

300609
11.
2oj



UNIVERSIDAD LA SALLE

ESCUELA DE DERECHO
INCORPORADA A LA U.N.A.M.

“LA REPRODUCCION ASISTIDA Y SUS REPERCUSIONES EN EL AMBITO DE LA FILIACION”

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LA ALUMNA: VERONICA BATIZ ALVAREZ

DIRECTOR DE TESIS: LIC. ALFONSO SAENZ RAMIREZ

MEXICO, D. F.

JUNIO DE 1992



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 está 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.

LA REPRODUCCION ASISTIDA Y SUS REPERCUSIONES EN EL AMBITO
DE LA FILIACION.

Pág.

Introducción. -----	2
Capítulo I. Reproducción asistida.	
1. Antecedentes. -----	4
2. Datos biomédicos. -----	9
2.1 Inseminación artificial. -----	9
2.2 Fecundación in vitro. -----	12
2.3 Subrogación materna. -----	14
Citas Capítulo I. -----	19
Capítulo II. Valoración filosófica, ética y jurídica de los métodos de reproducción asistida.	
1. Fundamentos filosóficos: Persona en sentido ontológico. -----	20
2. Aspectos éticos. -----	23
3. Fundamentos jurídicos. -----	29
3.1 Persona en sentido jurídico. -----	29
3.2 Derecho a la vida. -----	33
3.3 Derecho a la procreación. -----	35
3.4 Consideraciones jurídicas para el empleo de los métodos de reproducción asistida. -----	38
4. Ley General de Salud. -----	45
Citas Capítulo II. -----	53
Capítulo III. La reproducción asistida y sus repercusiones en el ámbito de la filiación.	
1. Concepto. -----	56
2. Especies. -----	59
2.1 Consanguínea. -----	59
2.2 Adoptiva o civil. -----	70
3. Efectos. -----	74
Citas Capítulo III. -----	77
Conclusiones. -----	79
Obras Consultadas. -----	81

INTRODUCCION

Los adelantos científicos en los últimos años, han sido numerosos y sorprendentes. Cada día nos encontramos con nuevos avances que dejan obsoletos a los apenas descubiertos, porque el desarrollo en estas materias es muy acelerado.

Desgraciadamente, el Derecho no evoluciona al mismo ritmo que la ciencia, por lo que poco a poco se va quedando rezagado, quedando muchas situaciones reales carentes de regulación.

Una de esas situaciones reales, es el empleo de técnicas de reproducción humana por vías no naturales, las cuales han proliferado y su práctica ha aumentado considerablemente en los países industrializados. Miles de personas han encontrado en estas técnicas solución a sus problemas de esterilidad, impotencia o enfermedades hereditarias; sin embargo, también han suscitado críticas y argumentos en contra, principalmente del orden moral.

La realización de este tipo de técnicas trae consigo serios trastornos de carácter familiar, moral e incluso penal, que el Derecho no puede dejar pasar desapercibidas. Es necesaria por tanto, una regulación precisa y exhaustiva de los métodos artificiales de reproducción humana.

Sin embargo, es extremadamente difícil encontrar solución a todos y cada uno de los grandes conflictos así como sopesar también los beneficios que esto trae consigo en tan diversos aspectos de la vida jurídica de un país.

Es por eso que pretendo enfocar mi investigación a uno solo de estos aspectos, que es el de la filiación, cuyos principios fundamentales pueden verse alterados con técnicas como son la inseminación artificial y la fecundación in vitro.

Si bien es cierto que en México concretamente este tipo de prácticas no han proliferado, es cierto también que dentro de pocos años tendremos que afrontarlo y lo óptimo es que en el momento en que se requiera, exista la estructura jurídica necesaria para regular las nuevas situaciones y conflictos que se presenten.

Finalmente, considero que es éste un tema poco abordado en nuestro medio, y, por lo tanto, carente de una adecuada regulación jurídica, por lo que en este trabajo pretendo proponer algunas adiciones al régimen de la filiación, tomando en cuenta aquel la que se originará por vías no naturales.

CAPITULO PRIMERO.

REPRODUCCION ASISTIDA.

1. Antecedentes.

Parece increíble que los primeros datos que se tienen sobre la inseminación artificial se remonten aún antes de la era cristiana y, como es natural, esos datos nos llegan en forma de leyenda:

Cuentan los beduinos, que Ismael, hijo de Agar y Abraham, hubo de huir con su madre al desierto, donde creció ágil, astuto y fuerte, tanto que logró capturar una yegua negra a la que llamó "Kohailan".

