesto es al que en rigor debe limitarse el significado de inseminación *post-mortem*.

La inseminación *post-mortem*, solo se entiende si se atiende a las técnicas de congelación de gametos. La congelación de semen para poder disponer de el posteriormente, en casos de vasectomía o cuando una persona se trata con remedios químicos a causa de un cáncer o con radiaciones que puedan dejarle estéril, garantiza la procreación futura. En estos casos "el paciente puede acudir a un banco de esperma para depositar ahí sus espermatozoides, los que serán cuidadosamente conservados a 196°, en una bomba refrigerada con azoe líquido, pudiendo recuperarlos después, cuando desee tener hijos".

El esperma pertenece, por tanto a quien lo suministro y su utilización está normalmente destinada a dar un hijo a la persona.

#### 5.4.4.2 Antecedentes de la inseminación artificial *post-mortem*

Existen en la práctica pocos casos documentados de este tipo de inseminación. Uno de los más conocidos sucedió en Francia, este es el caso en que la gestión de una viuda, tendiente a obtener el esperma de su marido fallecido, dio lugar a un proceso. En 1981, una pareja francesa fue informada que el marido sufría de cáncer en el testículo y que lo perdería en una operación, además de que el tratamiento de quimioterapia lo dejaría estéril; previniendo esto decidieron depositar en un banco de esperma el semen del marido. En 1984, el marido, falleció y Corinne Parpalaix, después de entablar un proceso obtuvo por decisión del tribunal de Créteil que el centro de conservación de esperma le devolviera los tubos que contenían los espermatozoides de su marido, muerto a causa del cáncer de testículo. Este caso fue reportado en la prensa mexicana:

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

"Una guapa francesa de 23 años de edad reclama ante la justicia el derecho de ser inseminada con el esperma de su esposo, fallecido hace un año, lo cual plantean los jueces como un caso único, ¿puede permitirse el nacimiento de un niño gracias al esperma de un muerto".<sup>61</sup> El tribunal se abstuvo de fallar sobre el fondo, únicamente se pronunció a favor de la restitución del esperma congelado y no sobre los problemas de filiación relacionados con la criatura que podría nacer. Corinne Parpalaix se hizo inseminar con el esperma de su marido, pero los espermatozoides eran insuficientes no obteniendo el resultado que esperaba.

#### 5.4.4.3 Consideraciones ético-jurídicas sobre la inseminación *post-mortem*

El requisito inicial para la validez de esta forma de inseminación es la constancia del consentimiento del esposo fallecido. La doctrina es unánime respecto a que solo se podrá autorizar la inseminación en mujer viuda que mantenga durante todo el embarazo esta situación, de manera que si ha contraído nuevo matrimonio no podrá ser autorizada a ser inseminada, con el material genético proveniente de su anterior matrimonio. La inseminación *post-mortem* efectuada fuera de estas condiciones dará al así nacido la condición de no matrimonial de la madre, sin que pueda atribuirse ningún vínculo jurídico en relación a su anterior marido ya fallecido.

Un sector de la doctrina no es partidario de la aplicación de estas técnicas, por razones similares a las alegadas respecto del derecho a fecundar de la mujer sola, negándole el estatus de hijo y todo tipo de derechos, o rechazándola, pero configurándolos como hijos no matrimoniales. La propuesta francesa de 1984, y el informe Warnock lo admiten y consideran a tales hijos como matrimoniales.

Aquí lo importante es determinar si el marido presto o no expresamente su consentimiento para tal fin. La doctrina en general acepta ésta práctica en el supuesto de que el

<sup>61</sup> EXELSIOR. (Diario de la ciudad de México). 28 de junio, 1984, citado por Manuel F. Chávez Ascencio, Op. Cit. Pág. 35

marido hubiera hecho constar en vida su expreso deseo de que en el caso de morir, su viuda fuera inseminada artificialmente con el semen que él hubiese dejado depositado para tal caso.

Galindo Garfias sostiene que "por interpretación racional del sistema en que descansa la filiación paterna, y porque la manipulación con el semen del marido no puede quedar al arbitrio de la viuda, ni depender de la decisión de esta última al proceder la inseminación después del marido muerto, la acción de desconocimiento de la paternidad del hijo nacido en tales circunstancias sólo sería improcedente cuando la viuda presente una prueba escrita o indudable de que fue voluntad expresa del marido que su viuda llevará a cabo la inseminación después de la muerte de éste. Aún así, ¿puede la viuda y el marido de ella en vida decidir el nacimiento de un hijo en tales circunstancias privándola de antemano de la asistencia y los cuidados del padre?. Me pronuncio categóricamente por la solución negativa".<sup>62</sup>

Por el contrario, cuando no exista consentimiento por parte del marido fallecido, el realizar la inseminación podría exceder los deseos del titular del semen, perjudicando inclusive derechos adquiridos por terceras personas, tales como los derechos hereditarios que pudieran corresponder a los demás hijos del fallecido. En dicho caso la doctrina coincide en que faltando el consentimiento del marido fallecido la viuda carecerá de todo derecho a reclamar el ser inseminada artificialmente con el esperma congelado de aquel.<sup>63</sup>

En el caso de la inseminación *post-mortem* estamos en presencia de una concepción genéticamente conyugal pero jurídicamente extramatrimonial. Si diéramos trascendencia exclusiva al elemento biológico o genético la paternidad debe atribuirse al marido muerto. Desde la perspectiva institucional sólo son legítimos los hijos concebidos por la mujer dentro del matrimonio. En tal exigencia institucional no juega la voluntad de los progenitores, puesto que la legitimidad es una atribución o clasificación, si se prefiere que depende de la presunción operante de que la concepción del hijo accedió durante el matrimonio.<sup>64</sup>

<sup>62</sup> IGNACIO GALINDO GARFIAS. "La fecundación artificial en seres humanos. Consideraciones jurídicas", en la revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XL, núms., 169, 170, 171, 1990. Pág. 154.

<sup>63</sup> TOME CAMPUZANO, *Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente*", en el Congreso Mundial Vasco. Pág. 434.

<sup>64</sup> EDUARDO A. ZANNONI, *Ponencia presentada al Congreso Hispano americano de Derecho de Familia*, Cáceres, España, octubre de 1987, citado por Miguel Angel Soto Lamadrid, Pág. 73.

Zannoni distingue entre la existencia del vínculo paterno-filial, con el carácter extra o intra-matrimonial del mismo, haciendo la distinción entre la paternidad y legitimidad, en las últimas no se discute la paternidad; lo que controvierte es la existencia o validez del matrimonio o en su caso, se afirma que el hijo fue concebido fuera del matrimonio.

Algunos autores coinciden en que el hijo o su representante legal y la madre, podrían alegar y ofrecer probar que la concepción tuvo lugar *post-mortem*, con semen adecuadamente conservado del marido. De acuerdo con esto, el hijo o su representante legal, podrían reclamar jurídicamente la paternidad probando que, antes de morir, el matrimonio aceptó expresamente la extracción del esperma para su conservación con el fin de engendrar un hijo con su mujer y que la concepción se produjo con este esperma.

Soto Lamadrid, confirma lo anterior: *"Si el hijo naciera pasando este plazo (después de trescientos días de la disolución del matrimonio), no podría considerarse matrimonial, ya que ni en el momento del nacimiento ni en el de su concepción sus padres estaban casados entre sí, aunque creemos factible el ejercicio de una acción para determinar la filiación paterna".*<sup>65</sup> El artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal determina:

**Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges:**

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

<sup>65</sup> MIGUEL ANGEL SOTO LAMADRID, Op. Cit. Pág. 97.

El *status* familiar del hijo que ha nacido por fecundación artificial, después de trescientos días de disuelto el matrimonio por muerte del marido es difícil de establecer, pues la legislación mexicana no ha previsto este supuesto.

De acuerdo con el artículo 324 de nuestro código civil, el problema de la viuda que alegara haber concebido con el semen del marido fallecido parece de difícil solución, ya que en la fracción segunda de dicho artículo excluye esa posibilidad al presumir que son hijos de los cónyuges los nacidos dentro de los trescientos días contados desde que, jurídicamente y de hecho, tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio o nulidad.<sup>66</sup> De acuerdo con esto podemos concluir que se puede defender la legitimidad del hijo nacido después de los trescientos días contados desde la separación de los cónyuges.

Sin embargo, el legislador mexicano no pudo prever la situación de que alguno de los legitimados para ejercer esta acción pudieran comprobar que el hijo fue el resultado de la inseminación artificial con semen del marido después de haber fallecido. Al parecer bajo este supuesto se puede deducir que en la legislación mexicana se dan muchas lagunas y esta es una de ellas, que debe de subsanarse.

La distinción entre hijo matrimonial e hijo extramatrimonial para calificar al nacido de la inseminación *post-mortem*, resulta trascendente en las legislaciones que han unificado la filiación, dando iguales derechos a los hijos, cualquiera que sea su origen. Así, en nuestra legislación, los hijos tienen los mismos derechos e igual dignidad independientemente de su origen. Decir que los hijos nacidos por inseminación artificial *post-mortem*, son extramatrimoniales no implica ninguna disminución jurídica en los derechos que debieran derivarles de este tipo de vinculación.

El informe Warnock establece que "ningún niño nacido por el procedimiento de la fertilización *in vitro*, (y el mismo criterio operará para la fecundación *post-mortem*) que no

---

<sup>66</sup> MANUEL F. CHAVEZ ASCENCIO, Op. Cit. Pág. 46.

estuviere en el seno materno en la fecha de la muerte del marido será tenido en cuenta a efectos de sucesión y herencia en la ley".<sup>67</sup>

Zannoni advierte que "*para el derecho positivo, la muerte física del sujeto implica el fin de su personalidad. Y así, por ejemplo, el hijo concebido post-mortem, con semen de su padre no adquirirá por vía hereditaria ningún derecho derivado de la transmisión sucesoria. Por que el día de su fallecimiento ese hijo no existía jurídicamente.*"<sup>68</sup>

La mayor parte de los autores siguen la misma dirección contraria al reconocimiento de derechos sucesorios a la filiación *post-mortem*. Posición explicable cuando se parte de la ilicitud de tal técnica reproductiva, pero consecuente cuando se admite la legalidad de su realización.

Si el legislador admite la posibilidad de nacimiento de hijos por medio de estas técnicas, el restringir la sucesión del nacido determina una violación del principio de igualdad y en especial en el principio de discriminación por razón del nacimiento.

Si al nacido por fecundación *post-mortem*, se le reconoce la cualidad de hijo matrimonial de la viuda y del esposo fallecido, no es posible jurídicamente admitir una condición diversa de la de los restantes hijos matrimoniales, la cual se produce al no reconocerles los mismos derechos sucesorios que aquellos.