Un día, Ismael vió, oculto detrás de unas peñas, a una hermosa mujer; era Saglaviyah, hija de un poderoso jeque de una tribu nómada que se vanagloriaba de que su blanco caballo "Al abda", era increíble en la carrera, tan seguro estaba de su victoria que había comprometido su palabra de que si alguien lo derrotaba, le daría cualquier cosa que le pidiera, quedando el perdedor como esclavo del jeque a perpetuidad.

Ismael, prendado de la mujer decidió arriesgarse. Una noche, burló la vigilancia del campamento nómada y logró empapar su turbante con el semen de "Al abda", corrió hacia su yegua e

introdujo la tela húmeda, llena de semen en la vagina de su yegua en celo consiguiendo la fecundación; meses después nació un caballo perfecto, al que llamó "Haizum".

Pasó el tiempo y un día, ante la sorpresa de los nómadas se presentó Ismael retando al jeque con su caballo. El jeque, casi un anciano, llamó a su hijo y le ordenó montar al primogénito de "Al abda"; este caballo superaba en dos palmos al de Ismael, por lo que su derrota parecía segura; sin embargo, Ismael cruzó la meta muchos metros antes que su rival.

El jeque se ofreció como esclavo, pero su hijo pidió tomar su lugar.

Ismael, no pidió esclavos, sino la mano de Saglaviyah, por lo que los beduinos del desierto se consideran sus descendientes.

Al margen de lo que pueda tener de cierto esta antiquísima leyenda, sugirió a posteriores generaciones tanto cruzar sementales y hembras especiales para mejorar las razas, como el inseminar yeguas pura sangre de enemigos, con esperma de sementales de razas inferiores. (1)

Alrededor de 1549, Bartolomeo Eustaquio, médico italiano al que se le deben varios e importantes descubrimientos anatómicos, fue consultado por una mujer con respecto a la infertilidad y le dió este consejo: después de la relación sexual, el marido

debería introducirse dentro de la vagina y mover el semen hacia el útero, esto fue hecho y la mujer concibió.

El primer documento científico sobre la inseminación artificial, fué publicado en 1780 por Lázaro Spallanzani, profesor de la Universidad de Francia, quien un año antes inseminó a una perra, sin embargo, a pesar de saber que podrían realizarse este tipo de experimentos en humanos, se limitó a mamíferos.

En 1799, John Hunter, médico inglés, llevó a cabo la primera inseminación artificial que se conoce en humanos, introduciendo una esponja mojada con el semen de un marido hipospádico (2) en el interior de la vagina de su esposa. Se produjo la deseada fecundación y nueve meses después, la mujer dió a luz.

En 1866, Marion Sims realizó cincuenta y cinco inseminaciones intrauterinas que fracasaron, debido a la mala técnica.

En 1890, Heapt obtuvo embriones después de lavar con solución salina los oviductos de las conejas, los que después fueron trasplantados a una coneja subrogada.

En 1914, José Amantea, descubre la vagina artificial empleada en inseminación en animales.

En 1965, el biólogo Edwards publicó su primer trabajo sobre fertilización y cinco años años después trabajó con Steptoe,

prestigiado ginecobotetra experto en el tratamiento de la esterilidad. Ambos, diez años después, lograron la implantación de un embrión humano después de ciento nueve intentos.

El 25 de julio de 1978, en Manchester, Inglaterra, se anunciaba el nacimiento de Louise Brown, cuya concepción no había tenido lugar en el aparato reproductor de su madre, sino en el laboratorio.

Con esto se completó el éxito primero de haber logrado una fertilización in vitro, con la esperanza de que algún día pudiera implantarse el embrión humano así habido, en el endometrio uterino para que continuara así su desarrollo.

A partir de la década de los ochentas, en Australia y en diversos países europeos comenzaron a presentarse proyectos para adecuar la legislación existente a las realidades a las que daban lugar las nuevas técnicas de reproducción artificial. También en los Estados Unidos de América se han regulado estas situaciones, siendo en este país donde más proliferaron, no sólo las clínicas donde ofrecen este tipo de servicios, sino también agencias que fungen como intermediarios en la compra-venta de células sexuales, y en la contratación de madres sustitutas. Los países más adelantados en este tipo de métodos, y, por tanto, los primeros en regularlos fueron: Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Australia, Alemania y Suecia.