En el derecho mexicano se presenta el mismo problema planteado por la doctrina internacional, en la cual se hace evidente la contradicción entre dos disposiciones jurídicas: aquella que considera al hijo como resultado de una inseminación *post-mortem*, con los mismos derechos de hijo de matrimonio y aquella que lo priva de los derechos sucesorios por no estar concebido antes de la muerte del padre.

<sup>67</sup> EDUARDO SERRANO ALONSO. "El depósito de espermia o de embriones congelados y los problemas de la fecundación *post-mortem*", en II Congreso Mundial Vasco, Op. Cit. Pág. 379.

<sup>68</sup> EDUARDO A. ZANNONI. Op. Cit. Pág. 76. El subrayado es el autor.

**Artículo 1314.** Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no están 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.

Como se puede observar en este artículo de nuestro Código Civil, considera que no tiene personalidad para heredar los que no estuvieren concebidos al tiempo de la muerte del autor de la sucesión. Por lo que para nuestro código, y para la mayoría de los códigos latinoamericanos resulta inútil lo que propone la Comisión Warnock.

La doctrina coincide en que debe de fijarse un plazo de validez para realizar este tipo de fecundación con el fin de evitar una situación de incertidumbre y dependencia para los derechos adquiridos por sucesión por los restantes herederos.

De acuerdo con lo anterior, en tanto no transcurra el plazo que la ley señale para poder efectuar la viuda una inseminación *post-mortem*, la acción de reclamación de la porción hereditaria del hijo nacido por esta técnica estará sometida al mismo plazo de ejercicio que los restantes herederos. Transcurrido dicho plazo los herederos adquirirán una condición sucesoria inatacable, de manera que si con posterioridad se efectuara una inseminación *post-mortem*, el nacido carecerá de derechos sucesorios.

En cuanto a los derechos hereditarios de los hijos nacidos por fecundación *post-mortem*, Merino Gutiérrez afirma que "si existen herederos consanguíneos por línea recta o colateral hasta el cuarto grado, creo que debería limitarse la posibilidad a que el nacimiento se produjera durante el año siguiente a los trescientos días siguientes en que cesa la presunción de la filiación, siempre que la viuda no contrajera matrimonio en dicho plazo y comenzase a computar la correlativa presunción y siempre que el consentimiento para la implantación se hubiere efectuado en documento público y se hubiese llevado a cabo la implantación en el centro con los gametos identificados del fallecido. Si no existieran herederos de tal clase y la

viuda no contrajera matrimonio, podría ampliarse el plazo a un total de cinco años desde el fallecimiento del cónyuge".<sup>69</sup>

Ante este conflicto, Chávez Ascencio, considera que *"Debe invocarse la equidad dentro de la concepción más usual que es el de la justicia del caso concreto, respondiendo a favor del hijo póstumo, porque como tal tiene derecho, al igual que los demás, de disfrutar del caudal hereditario"*.<sup>70</sup>

García Mendieta por su parte afirma: *"En el estado actual de nuestra legislación, un hijo que fuese producto de una inseminación artificial con semen del esposo fallecido, no podría considerarse legalmente como hijo del matrimonio, si su nacimiento se produce pasados los trescientos días de la muerte de su progenitor. En consecuencia no podrá ese hijo llevar el apellido de su padre, ni tendrá derechos hereditarios sobre del patrimonio del mismo; solo tiene derechos sobre la masa hereditaria el que este concebido a la fecha de la muerte del causante, siempre que nazca viable"*.<sup>71</sup>

Al pensar que si es un hijo extramarital y que no goza de los derechos hereditarios de acuerdo a la legislación mexicana vigente; sin embargo no encuentro razón que justifique que el hijo nacido como resultado de una inseminación *post-mortem*, no tenga los derechos derivados de la filiación, como el derecho a llevar el apellido de sus progenitores.

Es importante señalar que no puede el Estado tratar como desiguales a los hijos nacidos de ésta técnica, aunque solo sea en materia testamentaria.

Lo que ante todo debe protegerse es el interés del niño, y en este caso se trata de un hijo condenado a nacer sin padre, dejando a parte los problemas sucesorios de todo tipo que ello pueda comportar. Sobre este punto tampoco existe unanimidad porque también aquí debe

<sup>69</sup> A. MERINO GUTIERREZ. "Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida", en II Congreso Mundial Vasco. Op. Cit. Pág. 429.

<sup>70</sup> MANUEL F. CHAVEZ ASCENCIO. Op. Cit. Pág. 46.

<sup>71</sup> CARMEN GARCIA MENDIETA. "Filiación extracorpórea: aspectos legales", en Ciencia y Desarrollo, México. CONACYT. nov-dic. 1985, año XI. N° 65. Pág. 38, citado por Miguel Angel Soto Lamadrid. Op. Cit. Pág. 102.

elegirse entre un derecho a procrear, que en este caso se prolongaría más allá de la muerte, y el interés del hijo que debe de ser protegido frente a posibles caprichos o excesos de sus progenitores.

De acuerdo con el artículo 324 de nuestro Código Civil, el hijo adquiriría la condición de no matrimonial, puesto que en el caso a tratar, la concepción tiene lugar después de la disolución del matrimonio.

Sobre la inseminación fuera del matrimonio Chávez Ascencio afirma lo siguiente: *"Lo que parece evidente es el rechazo de la fecundación artificial fuera del matrimonio. Procrear un hijo fuera del matrimonio, (por medios naturales o artificiales), implica una ilicitud tanto desde el punto de vista moral como jurídico, pues se contrarían los principios éticos que reservan para el matrimonio la procreación y al ser un ilícito debería establecerse una sanción desde el punto de vista penal para aquellos médicos que se presten a fecundar a una mujer soltera, viuda o divorciada, porque la sociedad y el Estado están interesados en que la procreación se haga dentro del matrimonio".*<sup>72</sup>

Aún admitiendo que el hijo resultado de esta técnica no tuviera derechos hereditarios, de acuerdo a las disposiciones vigentes en materia sucesoria, su carácter extramatrimonial no le priva de las demás prerrogativas, como serían: llevar el apellido del padre y la madre y emparentar con la familia de éste, en los grados que fija la ley, exigiendo a sus miembros que le prevean de alimentos en caso de necesidad.

---

<sup>72</sup> MANUEL F. CHAVEZ ASCENCIO. Op. Cit. Pág. 33.

---

## ASPECTOS LEGALES

### 6.1 Consideraciones Jurídico Penales.

#### 6.1.1 Adaptación del derecho debido a la falta de legislación

La Reproducción Asistida constituye una de las más trascendentes manifestaciones de las técnicas biomédicas modernas que han producido efectos espectaculares en otros muchos campos, con consecuencias profundas ya no solo sobre la salud o integridad corporal, sobre el morir o el nacer, sino sobre el surgir y el conformarse de un nuevo ser.

Del inmenso abanico de aplicaciones de las modernas técnicas biomédicas, un gran avance son las vinculadas con el origen y desarrollo de la vida humana.

La cuestión de la Reproducción Asistida, es también desde el plano de su aplicación y de sus resultados, en extremo importante.

A pesar de la excepcional trascendencia de este avance científico, son en realidad pocos los países que han promulgado leyes que lo regulen o por lo menos lo contemplen.

Los avances científicos por lo general se encuentran un paso por delante del derecho, el cual se retrasa en su actualización a las consecuencias de aquellos.

Este asincronismo entre la ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos que deben solucionarse de tal manera que no se deje a los individuos y a la sociedad en situaciones determinadas de indefensión.

Las nuevas técnicas de Reproducción Asistida, han sido generadoras de grandes vacíos, por sus repercusiones jurídicas de índole administrativo, civil o penal.

Es necesario llevar a cabo una revisión o valoración de la totalidad de los elementos que influyen en la realización de diversas técnicas de Reproducción Asistida y la correspondiente adaptación del derecho jurídico donde proceda, con respecto al material embriológico utilizado; los donantes de dichos materiales; las receptoras de las técnicas utilizadas y en su caso, a los varones a ellas vinculados, los hijos y la manipulación a que las técnicas pueden dar a lugar.

El legislador debe conocer perfectamente la situación para que exista concordancia ente las situaciones reales y las soluciones que se plantan en el contenido de la ley.

La utilización cada vez más frecuente de las diversas técnicas de Reproducción Asistida generan situaciones realmente graves, que constituyen una serie de infracciones no contempladas en ningún ordenamiento jurídico, entre éstas están las siguientes técnicas:

- ✓ Fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana;
- ✓ Mezclar semen de distintos donantes para inseminar a una mujer o para realizar la FIVTE (Fecundación *in vitro* con Transferencia de Embriones), así como utilizar óvulos de distintas mujeres para llevar a cabo una FIVTE;
- ✓ Crear seres humanos idénticos por CLONACIÓN u otros procedimientos dirigidos a la selección de raza;
- ✓ La fusión de preembriones entre sí o cualquier otro procedimiento dirigido a producir quimbras;
- ✓ El intercambio genético humano o recombinado con otras especies para producir híbridos.

La Constitución política, en el capítulo relativo a las Garantías Individuales, protege por medio de su artículo 5º, la libertad de toda persona a dedicarse a cualquier profesión, industria, comercio o trabajo, siempre y cuando sea lícito.

Tomando en cuenta lo anterior se podría decir que toda persona tiene derecho a dedicarse a la investigación y creación científica y/o técnica, sin embargo esta libertad debe de

tener límites, basados en la dignidad de la persona, su vida y su dignidad corporal, con el objeto de regular la aplicación de los avances científicos.

Existe una necesidad de establecer un equilibrio entre la libertad de investigación y el respeto a la dignidad humana inherente a toda vida, así como los otros aspectos de protección de los derechos del hombre.

Numerosas conductas relacionadas con las técnicas de Reproducción Asistida y con la utilización de embriones, pueden lesionar o poner en peligro estos derechos, lo que significa que es necesario regularlos y en su caso establecer una sanción penal.

El pensamiento imperante en el ámbito del derecho penal contemporáneo, lleva a imponer sanciones penales tan solo cuando el hecho no pueda evitarse y realizarse mediante la utilización de medidas procedentes de otros ámbitos u ordenamientos jurídicos.

El derecho penal constituye la última "ratio" del sistema jurídico y ha de reservarse para sancionar las conductas consideradas socialmente más graves, para las cuales resultan inoperantes las sanciones civiles o administrativas.

Las lesiones causadas en la mujer, incluso con su consentimiento, son considerados comportamientos de hecho delictivos, ya que ni el consentimiento puede eliminar la ilicitud del acto.

La Inseminación artificial conseguida mediante violencia, intimidación o engaño de la mujer o llevada a cabo en mujer menor de edad, es evidente que no puede constituir delito de violación o estupro, ya que dichos delitos exigen "acceso carnal". Por lo tanto es necesaria la introducción de figuras penales que se adecuen al tipo de situaciones anteriormente expuestas.

En la legislación mexicana, no existe ningún ordenamiento que contemple la impugnación de la paternidad en el supuesto de que la mujer utilice alguna de las diversas técnicas de inseminación, sin consentimiento del marido.

El principio que hoy se encuentra en plena discusión, es aquel en el que se plantea en que la mujer tiene pleno derecho a la maternidad, la cual da lugar a una gran discusión, debido a que en la gestación de una mujer sola, se pretende engendrar un hijo que no tendrá padre. Es dudoso que los derechos a la dignidad e igualdad de la *madre* deban prevalecer sobre los derechos de la dignidad e igualdad del *hijo*, que se quiera o no estarán gravemente menoscabados por el nacimiento de esas condiciones, las cuales no son las óptimas.

Por lo que respecta a la inseminación artificial heteróloga el artículo 55 de la Ley Española sobre Técnicas de Reproducción asistida del 22 de noviembre de 1988, "*asegura al niño o niña, el acceso a la información que puede resultar vital para la atención a su salud, proporcionándole toda la información general que requieran sobre la persona donadora sin que sea revelada su identidad*"<sup>73</sup>

Sin embargo la inseminación artificial homóloga, plantea también diversas dificultades en concretos supuestos, como los siguientes:

- En España toda mujer puede ser receptora o usuaria de estas técnicas. En el supuesto de mujer sola o de mujer casada cuyo marido hubiere fallecido cuando su material reproductor no se halle en el útero de la mujer, el hijo carecerá de padre no sólo desde el plano fáctico, sino también desde la filiación legal. Únicamente si el marido hubiera consentido por escritura pública o testamento que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer, tal generación producirá los efectos legales que derivan de la filiación matrimonial.
- Existen una serie de desviaciones no deseables, o mala utilización de las técnicas biomédicas de la inseminación artificial humana, las cuales deben ser prohibidas categóricamente y consideradas un delito criminal y que son las siguientes:

- 1) La *clonación* o producción de individuos idénticos a partir de un solo individuo humano;

---

<sup>73</sup> PEREZ DUARTE ALICIA ELENA "El impacto de las Nuevas Tecnologías Reproductivas en la Familia". Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, IJ-UNAM, 1998.

- 2) La *ectogénesis* o producción de un ser humano individualizado y autónomo fuera del útero de una mujer, es decir, en el laboratorio;
  - 3) La *gestación humana* en otras especies.
- El Congreso de Viena, de la AIDP (Asociación Internacional de Derecho Penal), manifestó en este sentido que aunque el derecho penal debe de ejercer una función secundaria, la imposición de penas puede ser necesaria en ciertos supuestos; añadiendo: *la inseminación post-mortem*, la conservación de gametos o embriones por encima de un periodo determinado, el tráfico con gametos o embriones, la comercialización de la maternidad, incluida la publicidad al respecto, la fecundación de embriones con fines distintos a la procreación humana, la violación del secreto profesional, el desarrollo extracorporal del embrión, que exceda del estado determinado de anidación.
  - Se espera que el legislador como conocedor del valor del magisterio de la pena en el ámbito que le es propio, tenga la sensibilidad suficiente para tipificar como delictivos alguno de los graves comportamientos citados, sin quebrar el principio de intervención misma, es decir, del carácter de "*ultima ratio*" del derecho penal y con el máximo respeto del derecho a la libertad de investigación, que como cualquier libertad, no es sin límites.

El Código Penal para el Distrito Federal, al igual que la mayoría de las legislaciones homólogas en otros países, no prevé la práctica de la Inseminación Artificial Humana, por ser esa una materia que aunque no es tan nueva, no es sino hasta el siglo pasado, y principalmente hasta en los últimos años cuando se ha difundido con mayor intensidad para tratar de salvar los problemas de esterilidad que aquejan a las parejas y lograr a través de este medio, la ansiada paternidad.

Por lo mencionado anteriormente, nuestra legislación se encuentra con una laguna jurídica en lo referente a la inseminación artificial entre seres humanos, requiriéndose lo más pronto posible la regulación sobre este punto, porque en materia penal no se puede aplicar la analogía por el principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" y de conformidad con lo

establecido por el artículo 14 párrafo tercero de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual a la letra dice:

*"En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por ley exactamente aplicable al delito de que se trata"*<sup>74</sup>

### **6.1.2 Delitos que tiene alguna relación con la inseminación artificial**

Algunos de los delitos que tiene relación en alguna forma con la materia objeto de este estudio son los siguientes:

#### **6.1.2.1 Delitos contra la salud**

El código Penal en su artículo 199 bis, señala:

**Artículo 199-Bis.** Al que sabiendo que padece una enfermedad grave en periodo infectante, y sin que la víctima u ofendido tenga conocimiento de esta circunstancia, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, se le impondrá de tres meses a tres años de prisión y multa hasta de cuarenta días multa.

Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión.

Cuando se trate de cónyuges, concubenarios o concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido.

Aquí puede surgir un problema: al suponer que un donador enfermo incluso de SIDA, una enfermedad más actual, aporte semen y el medico lo aplique a una mujer. En tal situación

---

<sup>74</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Ed. Mc Graw Hill, México, 2001. Pág. 9. Art. 14.

solo incurriria en responsabilidad del médico que aplique la técnica, de acuerdo al artículo 228 del código penal; mientras que el donador no tiene ninguna responsabilidad.

**Artículo 228.** "Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso:

- I. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicara suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y
- II. Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando estos obren de acuerdo con las instrucciones de aquellos.

#### **6.1.2.2 Revelación de secretos**

El Código Penal establece sanciones en los artículos 210 y 211 para el caso de Revelación de Secretos.

**Artículo 210.** Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.

**Artículo 211.** La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos o funcionario o empleado público o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial.

Si se apegara esta hipótesis en el caso concreto de que el médico que practicara la inseminación o algún auxiliar de éste, revelara el secreto al hijo procreado artificialmente, este probablemente se sentiría relegado o con sentimiento hacia su supuesto padre o madre, según el caso.

### 6.1.2.3 Violación

Dados los casos de los excesos de la aplicación de las diversas técnicas de Reproducción asistida, es necesario reformar el Código Penal.

Con dichas reformas podría encuadrar determinada conducta al delito señalado en el artículo 265 en su tercer párrafo el cual dice: *"Se considerará también como violación y se sancionará con prisión con ocho a catorce años, a quien introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido."*

Aquí pueden surgir diversas hipótesis:

1. Por ejemplo que un médico por instrucciones de otra persona, insemine artificialmente a una mujer utilizando para ello la violencia física o moral;  
En este caso, la persona que le haya dado las instrucciones al médico caerá en el supuesto contemplado en el artículo 13 fracción IV del Código Penal.  
*"Son autores partícipes del delito: . . . IV. Los que los lleven a cabo sirviéndose de otro";*
2. Que el mismo donador insemine artificialmente a la mujer con la cual pretenda procrear un hijo, con el solo hecho de introducir, por medio de la violencia física o moral, la jeringa con o sin el semen en su vagina, podría estar cometiendo el delito de violación, contemplado en el artículo 265 del Código Penal; y
3. Que el médico ayude a otra persona o viceversa para inseminar a otra mujer artificialmente, por medio de la violencia física o moral. En esta hipótesis ambos

sujetos activos serían los responsables del delito de violación de conformidad con el artículo 13 fracción III del Código Penal, el cual establece lo siguiente:

*"Son autores o partícipes del delito: . . . III. Los que lo realicen conjuntamente".*

#### 6.1.2.4 Incesto

Desde el punto de vista jurídico, este es uno de los delitos en el cual se pueden presentar muchos problemas debido a la falta de una regulación adecuada para la inseminación artificial. En el Código Penal señala en su artículo:

**Artículo 272.** Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.

La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión. Se aplicará esta misma sanción en el caso de incesto entre hermanos.

Al plantear de esta manera el incesto, lo que el legislador quiere es proteger a los nuevos seres que vienen a formar parte de la sociedad y de la familia; debido a que la procreación entre parientes demasiado cercanos trae como consecuencia males hereditarios, enfermedades como la *"hemofilia, raquitismo, etc."* El legislador se preocupa por que existan generaciones sanas genéticamente y por reducir problemas biológicos.

Nicolás Pérez Serrano, en su obra *"Entelegenesia y Derecho"*, manifiesta que: *" . . . en Norteamérica se ha tenido que prohibir la utilización de un mismo donador en más de cien casos, porque los médicos norteamericanos calculan que cada dador puede realizar dos aportaciones semanales y por este procedimiento el varón puede procrear al año 20, 000 hijos. Se establece un límite, pero dado el secreto en que se produce, no es inverosímil un futuro matrimonio entre hermanos, es repugnante, pero es la realidad por cruda que sea."*<sup>75</sup>

<sup>75</sup> PEREZ SERRANO NICOLAS, *Entelegenesia y Derecho*, Separata de la Revista del Foro Canario, Publicación de Ite, Coleg. De Abogados de las Palmas. 1999. Pág. 52.

Otro fenómeno que podría ocurrir sería aquel en que una mujer consintiera en donar óvulos para una fecundación *in vitro*, ya sea con semen del cónyuge o de un tercero, pero que el embrión fuera implantado en una mujer que aceptará prestar su útero para la gestación (maternidad subrogada); al nacer el niño será considerado legalmente como hijo de la madre genética. Si al paso del tiempo se encontrarán la madre receptora y el hijo procreado de la forma antes mencionada, ¿incurrirían en delito de incesto de acuerdo con la definición que nos da la legislación penal si tienen relaciones sexuales con o sin consentimiento de la situación en la que se encuentran?

Considero que al no ser considerada legalmente ni genéticamente como su madre, no existe el incesto porque no son ni una ascendiente ni el otro un descendiente.

También podría ocurrir que una mujer se le induzca semen de alguno de sus hijos, con o sin consentimiento de ello; aquí no cabe el delito de incesto, porque la definición requiere que existan relaciones sexuales entre los sujetos, cosa que no existe en este caso.

Otra hipótesis que se puede manejar es en la que una mujer se le insemine con semen de un hermano, aunque tenga conocimiento de ello o no, sin embargo no se tipificaría el delito de incesto, porque como el caso anterior, no se llevan a cabo las relaciones sexuales.

De todas maneras en cualquiera de las anteriores hipótesis, las consecuencias hereditarias serían inevitables.

Así mismo se pueden tratar dentro de este punto los diferentes supuestos en donde el donador del semen tenga relaciones sexuales con una hija que haya sido procreada artificialmente, en las diferentes modalidades ya descritas y bien pueden ocurrir frecuentemente.