En México, todavía no están desarrolladas suficientemente estas técnicas; en la clínica Médica Sur, actualmente se realizan inseminaciones artificiales homólogas (3) todos los días, a nivel de consultorio, aunque todavía no cuentan con los elementos necesarios para realizar fecundaciones in vitro ni trasplante de embriones; sin embargo, éste tipo de técnicas podrán realizarse dentro de muy poco tiempo.

Para que una pareja sea sometida a este tipo de terapia, solamente se le exige que lo soliciten ambos de común acuerdo, y desde luego, que el diagnóstico médico lo indique como necesario; la política de la institución es tratar con este tipo de terapia únicamente a parejas casadas, sin embargo, no se les pide el acta de matrimonio para comprobarlo, ya que al ir juntos y firmar la solicitud de común acuerdo, se considera que actúan de buena fe.

2. Datos Biomédicos.

2.1 Inseminación Artificial.

La inseminación artificial consiste en introducir el semen masculino en la vagina, o bien, en el útero, mediante una intervención médica, es decir, por un medio diferente al acto sexual.

El semen puede obtenerse por masturbación, o bien, se extrae por medio de una biopsia testicular, o aspirándolo del epidídimo o del conducto deferente. Cuando el semen no reúne las características necesarias para garantizar la fecundación, se prepara en el laboratorio, eliminando fluidos y seleccionando espermatozoides.

También es necesario que la concentración de espermatozoides del líquido seminal sea muy alta.

En caso de que se requiera utilizar semen de donadores, estos deben pasar por una serie de análisis y controles con la finalidad de verificar que no sean portadores de enfermedades hereditarias.

Una vez que se ha obtenido el semen, éste se introduce en la parte superior de la vagina, o se inyecta en el útero.

La inseminación artificial debe realizarse en el momento de la ovulación, dentro del ciclo menstrual femenino.

Existe una modalidad de inseminación artificial que consiste en introducir tanto un óvulo como espermatozoides en la trompa de falopio de la mujer, y de esta manera se logra que tanto la fecundación como la posterior anidación del embrión en el endometrio se realice en forma natural. Esta técnica es más sencilla, y por tanto, más barata que la fecundación in vitro.

Los casos en los que se recomienda el uso de la inseminación artificial son los siguientes:

- * Impotencia del varón.
- * Vaginismo de la mujer.
- * Anomalías anatómicas de la mujer.
- * Alteraciones en el cuello uterino que impiden la lubricación adecuada de moco para recibir a los espermatozoides.
- * Alteraciones en el semen, que no reúne las características necesarias para la fecundación, sea porque el volumen de espermatozoides que contiene es muy bajo, o porque el índice de mortalidad de los espermatozoides es muy alto.
- * Presencia de anticuerpos en el moco cervical de la mujer, o bien, en el semen del varón que impida la movilización de los espermatozoides.
- * Que el marido esté por someterse a quimioterapia o intervención quirúrgica de la cual pueda derivarse esterilidad.
- * Incapacidad del varón para eyacular durante el coito.

Los casos relacionados anteriormente, se refieren a situaciones en las que los gametos femenino y masculino, no presentan ninguna anomalía, lo que existe es dificultad para que tenga lugar la fecundación. Sin embargo, se da también el caso en el cual alguno de los gametos (femenino o masculino, o ambos) presentan deformidades, enfermedades o alteraciones, en estas situaciones se tiene que recurrir a la donación de gametos para poder llevar a cabo después la inseminación artificial:

- * Esterilidad masculina no curable ni médica ni quirúrgicamente.
- * Que el varón sea portador de enfermedades hereditarias.
- * Que la mujer presente isoimmunización materno-fetal por el factor RH.
- * Que mujer o varón presenten anomalías mentales o físicas.
- * Exposición a radiaciones o quimioterapia.
- * Autoinmunización a los espermatozoides no superable clínicamente.

Se recomienda la inseminación artificial directa en las trompas de falopio, cuando los espermatozoides se ven imposibilitados para traspasar la barrera cervical, debido a defectos del moco, o rechazo inmunológico; y también cuando el semen presenta alteraciones. (4)

2.2 Fecundación in vitro.

A diferencia de la inseminación artificial, la fecundación in vitro es una técnica mucho más reciente que ayuda a aquellas mujeres que aunque pueden reproducir óvulos sanos, tienen dañadas las trompas de falopio, por lo cual los óvulos no pueden llegar al útero.