Como no todas las situaciones se encuentran previstas en las diversas leyes, existe la gran necesidad de que se regulen para evitar que se puedan cometer actos injustos o que otros que deben ser sancionados, queden impunes.

### 6.1.2.5 Lesiones

Otro delito que cabe con la realización de la inseminación artificial, y que a falta de una ley que la regule la materia se puede invocar, es el de lesiones, definido por nuestro Código Penal en su artículo:

**Artículo 288.** Bajo el nombre de lesión, se comprenden no solamente las heridas, excoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa.

Aquí nos encontramos que en una inseminación artificial ya sea homóloga o heteróloga puede causar una alteración en el organismo humano, tanto visible, como no perceptible a través de los sentidos (afectación nerviosa o psicológica). Cabe señalar que esas afectaciones y daños psíquicos, generalmente traen trastornos graves como consecuencias de sobra conocidas tales como traumas, histerias, crisis nerviosas o depresivas.

### 6.1.2.6 Homicidio con relación al parentesco o relación

En el Código Penal en su artículo 323 tipifica este delito:

**Artículo 323.** Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esta relación se le impondrá prisión de diez a cuarenta años. Si faltare dicho conocimiento, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenué la situación a que se refieren los Capítulos II y III anteriores.

Este delito puede ser perfectamente aplicado en caso de inseminación artificial, de conformidad con lo que expresa la ley penal al respecto.

Vistas las cosas así podría suceder que:

- a) La persona nacida como resultado de una inseminación artificial heteróloga y que tenga conocimiento del individuo que aportó el semen; al paso de los años da muerte a quien sabe que es su padre genético. Se puede deducir de lo anterior, que encuadra perfectamente en el delito de homicidio en razón del parentesco o relación;
- b) Un caso en el que se de una fecundación *in vitro* y el embrión sea implantado en el útero de una mujer, sin que ella haya contribuido a la fecundación con un óvulo, y que el hijo procreado sea declarado legalmente de la madre receptora. Al crecer el hijo se le hace saber la forma en el que fue fecundado y quienes son la mujer y el hombre que aportaron los gametos (óvulo y esperma), respectivamente, y por alguna circunstancia mata a cualquiera de los donantes, ¿Estaría cometiendo homicidio en razón del parentesco de acuerdo con la fecundación dada? O bien, ¿De que forma se sancionaría?. Porque legalmente no son sus padres, pero genéticamente si lo son. ¿Sería considerado tan solo como un homicidio simple?

En los dos supuestos anteriores se tendría que demostrar la *inseminación artificial*, para comprobar el parentesco y así poder encuadrar la conducta al delito.

#### 6.1.2.7 Aborto

La fecundación humana ya sea en el seno materno *inseminación artificial*, o en forma extrauterina *fecundación in vitro*, significa el inicio de una nueva vida. Actualmente la fecundación *in vitro* solo comprende el periodo de inicio de la gestación, pero requiere de la implantación del óvulo fertilizado de la mujer, sin embargo con los avances científicos puede ser que en el futuro, no muy lejano, se pueda desarrollar la gestación fuera del seno materno, hasta su nacimiento en un medio artificial, es decir, en un laboratorio.

Ante el hecho de que un embrión fecundado *in vitro*, fuera destruido por no poderlo implantar o porque ya hubiere transcurrido el término que se considera adecuado y fuera

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

necesaria su destrucción. ¿Se puede decir que este supuesto podría encuadrar dentro del tipo penal para el aborto?

El artículo 329 del Código Penal establece que:

**Artículo 329.** Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

Tomando el término "*preñez*", para expresar el tiempo en que puede cometerse la conducta delictiva. En el Diccionario de la Lengua Española de la Real academia, se indica como "*preñez*" Como el embarazo de la mujer. Con ello, por la definición dada por el Código Penal, no cabe como posible considerar aborto la destrucción del embrión conservado en el laboratorio.

Sin embargo en mi opinión lo que se trata de proteger es la vida humana en especial el derecho a la vida del concebido o nacido y por lo tanto estoy en total desacuerdo con la destrucción del producto de la fecundación del óvulo con el espermatozoide "embrión", así como su utilización con fines de investigación.

#### **6.1.2.8 Venta de Gametos Humanos**

Uno de los delitos que se presenta con mayor frecuencia es el comercio de gametos humanos, sin embargo, tal práctica no se encuentra debidamente regulada ni en el Código Penal ni en la Ley General de Salud, la cual contempla y sanciona la venta de órganos y tejidos, más no hace referencia al comercio de productos orgánicos, como lo son los gametos. Tampoco considera a los cigotos vivos dentro de su normatividad, únicamente contempla "órganos y tejidos" para trasplante o transfusión sin mencionar la inseminación o fecundación. Con esto lo único que se logra es una gran incertidumbre y un estado de indefensión para la víctima.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Por todo lo anteriormente expuesto, es notable la urgencia que existe de regular la *inseminación artificial* en todos sus aspectos para evitar lagunas jurídicas y evitar que nuestros administradores de justicia se tengan que apoyar en otras leyes (Civil, Penal, Sanitaria, etc.), para poder dar soluciones, en algunos casos un tanto abstractas, ya que no se pueden aplicar en forma general para las diferentes hipótesis que se presentan con la constante práctica que existe en esta técnica.

## 6.2 Consecuencias en el Derecho Civil

### 6.2.1 Perspectiva ético-jurídica del comienzo de la personalidad

El Código Civil define a las personas por nacer "*nasciturus*" como las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno, reconociéndoles personalidad jurídica de carácter condicional desde la concepción en el seno materno.

Ramón Macías considera que: "*La capacidad de goce (atribuido a la personalidad) en la persona física se inicia desde la concepción, aunque aún no haya ocurrido el nacimiento. El concebido no nacido esta legalmente protegido, se le reconoce personalidad, tiene derechos sucesorios, puede recibir donaciones, el homicidio del concebido no nacido constituye el delito de aborto. La capacidad de goce en la persona se extingue con la muerte. El ser de la persona humana siempre es distinto en su desarrollo nunca hay un cambio de naturaleza. El concebido no nacido no es parte del cuerpo de su madre, nunca deja de ser algo para convertirse en otra cosa, es la misma naturaleza humana desde la concepción hasta su muerte, por lo tanto tiene la misma dignidad que las demás personas*".<sup>76</sup>

Nuestro Código Civil sigue un esquema tradicional, basado en el orden biológico natural (concepción corporal con unión sexual y vida intrauterina), con obvio desconocimiento de los recientes logros de la ciencia en materia de fecundación asistida.

<sup>76</sup> MACIAS RAMON "Conceptos Jurídicos Fundamentales", México, 1997.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Pero las nuevas técnicas de reproducción humana obligan al replanteo del exclusivo presupuesto biológico natural de la concepción.

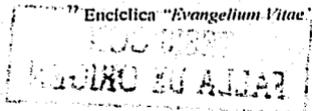
Hoy, en los hechos, con o sin legislación específica, tiene recepción la concepción humana sin cópula, independizando el proceso creativo de la sexualidad.

La cuestión radica en decidir si la capacidad jurídica, es decir la aptitud para ser titular de los derechos del "*nasciturus extra corporis*" debe de ser reconocida desde el momento de la concepción *in vitro*, o desde la posterior anidación del embrión en la mujer. La conclusión que se adopte es fundamental para el destino del *nasciturus*, pues desde el mismo instante en que se le reconozca la capacidad jurídica, habrá que respetarse los derechos propios de su ser, entre otros, derecho a la vida, a la integridad corporal y moral y a su identidad biológica, a que no se retarde su crecimiento crió preservándolo, a que no se experimente sobre su cuerpo sin fines estrictamente terapéuticos en su beneficio, a que no pueda ser objeto de donación o cualquier otro tipo de contrato.

Existen distintas doctrinas en cuanto al comienzo de la personalidad del "*ser*":

- La *primera* sostiene que la personalidad debe de ser reconocida desde la concepción, se produzca ésta "*in corpore*" o "*in vitro*" por ser el instante en que aparecen un nuevo ser de la especie humana, que contiene ya su propio código genético, lo que se traduce en una nueva realidad humana. Esta teoría coincide con la postura Eclesiástica que reconoce los derechos desde la concepción.<sup>77</sup>
- En su artículo denominado "Personalidad del Nasciturus Extracorpóreas", el Dr. Benjamín Pérez expone lo siguiente: *La ciencia médica indica que entre el momento de la penetración del espermatozoide en el óvulo para formar el cigoto, transcurre un plazo de horas, durante el cual en el interior del óvulo permanece separado el material genético del hombre y la mujer, por lo que durante ese plazo no se justificaría el reconocimiento de la personalidad, ya que se trataría de un ovocito premicleado, sin material genético fusionado propio.* El Jurista A. Bueres sugiere que: ". . . el

<sup>77</sup> Encíclica "*Evangelium Vitae*" del S.P. Juan Pablo II, 1995, Pág. 60



*legislador debería establecer un plazo convencional de 36 a 48 horas, hasta cuyo vencimiento no existiría personalidad”.*<sup>78</sup>

- Barra coincide con la opinión de los catedráticos de genética, de la Universidad Sorbona y la cadena de la Universidad Complutense de Madrid, ésta es en el sentido de que *“la vida humana comienza tan pronto como los 23 cromosomas paternos encuentren a los 23 cromosomas maternos o cuando de dos realidades diversas surge una realidad nueva con autonomía genética para presidir su propio desarrollo, lo que implica, que con anterioridad la función crono somática no cabe reconocer personalidad”.*<sup>79</sup>
- Para la teoría llamada de la *“anidación”* la personalidad debe reconocerse cuando finaliza la implantación del embrión en el cuerpo de la mujer, pues recién con la anidación comienza el embarazo. La jurisprudencia alemana sostiene que con anterioridad a la anidación, no hay vida humana y que el cigoto en sí no es un bien jurídico protegido.

Desde el punto de vista ético, resulta inaceptable que el nasciturus, cualquiera que fuese el lugar de su concepción o la fase de su evolución, se le considere como un simple grupo de células o tejido, o bien una cosa sujeta a la libre disponibilidad de la madre o de un científico que experimenta con él, tratándolo en paridad jurídica con partes del cuerpo humano, siendo que desde que fue concebido contiene ya su propio código genético distinto al de sus padres, y que merece el respeto a su dignidad humana.

### 6.2.2 Filiación

Las nuevas tecnologías reproductivas implican la necesidad de replantear los principios jurídicos reconocidos hasta ahora para la maternidad y la paternidad.

En el Derecho Familiar se toma en cuenta la concepción del ser para determinar el momento inicial de la filiación.

<sup>78</sup> BUERES-HIGHTON. Cod. Civ. Antot. T1 450/451. Edic. 1996.

<sup>79</sup> BARRA R. *“La Protección Constitucional del Derecho a la Vida”*. Edic. 1996. p.p. 132-133.

El nacimiento es un hecho con gran trascendencia en el Derecho, es cuando se inicia la personalidad previamente reconocida al concebido; es cuando nacen las relaciones del parentesco, así como toda la serie de derechos y obligaciones principalmente entre los que ejercen la patria potestad. Viene a ser la base firme para determinar la filiación matrimonial, según lo establecido en el artículo 324 del Código Civil, ya mencionado con anterioridad.

En virtud de las diversas técnicas de reproducción asistida que existen actualmente es de vital importancia los efectos y consecuencias que surgen a partir de su utilización.

En nuestro sistema jurídico, la maternidad es siempre cierta; el padre es el marido o concubinario de la madre; por lo que según nuestras normas, a cada hijo solo puede atribuirse un padre y una madre. Sin embargo, las diversas técnicas de fecundación asistida, nos cuestionan hechos que cuestionan desde sus cimientos estos principios, complican la institución de la filiación porque no solo complican la investigación del vínculo paterno-materno-filial, sino que desarticulan los mismos conceptos de maternidad y paternidad.

El derecho no está completamente de acuerdo con las diversas técnicas de reproducción, pero al estarse actualmente practicando considero que es de vital importancia el establecer reglas bajo las cuales se lleven a cabo, con el fin de evitar posibles controversias o poder resolver éstas cuando surjan con criterios uniformes.

## **6.2.3 Obligaciones y responsabilidades de los que intervienen**

### **6.2.3.1 Problemática de la inseminación artificial homóloga**

Así tenemos que la *inseminación artificial homóloga*, es decir aquella que se efectúa con el espermatozoides del esposo aplicándolo a su esposa, no presenta ningún problema jurídico en particular puesto que la técnica se trataría de la disposición de componentes o tejidos para la inseminación artificial que sigue las reglas generales aplicables para los trasplantes en la Ley

General de Salud, así mismo la legislación civil tomara en cuenta que el hijo concebido mediante este método es producto del matrimonio bajo el mismo título que uno nacido por la vía natural.

Aunque es obviamente en la que se presentan menor número de complicaciones, existen casos en los que el hombre pudiera intentar desconocer la paternidad.

Esto anteriormente lo podía hacer el esposo si probaba que los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, le fue físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer, (artículo 325 del Código Civil), lo cual en la actualidad no tiene eficacia ni fuerza probatoria alguna, ya que debido al surgimiento y utilización cada vez más frecuente de las diversas técnicas de reproducción asistida, hace que no se requiera acceso carnal alguno para lograr la fecundación.

El marido sólo podría desconocer la paternidad en el caso de que probara su esterilidad o bien que su mujer se hay inseminado artificialmente sin su consentimiento con semen de un tercero.

#### **6.2.3.2 Problemática de la inseminación artificial heteróloga**

Los problemas que empiezan a surgir cuando la *inseminación es heteróloga* es decir, aquella en la que se usa el semen proporcionado por un donante ajeno a la pareja, puesto que si bien es cierto que por lo regular la disposición de órganos, tejidos y sus componentes se realizan en personas ajenas al núcleo familiar del receptor, existe una regulación civil estricta por lo que hace a la filiación y no es extraño que se llegue a cuestionar el aspecto de la paternidad ya que genéticamente el hijo no es del marido.

Cuando se requiere de la investigación de un tercero (donador masculino o femenino), para llevar a cabo la inseminación artificial es necesario darle formalidad y hacer constar el consentimiento de cualquiera de los miembros de la pareja en un contrato, con la finalidad de que la filiación del nuevo ser se considere dentro del matrimonio.

Al donador se le considerara como un elemento ajeno y no se le deberá tomar en cuenta para efectos de la determinación de la paternidad o reconocimiento, por lo cual quedará privado de ejercer cualquier acción para lograrlo. El médico que intervenga evitará cualquier contacto entre el matrimonio y el donador, con el fin de que no se establezca cualquier lazo sentimental de éste último con el nuevo ser, o rechazo por parte de los cónyuges para con el donador. Esto correrá a cargo del médico por razones de orden, seguridad y armonía del matrimonio, por lo tanto, el donador en ningún caso adquirirá derechos o acción alguna tendiente a reconocer al concebido.

En el caso de que el tercero donador sea un hombre, será necesario aclarar que la paternidad estará a cargo del esposo de la mujer inseminada, siempre y cuando este haya otorgado su consentimiento para llevar a cabo la inseminación artificial en su esposa, en caso contrario podría impugnar su paternidad. En el supuesto en que la donación sea por parte de una mujer, se observarán los mismos principios.

Por otro lado, el hijo concebido a través de la *inseminación heteróloga por una mujer soltera, viuda o divorciada*, será ante la legislación civil, considerado como un hijo fuera del matrimonio pero con los derechos y obligaciones que a tal filiación corresponden. La mujer podrá conocerlo expresamente e inscribirlo en el Registro Civil, como suyo y de padre desconocido; el hijo adquirirá derecho a los apellidos de su madre; esta ejercerá sobre él la patria potestad y madre e hijo tendrán recíprocamente derechos alimentarios y sucesorios.

### **6.2.3.3 Problemática de la donación de ovocitos**

En esta técnica de reproducción asistida en la que una tercera persona dona *ovocitos*, a una pareja, en la cual la mujer por alguna de las causas mencionadas en el Capítulo Quinto, del presente trabajo, no puede embarazarse, se presentan problemas e interrogantes similares a la inseminación heteróloga.

En este caso también es indispensable que la manifestación del consentimiento de ambas partes (donante y receptora), conste por escrito.

Por lo que representa al parentesco y filiación, cabe mencionar que la mujer que da lugar a un niño, es decir que de a luz a un niño, es reconocida como la madre legal del mismo, de lo cual se desprenden todos los derechos y obligaciones tanto de la madre como del hijo.

La donante puede ser conocida o totalmente ajena a la pareja, sin embargo lo recomendable es que la anonimidad de la donante sea preservada.

#### **6.2.3.4 Problemática de la maternidad subrogada**

Respecto a los eventuales contratos que tengan por objeto la *maternidad subrogada*, los mismos reviste carácter de inexistencia ya que el objeto materia del contrato se encuentra fuera del comercio.

Los principios de inalienabilidad de la persona humana permiten deducir que los contratos de alquiler o préstamo de útero son inexistentes y carentes de efectos jurídicos (filiación, daños y perjuicios, etc.) para la madre que no acepta ejecutarlos después del nacimiento.

Tales contratos implican una asociación ilícita con fines de procreación, donde el objeto estaría dado por la transacción de la persona por nacer, junto con la renuncia de la madre legal que será quién de a luz, y la adopción de la madre o padre genéticos.

Dejando a un lado el aspecto jurídico de las personas involucradas, debe tomarse el grave daño psicológico que dicho contrato puede ocasionar tanto en el hijo como en la madre gestadora, la cual deberá desprenderse del hijo inmediatamente después de haber dado a luz.

#### 6.2.4 Necesidad de una regulación

En esta investigación no podría quedar fuera una preocupación que tiene una gran repercusión en el campo doctrinario y que definitivamente se convirtió en uno de los principales retos de la ciencia jurídica, principalmente en la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Salud, la cual se ha avocado a la tarea de realizar investigaciones especializadas en torno a los "derechos del no nacido".

La nueva realidad es un reto a la imaginación del jurista quien se ha visto en la necesidad de plantear algunas instituciones clásicas de derecho civil que ya resultan incompletas o simplemente ineficaces.

Uno de los temas que incide directamente en este conjunto de derechos y en los de la maternidad y paternidad consistente e informada, es precisamente el de la reproducción asistida, considerando la importancia que ha adquirido en la actualidad por su constante practica, así como por la vinculación de elementos jurídicos.

La necesidad de proponer una regulación específica sobre la inseminación artificial y en general sobre la reproducción asistida en nuestro país, en razón de la existencia de la prestación de estos servicios tanto en hospitales públicos como en clínicas privadas, se vuelva cada día más imperante.

El primer paso es identificar los elementos necesarios para integrar una propuesta normativa que vaya de acuerdo a los requerimientos éticos y científicos de la reproducción asistida.

Desde los orígenes de estos procedimientos se han dado problemas en cuanto a la interpretación y aplicación de preceptos legales, a los cuales se han tenido que enfrentar médicos, abogados y por supuesto parejas que han encontrado en la reproducción asistida una respuesta a sus problemas de reproducción.

Las nuevas realidades surgidas del proceso de la medicina, de la biología y de la genética plantean interrogantes que superan todo lo que se hubiese podido prever en la ley. Es por ello que los abogados junto con los profesionales de la salud debemos proveer la transformación de los preceptos básicos del derecho que atañen principalmente al derecho de familia, al sucesorio, al de los contratos, al de los bienes y muy particularmente al de la salud.

Los esfuerzos son bastos por los resultados legislativos no siempre reflejan la dinámica que requiere la sociedad y mucho menos en la investigación científica.

Sería importante fomentar la creación de un Centro Nacional de Reproducción Asistida cuyas principales actividades serían: fungir como centro nacional de referencia de problemas sobre reproducción asistida, supervisar la aplicación y los procedimientos de inseminación artificial, así como fomentar la investigación en biología de la reproducción.

Se propone que para realizar un procedimiento de reproducción asistida deberá reunirse, entre otros los siguientes requisitos:

- Solicitud por escrito de una pareja heterosexual con plena capacidad y voluntad, en edad reproductiva, que requiera el tratamiento y esté unida en vínculo matrimonial, o que se mantenga estable y que haya convivido por lo menos durante los cinco años anteriores a dicha solicitud, siempre que ambos hayan permanecido y permanezcan libres de matrimonio, es decir, se cumplan las reglas para el concubinato, que se haya comprobado que existe esterilidad en alguno de los miembros de la pareja solicitante del servicio, y que exista indicación médica;
- Deberá tener carácter subsidiario, es decir solo podrá ser practicada como último recurso;
- Que la donación del material genético sea gratuita;
- Que exista consentimiento expreso del donador;
- Consentimiento expreso de la pareja receptora, los esposos o concubinos que recurran a alguna de las diversas técnicas de reproducción, asistida necesitando la intervención de un tercer donador, deberá de manifestar su consentimiento por escrito; debiendo de ser informados de las posibles consecuencias tanto médicas como jurídicas. Dicho

consentimiento podrá revocarse antes de la intervención por cualquier miembro de la pareja;

- El donador no deberá conocer la identidad de la pareja receptora, ni viceversa.