El procedimiento para lograr la fecundación in vitro es el siguiente: "se extrae un óvulo maduro de los ovarios un momento antes de que hubiera sido expulsado naturalmente. Seguidamente, el óvulo se une con el semen del marido o compañero, para que la fecundación pueda ocurrir. El óvulo fertilizado, enseguida haya empezado a dividirse, se transfiere entonces de nuevo al útero de la madre.

En la práctica, la técnica para la recolección de óvulos y su cultivo fuera del cuerpo de la madre y la transferencia del embrión desarrollado al útero debe ser llevado a cabo bajo condiciones muy cuidadosamente controladas...

... No es particularmente difícil fertilizar el óvulo humano "in vitro". La dificultad real es la relativa a la implantación del embrión en el útero después de transferirlo...

... Debido a estas dificultades, es una práctica común el transferir más de un embrión a la madre potencial cuando sea posible y por esta razón se necesita recolectar varios óvulos, ello se consigue mediante una estimulación artificial de los

ovarios de la mujer conocida como "superovulación", para asegurar que se produzcan varios óvulos en un ciclo..." (5)

Los casos en que se recomienda médicamente, la fecundación in vitro son los siguientes:

- * Enfermedades del endometrio, esterilidad.
- * Presencia de anticuerpos antiespermatozoides en el moco cervical, o bien, defectos del semen.
- * Inaccesibilidad del ovario.
- * Esterilidades de cualquier tipo.
- * Falta de útero o condiciones graves del embarazo.

Como se puede apreciar, en la mayoría de los casos enlistados se necesita la intervención de donadores, o de una "madre subrogada", éste último término, es objeto del inciso siguiente.

2.3 Subrogación Materna.

Esta figura surgió como una consecuencia de la práctica de las técnicas de reproducción asistida a que he hecho referencia, debido a que en algunos casos éstas no resuelven por sí solas el problema de esterilidad u otros similares.

Existen mujeres que simplemente no pueden llevar a feliz término un embarazo, o incluso, no pueden embarazarse no porque sean estériles, sino por circunstancias de radicalidad mayor, como es la carencia de útero, o matriz infantil, etc., en estos casos la única solución posible es que se insemine artificialmente, o se le implante un embrión fecundado in vitro a otra mujer, que desde luego, no es la madre biológica, o peor aún, que puede ser la madre biológica, inseminada con el semen del marido de la mujer contratante.

Concretando, una madre subrogada o sustituta, es aquella que lleva en su vientre a un niño, consecuencia o de una inseminación artificial, o bien, de la implantación de un embrión fecundado exteriormente, con el objeto de entregárselo a otra mujer, una vez nazca.

Este tipo de práctica, generalmente se realiza entre familiares (se ha dado el caso de una mujer que dió a luz a sus nietos y otra a su sobrino); o bien, "contratando" los servicios de una mujer ajena a la pareja, a la cual se le "paga" cierta

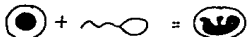
cantidad.

Hasta aquí la explicación del concepto y sus posibles justificaciones médicas, en el capítulo siguiente plantearé la valoración filosófica, ética y jurídica de esta figura.

El uso de la inseminación artificial o de la fecundación in vitro, así como la necesidad o no, de una madre subrogada, depende del tipo de problema que la pareja tenga para procrear, ya expuse, cuando traté cada uno de estos conceptos, las causas médicas por las cuales éstas técnicas deben practicarse, la tabla que se copia en la siguiente página, muestra gráficamente estos supuestos. (6)

IAD: Inseminación artificial por donante

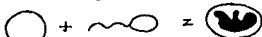
1. Padre estéril



2. Madre estéril e incapaz de mantener el embarazo



3. Ambos padres estériles, madre capaz de mantener el embarazo



4. Madre estéril pero capaz de mantener el embarazo.

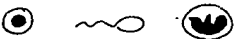


FIV: Fecundación "in vitro"

5. Madre fértil pero incapaz de concebir



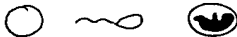
6. Madre estéril, madre fértil pero incapaz de concebir



7. Madre estéril pero capaz de mantener el embarazo



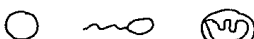
8. Ambos padres estériles, madre capaz de mantener el embarazo



9. Madre estéril e incapaz de mantener el embarazo.



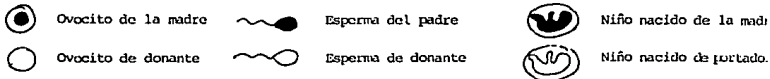
10. Ambos padres estériles, madre incapaz de mantener el embarazo