Sería conveniente que al igual que la Ley Española, sobre las Técnicas de Reproducción Asistida, en una futura ley creada específicamente para regular las nuevas técnicas de reproducción asistida, quedarán estrictamente prohibidas las siguientes practicas:

- a. La fertilización en óvulos humanos con propósitos diferentes a la procreación humana;
- b. La selección del sexo, no deberá de tener un fin terapéutico;
- c. La creación de seres humanos por clonación en cualquiera de sus variantes;
- d. La investigación de preembriones humanos vivos;
- e. Realizar intercambio o recombinación genética entre el humano y otras especies animales para producir híbridos;
- f. Transferir gametos o preembriones humanos a cualquier especie animal o viceversa, y
- g. La manipulación genética o cualquier otro procedimiento que no sea con propósitos terapéuticos.

En cuanto a lo que se refiere a los donadores, solo podrán serlo aquellas personas heterosexuales, mayores de edad, con plena capacidad y voluntad para el acto. Su estado psicofísico deberá ser evaluado de acuerdo a un examen predeterminado que será general y deberá incluir las características fenotípicas del donador, con previsión de que no padezca enfermedades genéticas, hereditarias o infecciones transmisibles.

La donación deberá ser anónima, salvaguardando los datos de identidad del donador en el mas estricto secreto y en clave en los bancos respectivos y en el Registro del Centro Nacional de Fertilización Asistida.

Los hijos nacidos deberán tener derecho, al cumplir la mayoría de edad, a obtener información general de los donadores, así como en el caso de que esté en riesgo la vida del

niño, podrá admitirse que se revele la identidad de los donadores, dicha revelación tendrá carácter restringido y no podrá implicar, en ningún caso, determinación legal de la filiación.

Por lo que se refiere a la *Filiación* en el caso de una procreación médica asistida, el consentimiento dado en forma previa y expresa, por los esposos o en su caso por los concubinos, deberá de ser suficiente para prohibir toda acción de impugnación de paternidad o reclamación alguna.

El consentimiento podrá quedar privado de efectos en caso de muerte, presentación denominada de divorcio o separación personal, separación de hecho sin voluntad de unirse, separación o cohesión del concubinato, ocurridos antes de la realización de cualquier técnica de reproducción asistida.

Asimismo deberá quedar privado de efectos cuando el hombre o la mujer lo revoquen por escrito antes de cualquier intervención médica.

La paternidad deberá declararse judicialmente en caso de que aquel que habiendo dado su consentimiento para llevar a cabo la inseminación artificial, no reconozca al hijo que sea producto de ella.

Las anteriores propuestas son con el objeto de aportar una posible solución a las cuestiones básicas que se presentan a partir de la utilización de las diversas técnicas de reproducción asistida.

### **6.2.5 Función del derecho**

En el campo del derecho donde el hombre proyecta la estructura de las instituciones destinadas a alcanzar los conflictos interpersonales y a fomentar la cooperación social. El hombre posee, a través del derecho, la capacidad de elegir e idear controles, con la finalidad de asegurar su supervivencia (solución de conflictos), y su progreso. Tales son los propósitos que lo llevan a actuar en forma comunitaria.

El derecho es, la representación de la realidad tal y como la diseña el hombre cuando acuerda vivir en sociedad dentro de un territorio demarcado. Tal representación no se encuentra fijada de manera inmutable por naturaleza, sino que ella misma es una respuesta a las necesidades socioeconómicas del hombre, siendo flexible ante cambios en esas necesidades. Habitualmente dichas respuestas y las necesidades que la provocan surgen de la estructura de la sociedad, la que se encuentra determinada por los sistemas de control social; el alcance y el conocimiento de cada uno de los sistemas de control social es el resultado de una determinación colectiva de quienes se imponen en los procesos de decisión en la esfera político-jurídico-económico.

Los principales temores asociados a la biogenética lo constituyen: la fracción genética del hombre y el dominio genético de la naturaleza y de la sociedad. La ciencia mediante intervenciones en el patrimonio genético adquiere un dominio más perfecto no solo del hombre, sino de su medio ambiente, pero el peligro lo constituiría la imagen social que la biogenética evoca y lleva en sí, no sus consecuencias efectivas ni sus desarrollos, una variedad de formas imaginarias y naturales determinaría el complejo y ambivalente estereotipo, en este caso, de la manipulación de los genes. En este estado de cosas, el derecho es llamado, por un lado, a conjurar las amenazas de lo que vendrá y, por otro, a legitimar las nuevas adquisiciones de la genética humana y de la instrumentación del medio ambiente.

La biotecnología constituye más que una evocación tecnológica, una revolución cultural en la historia de la humanidad, recreadora del hombre y de su entorno. En este caso, la forma en que la sociedad tome en consideración un cambio "radical" de sus instituciones jurídicas y de ello dependerá, el sentido que se le otorgue al cambio el juicio ético y su consecuente norma jurídica.

Corresponde al derecho garantizar la unidad interna del sistema social y contribuir a la creación y estabilización del ordenamiento de una sociedad futura, definiendo la representación de la persona al delimitar, en este caso, el desarrollo de la ciencia, que visto como conducta humana es jurídicamente regulable, y la apropiabilidad de los resultados

obtenibles, cuando estos han sido técnicamente adaptados para solucionar un problema práctico o satisfacer una necesidad concreta.

### 6.2.6 Ley General de Salud

La Ley General de Salud tiene lineamientos jurídicamente atrasados e insuficientes, ya que no contemplan todo lo referente a la *reproducción asistida*, por lo cual considero que deben de ser actualizados ya sea mediante la creación de una ley reguladora, la cual debe de respetar la libertad individual y tener como premisa fundamental el derecho a la vida y la dignidad inherente, o bien mediante la inclusión de un nuevo título en la Ley General de Salud, además de las modificaciones o creaciones de nuevas disposiciones relativas a la materia Civil y Penal, de otra manera seguirá existiendo una laguna jurídica respecto de la *inseminación artificial*.

En la Ley General de Salud, solamente se encuentra un artículo en referencia a la *inseminación artificial* el cual resulta insuficiente ya que solo contempla la existencia o no del consentimiento en el caso de menores, incapaces o de mujeres casadas no haciendo alusión a otras situaciones reales, como lo son la *inseminación artificial*, en mujeres solteras, divorciadas, viudas ni a la maternidad subrogada, las cuales deberían de ser consideradas con el objeto de reforzar la integridad familiar:

**Artículo 466.** Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella la 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.

Dejando a un lado el problema del otorgamiento del consentimiento y la sanción en caso contrario, existe otro problema referente a las condiciones mínimas de control sanitario

aplicables a la inseminación artificial, al respecto existen disposiciones en la Ley General de Salud que podrían ser aplicadas análogamente, sin embargo no son suficientes:

**Artículo 313.** Compete a la secretaria de salud “. . . El control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado centro nacional de trasplantes”.

**Artículo 314.** Para efectos de este título se entiende por:

- V. Destino final, la conservación permanente, inhumación, incineración, desintegración e inactivación de órganos; tejidos, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos, en condiciones sanitarias permitidas por esta Ley y demás disposiciones aplicables;
- VIII. Embrión, al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional;
- IX. Feto, al producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;

#### **6.2.7 Manipulación genética y clonación en seres humanos**

La reproducción asistida se está llevando a cabo en nuestro país desde hace varios años, razón por la cual se hace necesario legislar al respecto, a fin de evitar excesos que puedan llevar a violaciones tal como es la manipulación genética.

Actualmente existen grandes vacíos, los cuales resulta necesario llevar, en cuanto a lo que se refiere a los aspectos permisivos y contradicciones de los alcances de la *reproducción asistida*.

Según la concepción jurídica de que se parte, podrá admitirse o no el manipuleo genético sobre el embrión. Para aquellos que consideran “*pre-embryones*” a los óvulos

fecundados en laboratorio, resulta admisible el manipuleo genético antes de la anidación en el seno materno.

Para quienes consideran que el embrión tiene su origen desde el momento en que se fusionan los dos gametos, el embrión merece el mismo respeto que cualquier ser humano y tiene derecho a la vida.

Si bien es cierto que el origen de varias enfermedades y deficiencias tiene el carácter congénito, bastaría con que se aisle el gen que les da origen para evitarlas, sin embargo para evitar dichos males se tendría que recurrir a la manipulación del embrión de lo cual podría surgir un nuevo daño que resultaría una violación a los derechos humanos.

En el supuesto de determinarse que un embrión se encuentre afectado de un padecimiento, cabe reflexionar hasta que punto puede el hombre o la ciencia intervenir y destruir lo que se considera "feo, enfermo o nocivo".

De no establecerse un límite podría llegarse a la creación y desarrollo, "fabricación", de seres humanos por encargo, es decir, humanos con determinadas características (inteligencia, raza, color de ojos, cabello, estatura, etc.) quedando en manos de la ciencia la producción y descarte de seres humanos útiles o inútiles, incluso podría llegar el momento en que existieran bancos de humanos descartables destinados a la esclavitud.

En el campo jurídico es decisivo resolver una cuestión previa, como debe intervenir el derecho, con que efectos, y sobre que aspectos, ya que están en juego valores tan dignos de tutela como el de la libertad de investigación científica y el debido resguardo a la dignidad de la persona humana.

La determinación del justo límite no es fácil de hallar, debe participar tanto la autoridad como los científicos y técnicos quienes sin duda son los que mejor conocimientos tienen acerca de la naturaleza de las situaciones a las que deberán aplicarse las reglas y además son copartícipes de la responsabilidad moral del buen gobierno de la comunidad social, para

determinar los justos límites de la investigación en salvo guarda de la persona humana y de la libertad de investigación.

Por lo que respecta a la *clonación* en seres humanos existe una gran oposición ya que se trata de la destrucción completa del concepto de personalidad, no solo se manipula la información genética sino que se duplica la información genética ya existente. La individualidad de un ser clonado queda completamente suprimida. La manera como puede llegar a ser se encuentra determinada ya existente.

Los riesgos eventuales a los cuales estaría expuesto el nuevo ser son todavía totalmente desconocidos, no se sabe a ciencia cierta si el período de vida se acortará, si serán propensos a malformaciones, si será fértil y de ser posible, si ellos o sus hijos sufrirán un porcentaje anormal de irregularidades genéticas.

Desde el punto de vista de la filiación, se presentan problemas de muy difícil solución. En la reproducción sexual existen dos progenitores que biológicamente han contribuido a formar al nuevo ser. En la reproducción asexual propia de la clonación, no existe contribución de los progenitores ya que solo existe contribución de un progenitor, cuyo gen se produce en el nuevo ser.

Por otra parte, al alterarse el orden natural de las cosas, estamos predeterminados intencionalmente la configuración de nuestra herencia.

Otro aspecto es el relativo a los límites que cabe reconocer a la investigación científica; en esta época está fuera de toda discusión el reconocimiento del derecho humano a la libre investigación científica, pero paralelamente existe una demanda para imponer un cierto control social, moral y científico a la investigación cuando sus resultados pueden afectar a la genética humana.

En la resolución del Parlamento Europeo, del 16 de marzo de 1989, sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, cuyo artículo 41 establece que "la

*prohibición bajo sanción es la única reacción viable a la posibilidad de producir seres humanos mediante clonación, así mismo como con respecto a los experimentos que tengan como fin a la clonación de seres humanos"*,<sup>80</sup> luego de subrayarse la libertad fundamental de la ciencia y de la investigación, se subrayan las restricciones a dicha libertad impuestas en particular por los derechos de los terceros y por la sociedad por ellos constituida como expresión de la responsabilidad social.

*"Solo el debate amplio en los diversos estamentos de la sociedad, con participación de científicos, técnicos, filósofos, Juristas y representantes de las diversas corrientes de opinión puede arrojar luz sobre estos problemas y determinar los justos límites de la investigación en salvaguardia de la persona humana y de la libertad de investigación"*<sup>81</sup>

<sup>80</sup> Parlamento Europeo, *Problemas Éticos y Jurídicos de la Manipulación Genética y de la Fecundación Artificial Humana* "Comisión de los Asuntos Jurídicos y de los Derechos de los Ciudadanos. Luxemburgo, 1989.

<sup>81</sup> DARIO BERGEL SALVADOR. "Clonación en Seres Humanos: Aspectos Éticos y Jurídicos"

---

## CONCLUSIONES

**PRIMERO:** El hombre ha avanzado dentro del campo de la ciencia tanto, que ahora no se puede pensar en que solo se puede concebir o procrear a una persona solamente por medio del acto sexual, esto ha quedado en el pasado, ya que el hombre por su afán de poder dominar a la naturaleza ha podido dominar los métodos de reproducción conocidos y creando nuevas técnicas de reproducción que prescinde de la cohabitación carnal, y por lo cual deja de ser la relación sexual el único medio de concepción.

Esto puede ser un gran avance médico, ya que ahora las parejas estériles, que deseen concebir una familia, lo pueden hacer por medio de las nuevas técnicas de *Reproducción Asistida*, o que por lo menos puede ofrecer la posibilidad de uno de los cónyuges pueda tener un parentesco directo con el concebido.

**SEGUNDO:** En este estudio se han tomado en cuenta algunas consideraciones éticas sobre la *Inseminación Artificial*, ya que vivimos dentro de un núcleo social dentro del cual conviven normas de conducta no solo legales como las normas jurídicas, si no también morales como las normas éticas, las cuales nos marcan conductas a seguir dentro de la sociedad, por lo tanto se debe de tomar en cuenta la posibilidad de regular estos avances conforme a la naturaleza y dignidad del ser humano, para no dejar que se haga un mal uso de estas técnicas de *Reproducción Asistida*.

El segundo párrafo del artículo 162 del Código Civil, establece como primer requisito, para poder llevar a cabo el nacimiento de un hijo a través de las técnicas de *Inseminación Artificial*, el consenso de voluntades entre los cónyuges.

**TERCERO:** La *Inseminación Artificial Homóloga*, es la forma de concepción más aceptada por la mayor parte de la doctrina cuando es utilizada como el último recurso para la procreación, debido a que esta se lleva a cabo entre los dos miembros de la pareja que conforman la unión conyugal. Debido a esto en la mayoría de los países no ha sido necesario

la creación de una legislación especial, debido a que los pocos casos que se han presentado dentro de la práctica se han podido resolver hasta el momento con su legislación existente, pero la pregunta es ¿Por cuánto tiempo podrán seguir aplicando sus leyes sin una reforma de fondo en cuanto a los avances científicos?

Debido a esto en México tampoco presenta mayores problemas jurídicos en cuanto a la filiación y al parentesco se refieren, ya que la filiación biológica paterna y materna, coinciden con el vínculo jurídico de la filiación consanguínea.

A mi criterio personal, pienso que la inseminación artificial homóloga, no presenta mayores problemas, debido a que no contradice la naturaleza en cuanto a lo fundamental, ya que la fecundación se realiza con los componentes genéticos del marido y de la esposa que conforman la pareja. Como se puede ver en el artículo 466 de la Ley General de Salud, la mujer mayor de edad y capaz, otorgando su consentimiento y con el consentimiento de su cónyuge, puede utilizar esta técnica.

**CUARTO:** Estimo necesario, que se realicen reformas sustanciales en el Código Civil para el Distrito Federal como también en los códigos civiles de los Estados, en cuanto a la *filiación derivada de la inseminación artificial*, donde se encuentran todas las disposiciones relativas en cuanto a las personas y a la familia; esto de acuerdo al artículo 124 de nuestra Constitución, que otorga competencia para legislar sobre esta materia a los estados y no a la Federación.

**QUINTO:** Dentro del campo de la inseminación artificial pueden darse diversos delitos como pueden ser que alguno de los esposos aporten componentes genéticos (semen o óvulos), para fecundar a mujeres extrañas sin consentimiento de su cónyuge, o hacer concebir a una mujer artificialmente ocultándoselo al marido o sin él consentimiento de éste. El médico por su parte podría incurrir en un ilícito si no se cerciora de la salud del donador, si revela la identidad de éste, o si insemina a una mujer menor de edad, incapaz o sin consentimiento del marido.

**SEXTO:** Para realizar trasplantes o transfusiones de células germinales (óvulo o espermatozoides) o tejidos (matriz), de conformidad con la Ley General de Salud, se deberá hacer siempre por prescripción y bajo control médico.

**SÉPTIMO:** En el caso de la *Inseminación Artificial Heteróloga*, solo puede presentar problemas si ésta se produce después de la muerte del marido, puede admitirse, dentro de un plazo prudencial, que se practique la técnica de inseminación por un método artificial, presentado este caso se tendrá que reconocer a los hijos como nacidos dentro del matrimonio, que la viuda tenga después de la muerte del marido con gametos de éste, y habrá que facilitar la inscripción de la filiación matrimonial, siempre que concurra el consentimiento del marido por medio de una escritura pública ya sea ésta dentro de un testamento y la prueba de haberse efectuado la fecundación con los gametos del decausado, todo ello dentro de un plazo prudencial.

Este tipo de inseminación tal vez no sea aceptada dentro de nuestra legislación, al no ser una conducta socialmente deseable. Sin embargo, esto no significa que no se pueda llegar a dar dentro de la práctica; de suceder esto, se dejara al hijo en una situación de indefensión, frente a los otros parientes consanguíneos, respecto a los derechos sucesorios.

**OCTAVO:** El status familiar, del hijo nacido por medio de la *inseminación artificial post-mortem*, de acuerdo a nuestra legislación vigente, es la de un hijo nacido fuera del matrimonio. Para que el hijo o la madre de este pudieran defender la legitimidad de éste último, tendría que inscribirse dentro de nuestro Código Civil un artículo como sigue:

**Artículo.** No procederá el desconocimiento de la paternidad si se demuestra que la mujer fue inseminada con semen del marido premuerto.

La distinción entre un hijo nacido dentro o fuera del matrimonio, en el caso de un hijo nacido por medio de estas técnicas es intrascendente, ya que respecto al hijo, los derechos son los mismos, independientemente de su origen.

**NOVENO:** En otras legislaciones el elemento más relevante de la *inseminación homóloga* es la decisión o acto de voluntad de engendrar a un nuevo ser. Manifestado a traves del consentimiento del marido o compañero de la mujer inseminada. Esto constituye el criterio de atribución de la paternidad, siendo este un requisito para la Inscripción en el Registro Civil.

Asimismo se debe conceder al nacido por *Inseminación Artificial Heteróloga* en nuestro país, el derecho a tener acceso a la información de la herencia genética del donante. Tal derecho a los datos biogenéticos no comporta el conocimiento de la identidad del donante ni ninguna relación jurídica, ni la posibilidad de reclamación de la paternidad, todo lo cual deberá de establecerse claramente.

Si se diera el caso de que se de una *Inseminación Artificial Heteróloga* en nuestro país, el donante del semen no deberá de ser considerado como padre del hijo de la mujer inseminada. Tampoco será responsable frente a éste, a menos que prosperara la acción de desconocimiento de paternidad por parte del marido de la mujer inseminada y el donante demandara voluntariamente la paternidad. Si la mujer no vive con su marido, el donante podrá demandar la paternidad, aún en el caso de que el marido de la mujer inseminada no haya desconocido la paternidad del nasciturus.

**DECIMO:** Después de analizar la institución del matrimonio, se puede interpretar que el artículo 466 de la Ley General de Salud, al referirse a la inseminación artificial, no se encuentra considerada la *Inseminación Artificial Heteróloga*, al no hacer la distinción se está permitiendo la *Inseminación Artificial Homóloga* dentro del matrimonio y la *Inseminación Artificial Heteróloga* como fuera del matrimonio.

**DECIMA PRIMERA:** Existe la posibilidad de que el marido pueda impugnar la paternidad aunque exista el consentimiento a la *Inseminación artificial Heteróloga*, basado en la no cohabitación sexual, es decir, según los esquemas y causas propias de la impugnación de paternidad derivada, de procreación natural, solo que, al haber consentimiento y no teniendo el donante posibilidad de reconocer al hijo, quedando éste sin padre, estimo que la obligación alimentaria le corresponde al marido de la mujer inseminada, en caso contrario se puede dejar

en estado de indefensión al nasciturus. Con más razón podrá contradecir la paternidad si no consintió a la *Inseminación Artificial Heteróloga*, debido que por analogía, de acuerdo con el artículo 326, si el marido demuestra que su mujer fue inseminada con semen de un tercero y que se le ocultó el embarazo, podrá desconocer la paternidad, al igual si demuestra que su mujer fue inseminada con semen de un tercero y que el no tuvo acceso carnal con su esposa, ni esta fue inseminada con la técnica de *Inseminación Artificial Homóloga*, en este caso además de desconocer al hijo nacido por *Inseminación Artificial Heteróloga*, el marido podrá demandar el divorcio, debido a que la conducta de su mujer implicaría una injuria grave, y no tendrá la obligación de proporcionarle alimentos al hijo de su mujer nacido por esta técnica.

**DECIMA SEGUNDA:** De ser aceptada la *Inseminación Artificial Homóloga*, en nuestra legislación, sería útil distinguir frente a la filiación por consanguinidad una especie de filiación civil, en los casos de fecundación asistida con la aportación de gametos de un tercero "*Inseminación Artificial Heteróloga*".