11. Madre incapaz de mantener el embarazo, ambos padres fértiles



12. Madre fértil pero incapaz de mantener el embarazo, padre estéril



De acuerdo con la tabla precedente, los diferentes problemas biológicos y sus respectivas soluciones son los siguientes:

1. Problema: Si ambos padres son fértiles y la madre es capaz de mantener el embarazo, pero incapaz de concebir, la solución médica es la fecundación in vitro.
2. Problema: Si ambos padres son fértiles pero la madre es incapaz de mantener el embarazo, la solución médica es la fecundación in vitro, requiriendo en este caso de madre subrogada.
3. Problema: Si la madre es fértil, pero es incapaz de concebir, y el padre es estéril, la solución médica es la fecundación in vitro, utilizando esperma de donador.
4. Problema: Si la madre es fértil, pero es incapaz de mantener el embarazo, y el padre es infértil la solución médica es la fecundación in vitro, utilizando esperma de donador y subrogación materna.
5. Problema: Si la madre es fértil y capaz de concebir, pero el padre es estéril, la solución médica es la inseminación artificial, utilizando esperma de donador.
6. Problema: Si el padre es fértil, pero la madre estéril e incapaz de mantener el embarazo, la solución médica es:
 - a) La fecundación in vitro con óvulo de donadora y subrogación

materna.

b) La inseminación artificial en donadora , la cual será también madre subrogada.

7. Problema: Si el padre es fértil y la madre estéril pero capaz de mantener el embarazo, la solución médica es:

a) Fecundación in vitro con óvulo de donadora,

b) óvulo de donadora e inseminación artificial en ésta y posterior implantación en la madre.

8. Problema: Si ambos padres son estériles, pero la madre es capaz de mantener el embarazo, la solución médica es la utilización de óvulo de donadora y espermatozoides de donador, para realizar la fecundación in vitro y posterior implantación en la madre; o bien inseminación en donadora y posterior implantación en la madre.

9. Problema: Si ambos padres son estériles y la madre es incapaz de mantener el embarazo, solución médica es la utilización de óvulo de donadora, espermatozoides de donador y subrogación materna.

Sin embargo, el 98% de los problemas de procreación se pueden resolver médicamente sin necesidad de recurrir a la fecundación in vitro ni a la subrogación materna.

CITAS CAPITULO I

- (1) Anzón Oliart, Francisco. "Se fabrican hombres. Informe sobre la genética humana". 1a. edición. España, 1988. PP. 19 a 22.
- (2) Malformación congénita, por la cual la uretra desemboca en la cara inferior del pene y no en su vértice, como sería lo normal.
- (3) Cuando no se requiere de donantes.
- (4) Barri, Pedro, "Aspectos médicos de las nuevas tecnologías de reproducción humana", en Fecundación Artificial ciencia y ética, Madrid, 1985, citado por Mier y Terán Salvador, "El régimen jurídico de la llamada reproducción asistida" Pamplona, 1989, P p. 153, Tesis doctoral.
- (5) Informe sobre la fertilización humana y la embriología, presentado al Parlamento Británico en julio de 1984.
- (6) Time, 10 - IX - 1984.

CAPITULO II

VALORACION FILOSOFICA, ÉTICA Y JURIDICA DE LOS MÉTODOS DE REPRODUCCION ASISTIDA.

1. Fundamentos filosóficos.

Persona en sentido ontológico.

Es importante esclarecer la noción ontológica de persona, porque de los conceptos e ideas médicas generales sobre las técnicas genéticas modernas expuestas en el capítulo precedente, se desprende necesariamente la inquietud de si con ellas se afecta, se ataca o daña al ser humano en su dignidad, si se llega a comerciar, a experimentar o a explotar a la persona. Para resolver esta duda, primero se debe establecer lo que se entiende por "persona".

Podría argumentarse que siendo éste un estudio jurídico, importa solamente el concepto jurídico de persona, pero no debe perderse de vista que el Derecho se apoya en la filosofía y en la moral para emitir sus postulados.

Para definir ontológicamente a la persona, que mejor que el clásico concepto de Boecio (7) : "Persona est rationalis natural individua substantia".

Es sustancia en cuanto portadora de determinada naturaleza y sujeto de accidentes, lo cual implica que si forma parte de algo, no se confunde con la realidad en la cual se halla inserta.

La característica "individual" excluye la posibilidad de pensar en la persona como algo absoluto, precisando su carácter particular, único.

Por naturaleza entendemos aquello que conlleva una determinada esencia, considerada como principio de actividad, y en el caso de la persona, ésta es eminentemente racional, puesto que es la racionalidad lo que nos distingue de los animales.

La racionalidad implica la capacidad de discurrir, la inteligencia.

La noción ontológica de persona conlleva la afirmación de su autopertenencia, esto es, que la persona tiene un dominio propio que debe respetarse; la persona al pertenecerse a sí misma en su ser, es libre y esta libertad debe ser respetada por los demás.

Ahora bien, ¿desde cuándo puede considerarse que la persona comienza a existir, a ser tal?, se puede decir que desde el momento de la concepción, esto es, cuando el óvulo es fecundado por el espermatozoide, formándose el huevo o cigoto.

A la luz del análisis precedente sobre el concepto "persona", se deduce que, siendo ya el cigoto portador del alma humana y sobre todo, teniendo una existencia propia, al distinguirse del cuerpo de la madre, puesto que no es parte ni accesorio de éste, sino una entidad particular, diferente, aunque dependa físicamente de la madre para desarrollarse, el cigoto es ya una sustancia, puesto que es portador de la esencia humana, y es individual, único.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza racional, es obvio que se encuentra ya en el cigoto, puesto que es un principio de vida humana lo que ocurre es que existe un impedimento físico para su manifestación, que es su inacabado desarrollo.

2. Aspectos Éticos.

"Resulta paradójico, el que, en una sociedad "avanzada", un alto número de personas elaboren sus criterios acerca de cuestiones trascendentales como el ministerio y la dignidad de la vida humana basados en los juicios que se emiten en el orden moral y se le coloca al arbitrio de un alto progreso científico". (8)

En este campo, las opiniones suelen encontrarse en los polos -diametralmente opuestas-; algunas personas o grupos consideran como totalmente inadmisibles las técnicas de fertilización asistida, por inmorales y antinaturales; otros, se muestran franca mente a su favor, como resultado del progreso científico, considerando una tontería no aprovechar sus beneficios.

Considero que lo mejor es exponer las razones y fundamentos de ambas posturas, para después poder emitir un juicio válido y sustentado.

Algunas de las posturas más conservadoras son las siguientes: Siendo la inseminación artificial un modo anormal de fecundación en la pareja humana, se observa un "grado apreciable de manipulación, por parte de terceras personas, de los cuerpos de los esposos y de los gametos sexuales que determinarán la individualidad genética de su hijo". (9)

Se opina, que no debe por ningún motivo, existir sexualidad sin hijos, ni hijos sin sexualidad, porque esto es inmoral; las corrientes más conservadoras defienden el criterio de que la fecundación sólo cabe en el matrimonio agregando que "la persona concebida deberá ser fruto del amor de sus padres, ya que no puede ser querida ni concebida como el producto de una intervención de técnicas médicas de una tecnología científica". (10)

Posturas menos estrictas, admiten las técnicas de reproducción asistida, dentro del matrimonio, incluso, la Encíclica Gadium et Spes (11) apunta: "Hay que salvaguardar el derecho de los padres a procrear y a educar en el seno de la familia a sus hijos. Los científicos, principalmente los biólogos, los médicos, los sociólogos y los psicólogos, pueden contribuir mucho al bien de la familia y del matrimonio, si se esfuerzan en aclarar más profundamente las diversas circunstancias favorables a la ordenación de la procreación humana".

Se comienza a hablar de la factibilidad de la inseminación artificial conyugal, la cual debe enmarcarse en la comunidad de amor y vida de los esposos, y se considera un acto de amor de la pareja, ya que intentan, a través de la técnica, que su amor se abra a una nueva vida.

Se dice entonces, que la fecundación artificial, aunque no es el método idóneo para la procreación en la pareja, puede realizarse cuando "existen causas justificadas que no dañen la

dignidad propia del matrimonio ni lesionen psicológicamente el futuro del niño"; (12) ésta última opinión me parece que introduce un nuevo elemento para la valoración moral de las técnicas de reproducción artificial: ya no es solamente el considerar la moralidad de que exista procreación sin sexo, sino el atender a las circunstancias específicas de cada caso; esto es, si la solución médica al problema biológico de determinada pareja no daña la estabilidad de ésta, o podría llegar a influir negativamente en el desarrollo del niño.

Es aquí donde se debe valorar la viabilidad y la conveniencia de las donaciones de gametos sexuales, tanto masculinos como femeninos y, sobretodo, de la subrogación materna.