Al aceptar éstas técnicas y someterlas al sistema jurídico, debe de legislarse entre aplicarlas como derivadas de un hipotético derecho a la procreación, inserto en los derechos de la personalidad en el Código Civil, o bien hacerlas derivadas de la Ley general de Salud ya sea como un capítulo especial dentro de la ley, o bien un Reglamento derivado de la Ley. Si se elige el primer caso, se debe de ser coherente e incluir en el uso de tales técnicas a las mujeres solteras sin pareja, así como a los casos de inseminación *post-mortem*.

**DECIMA TERCERA:** Es preferible que no debería permitirse la *Inseminación Artificial Heteróloga*, en los casos de mujeres solteras, pues no obstante tienen un derecho a procrear, pienso que aquí debe de existir un interés mayor que debería de defenderse que es el del nasciturus, debido a que nacería sin padre y aún no se sabe las consecuencias psicológicas que ocasionaría esto en su desarrollo como persona.

Un principio que debería de regir en la legislación es que el tener hijos no es un derecho incondicional, por lo cual las manipulaciones genéticas tendientes a la procreación

---

deberían permitirse solamente con la condición de que el niño nacera y crecerá en condiciones favorables para el nasciturus.

**DECIMO CUARTA:** Como también que el alcance de estas técnicas de reproducción asistidas, se deberá de limitar a parejas con problemas de esterilidad o infertilidad, considerando ésta como una posible solución terapéutica de la esterilidad que adolecen, y no como un medio alternativo de procreación para parejas fértiles y menos para individuos que no constituyan pareja. Sin embargo, en nuestra Constitución Política, en el tercer párrafo de su artículo cuarto consagra a nivel de garantía individual un derecho a la mujer soltera la cual tiene derecho a utilizar esta técnica, de manera informada y responsable; de donde se desprende que no hay ninguna prohibición para que los hijos planeados puedan nacer a través de las técnicas de *Procreación Asistida*. En este caso, para la investigación de la paternidad, se deberá de aplicar el artículo 382 del Código Civil.

**DECIMO QUINTA:** En conclusión de lo expuesto en este trabajo se tiene que nuestro ordenamiento jurídico vigente no es satisfactorio para poder solucionar todos los casos que estas técnicas de *inseminación artificial*. Sin embargo, no hay que precipitarse cuando es necesario asumir un nuevo fenómeno social. Antes de aprobar una nueva ley sobre esta materia, sería conveniente interpretar las normas vigentes de acuerdo a la nueva realidad, a que hay que aplicarlas. Sólo después de la aprobación de una legislación que regule algunos aspectos, incluso que prohíba algunas practicas o modalidades que posibilita la inseminación artificial, conforme se discuten y analizan en el presente trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

1. ANTONIO DE IBARROLA. *Derecho de Familia*. Ed. Porrúa México 1993.
2. BAQUEIRO ROJAS EDGARD. *Diccionarios Jurídicos Temáticos, Vol. 1 Derecho Civil*. Edit. Harla, México 1997.
3. BAQUEIRO ROJAS EDGARD. ROSALÍA BUENROSTRO BAEZ. *Derecho de Familia y Sucesiones*. Edit. Harla, México 1990.
4. BELLUSCIO AUGUSTO. *Derecho de Familia. Matrimonio*. Edit. Depalma, Buenos Aires, 1989.
5. CHAVEZ ASECIO MANUEL F. *La familia en el Derecho I: Relaciones jurídicas Paterno-Filiales. 2ª ed; México, Porrúa, 1992.*
6. Diccionario de Medicina Abreviado. *Edit. El Atene. Buenos Aires, 1991.*
7. Diccionario Enciclopédico de Teología Moral.
8. Encíclica "Evangelium Vitae" del S.P. Juan Pablo II, 1995.
9. FEDERICO ENGELS. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. 8ª* Edit. México, Quinto Sol. 1985.
10. GALINDO GARFIAS IGNACIO. *Estudios de Derecho Civil. 2ª Ed; México, Porrúa, 1994.*
11. GARCIA PELAYO RAMON. *Pequeño Larusse Ilustrado. Ediciones Larusse, México 1999.*
12. HUXLEY ALDOUS. *Un mundo feliz*. México, Anaya Editores S. A., 1997.
13. ITALO TOZZINI ROBERTO. *Esterilidad e Infertilidades Humanas*. Edit. Panamericana, Bogotá, 1989.
14. La Sexualidad Humana, *Nuevas Perspectivas del Pensamiento Católico*. Ediciones Cristiandad, Mdrd España, 1978.
15. MACIAS RAMON "Conceptos Jurídicos Fundamentales"; México, 1997.
16. MAGALLON IBARRA JORGE MARIO. *El Matrimonio*. Tipográfica Editora Mexicana, S.A. México, 1965.
17. MIGUEL ANGEL SOTO LAMADRID. *Biogenética, Filiación y Delito*. Buenos Aires, Depalma, 1990.

18. PÉREZ PEÑA EFRAÍN, *Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción*, Ciencias y Cultura Latinoamericana, México, 1995.
19. PETIT EUGENE. *Derecho Romano*, Editorial Porrúa, S. A., México 1984.
20. RAFAEL ROJINA VILLEGAS. *Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia*. Volumen II. Edit. Porrúa. México, 1995.
21. ROJINA VILLEGAS RAFAEL. *Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familias*. Edit. Porrúa, México, 1998.
22. SOTO LAMADRID MIGUEL ANGEL. *Biogenética, Follación Artificial y la Experimentación Genética ante el Derecho*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1994.
23. ZANNONI EDUARDO A. *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.

### Hemerografía

- ANDORMO L. ROBERTO. "El derecho frente a la Nueva Eugenesia"; Cuadernos de Bioética, Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, Nº 2, Chile, 1994.
- BARRI P. COHEN JEAN. "Consenso Internacional sobre Procreación Asistida", Bruselas, 1995.
- CARMEN GARCIA MENDIETA. "Fertilización Extracorpórea. Aspectos Legales. Revista Ciencia y desarrollo. Nº.65, México D. F., 1985.
- DARIO BERGEL SALVADOR. "Clonación en Seres Humanos, Aspectos Éticos y Jurídicos".
- EDUARDO A. ZANNONI. *Ponencia presentada al Congreso Hispano Americano de Derecho de Familia*. Cáceres, España, octubre de 1987.
- GACETA UNAM. "Inseminación Artificial: controversia, ética y juicio" Órgano Informativo de la Universidad Nacional Autónoma de México. Nº 2369, (México, Distrito Federal), abril de 1989.
- LOYARTE DOLORES. "La convención Internacional de Bioética y los Derechos Humanos de las generaciones Actuales y Futuras" Buenos Aires, Argentina, 1997.

- PÉREZ SERRANO NICOLÁS. "*Eutelegenesia y Derecho*" Separara de la Revista del Foro Canario. Publicaciones de Iltre. Colegio de Abogados de las Palmas. Buenos Aires, Argentina. Noviembre de 1955.

### Revistas

- Actas y Documentos Pontificios. Instrucción sobre el respeto a la Vida Humana Naciente y Dignidad de la Procreación. Ediciones Paulianas, 1987.
- ANDORMO L. ROBERTO. "El Derecho frente a la Nueva Eugenesia"; Cuadernos de Bioética, Revista Chilena de Derecho, vol. 21, N° 2, Chile, 1994.
- Gaceta Oficial del Distrito Federal el 17 de septiembre de 1999.
- PEREZ DUARTE ALICIA ELENA "*El Impacto de las Nuevas Tecnologías Reproductivas en la Familia*". Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, IJ-UNAM, 1998.
- CARMEN GARCIA MENDIETA. "*Fertilización Extracorpórea. Aspectos Legales*". Revista Ciencia y desarrollo. N° 65, México D. F., 1985.

### Artículos y Ponencias

- GÖRAN EWERLÖF, "*Swedish legislation on artificial insemination*", en II Congreso Mundial Vasco, *La filiación a finales del siglo XX*. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Editorial Trivium, . A., Madrid, 1987.
- GALINDO GARFIAS IGNACIO, "*La fecundación artificial en seres humanos. Consideraciones jurídicas*", en la revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XL. Núm. 169, 170, 171. 1990.
- MERINO GUTIERREZ A. "*Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida*", en II Congreso Mundial Vasco. *La filiación a fines del siglo XX*. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Editorial Trivium, S. A. Madrid, 1987.

- Parlamento Europeo, *Problemas Éticos y Jurídicos de la Manipulación Genética y de la Fecundación Artificial Humana* "Comisión de los Asuntos Jurídicos y de los Derechos de los Ciudadanos. Luxemburgo, 1989.
- SERRANO ALONSO EDUARDO. "El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post-mortem"; en II Congreso Mundial Vasco. *La filiación a fines del siglo XX*. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Editorial Trivium, S. A. Madrid, 1987.
- TOME CAMPUZANO, *Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente*", en II Congreso Mundial Vasco.
- VERTÍ DOMINICK. "Reproductive technologies and United States Law", en el International and comparative law quarterly, Vol. 37, part 3, 1988.

### Jurídicos

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Ed. Mc Graw Hill, México, 2000.
- BUERES-HIGHTON. Cod. Civ. Antot. T1 450/451, Edic. 1996.
- PARLAMENTO EUROPEO, *Problemas Éticos y Jurídicos de la Manipulación Genética y de la Fecundación Artificial Humana* "Comisión de los Asuntos Jurídicos y de los Derechos de los Ciudadanos. Luxemburgo, 1989.
- Código Civil para el Distrito Federal. Editorial SISTA S.A. de C.V. Enero de 2001.
- Código Penal para el Distrito Federal. Editorial SISTA S.A. de C.V. Febrero 2001.
- Ley General de Salud. Editorial SISTA S.A. de C.V. Agosto de 2000.

### Direcciones en Internet

Nuevas Técnicas de Reproducción

Dirección: <http://www.reproduccion.com.mx/insem.htm>.

---

**Clínica Eugén**

**Dirección:** <http://www.cndh.org.mx/asomate.htm>.

**PÉREZ DUARTE, ALICIA ELENA.** Genética y Filiación. Viejos y Nuevos Problemas de la Reproducción Humana.

**Dirección:** <http://www.juridicas.unam.mx/publica/salud/cuad3/perez.htm>.

**MOCTEZUMA BARRAGÁN GONZALO.** La Reproducción Asistida en México. Un enfoque Multidisciplinario.

**Dirección:** <http://www.juridicas.unam.mx/publica/salud/cuad1/barragan.htm>.

**GUY MAZET.** El impacto de las Nuevas Tecnologías Reproductivas en la Familia: Presente y Futuro.

**Dirección:** <http://www.juridicas.unam.mx/publica/salud/cuad2/guy.htm>.