La subrogación conlleva innumerables problemas, no sólo éticos, sino técnicos, sociales, psicológicos, etc.; pero sobretodo interesa lo relativo a su valoración moral.

El hecho de que una mujer que es físicamente apta para embarazarse, lo haga únicamente con fines de lucro o conveniencia, sin interés alguno en el niño que va a tener, es totalmente antiético, además, este tipo de prácticas puede provocar la explotación, la utilización de un ser humano por otro, para satisfacer sus propios fines, misma que es absolutamente objetable al intervenir intereses financieros: se estaría hablando entonces de una explotación comercial de la sustitución materna y por tanto, de las mujeres que se prestan a ello.

Pero no es solamente el factor económico el que debe tomarse en cuenta para la calificación moral de la subrogación, aunque ciertamente es el más impactante, puesto que podría imaginarse que la "madre" está: ¿arrendando su matriz?, ¿comerciendo con su aptitud de ser madre? y peor aún si ella misma es donante de óvulos: ¿vende a su hijo?, ¿lo dona? ¿celebran los interesados un contrato cuyo objeto es un ser humano? Todas estas cuestiones hay que tomarlas seriamente en cuenta. ¿Qué implicaciones psicológicas se desarrollarán tanto en la supuesta madre como en el niño?, ¿qué pasará si el niño nace enfermo o deforme y nadie lo quiere aceptar?; además, es lógico que el principal protegido en todas estas situaciones debe ser el concebido, y el hecho de la subrogación por sí constituye ya un conflicto trascendente para su desarrollo y crecimiento.

En cuanto a la donación de semen, de óvulos y de embriones considero que existe una diferencia abismal entre la donación de un gameto sexual y la de un embrión; la primera es aceptable, puesto que se trata de células simplemente, y digo simplemente en relación con un embrión, que como ya expuse, es una vida humana, es una persona con todo lo que ello implica.

No considero que sea inmoral la donación de una célula sexual, puesto que el fin que se persigue es dar solución a un problema de esterilidad en una pareja, sin ánimo alguno de lucro o satisfacción de intereses personales. Desde luego que se deben marcar ciertas restricciones en el sentido de la procedencia de la

donación, sobre diversos aspectos: debe atenderse a las calidades tanto físicas como morales de la persona que va a donar sus células, por calidad física entiendo desde luego el que goce de las condiciones de salud necesarias. También es necesario evitar que los donantes sean de la familia de los padres, pues de lo contrario puede resultar que el niño sea hijo biológico de su tía o de su abuela incluso, lo cual desde mi punto de vista es totalmente anormal, antinatural y aberrante.

En cuanto a la fertilización in vitro, se sabe que para conseguir la célula sexual femenina se requiere fomentar una hiperovulación en la mujer y extraer varios óvulos, pues éstos son extremadamente delicados y existe un alto riesgo de perderlos, debido a esto es práctica común fertilizar varios óvulos, congelar los embriones así habidos e irlos implantando uno a uno en la mujer hasta lograr el embarazo deseado y que ésta llegue a buen término. Si como ya se estableció, el embrión es ya una persona, es totalmente inadmisibile que se le congele, además ¿qué pasaría si se logra el embarazo y quedan aún embriones sin implantar?, ¿se les destruirá?, es por eso que, de admitirse la fertilización in vitro, debe condicionarse a que se fertilicen los óvulos uno por uno, aunque implique mayor trabajo, tiempo y esfuerzo, puesto que existe un valor mayor, que es el derecho a la vida, que se debe proteger. Además, al tratar los aspectos biomédicos, se comentó una modalidad de inseminación artificial por la cual la fecundación, aún con un óvulo de donante, puede realizarse en las trompas de falopio de la mujer, realizándose e la fecundación de

modo casi natural, y esta técnica es mucho más sencilla y barata que la fecundación in vitro, por lo que es recomendable su empleo en relación con la fecundación in vitro.

Concluyendo, considero éticamente aceptable el empleo de los métodos de reproducción asistida, respetándose los derechos de la persona humana, considerando que ésta existe desde el momento de la concepción y siempre que se apliquen a resolver problemas de procreación de la pareja, que de otro modo no tendrían solución, nunca por mero capricho o comodidad y protegiendo en primer lugar la seguridad y óptimas condiciones de vida del concebido por estos medios.

Son aceptables asimismo las donaciones de gametos sexuales, pero no las de embriones ni el empleo de subrogación materna.

3. Fundamentos Jurídicos.

3.1 Persona en sentido jurídico.

"La persona... es el ser concreto, sin el cual no podríamos encontrar nada más que esencias abstractas de fenómenos, pero no la esencia plenamente adecuada de un acto". (13)

La palabra "persona" remite necesariamente a una connotación ética, que va más allá de lo que normalmente entendemos por "hombre" o "ser humano", como el individuo perteneciente a esta especie; éste vocablo sugiere un sujeto dotado de libertad, de razón, de voluntad, y que en ejercicio de éstas actúa en un medio social, conformando la historia.

Si bien es cierto que el Derecho; tiene su fundamento y base en las normas éticas, que persiguen como fin último la Justicia, también lo es que el campo de aplicación del mismo se reduzca a ciertos actos de los individuos, los que afectan directamente al todo social: la conducta del hombre en sociedad.

Por tanto, "Aquella parte de mi realidad y de mi comportamiento que el Derecho toma en consideración, no es lo que yo tengo estrictamente de individuo, no es mi persona real auténtica, ni siquiera aspectos de mi conducta en tanto que genuino individuo, en tanto que verdadera persona humana concreta, sino esquemas genéricos y típicos de conducta, dibujados en la norma y aplicables en principio a todos los sujetos. (14)

Para el Derecho, entonces, persona es aquel sujeto de derechos y obligaciones.

Un concepto accesorio es el de personalidad, es decir la proyección de la persona en el ámbito jurídico, la "mera posibilidad abstracta, para actuar como sujeto activo o pasivo, en la infinita gama de relaciones jurídicas que puedan presentarse".
(15)

El artículo 22 del Código Civil (C.C.) para el Distrito Federal establece:

"La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en este código".

Pudiera pensarse en primera instancia, que la persona en sentido jurídico no es tal hasta que nace (16). Sin embargo, en el segundo párrafo del artículo citado se consigna la posibilidad de ser titular de derechos desde el momento en que se es concebido, puesto que a partir de entonces se cuenta con la protección del Derecho.

Además, el mismo precepto se refiere al concebido como "individuo", dice "desde que un individuo es concebido", lo cual desmiente la posible postura de no considerar persona al

nasciturus, hasta que haya nacido, puesto que la ley misma le concede el carácter de individual.

También es erróneo considerar que el feto es parte integral del cuerpo de la madre, puesto que es evidente que es un ente aparte de ésta, que tiene existencia propia, que es una vida nueva. El principal alegato en contra de esto es que el feto depende para su existencia de la madre, que es "parte de sus vísceras"; la primera parte es totalmente cierta, pero de igual modo depende un niño ya nacido para poder sobrevivir pues no puede valerse por sí mismo, ni alimentarse por sí mismo tampoco, en cuanto a la segunda parte, si entendemos por víscera "todo órgano contenido en una de las tres cavidades esplánicas del cuerpo: craneal, torácica y abdominal, si bien se aplica en un sentido más estricto a éstas últimas" (17) salta a la vista que no podemos identificar al producto de la concepción como a una víscera, sólo porque se ubique para su desarrollo en el vientre de la madre.

Para dejar más en claro esto, analicemos la definición de víscera: "todo órgano", un órgano, es una "entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño del mismo trabajo fisiológico" (18) y el feto o embrión, de ninguna manera está contribuyendo a función fisiológica alguna en el cuerpo de la madre.

Con lo anterior, queda desvirtuada la idea de considerar al producto de la concepción como parte del cuerpo de la madre: es un

ente o un ser aparte, e individual, tan lo es que la ley le hace titular de derechos y de obligaciones al acogerlo bajo su protección.

Independientemente de lo anterior, el citado artículo 22 habla de la "capacidad de las personas físicas", no de personalidad, la cual, ya se dijo, es la posibilidad abstracta de actuar en el ámbito jurídico, a diferencia de la capacidad, en la cual se concretiza esta posibilidad; no dice: "la persona física surge con el nacimiento" sino "la capacidad de la persona física" y agrega que al concebido "se le tiene por nacido para los efectos declarados en este Código", siguiendo este orden de ideas, se puede realizar el siguiente silogismo:

Si la capacidad de la persona física surge con el nacimiento, y al concebido se le tiene por nacido para efectos del C.C., luego, la capacidad de una persona física surge desde el momento de su concepción.

Con lo anterior queda probado que la persona es tal desde el momento de su concepción, y, por tanto, persona en sentido ontológico y persona en sentido jurídico, son equivalentes.

3.2 Derecho a la vida.

La vida es el bien más importante de la persona, puesto que sin ella no puede tener ningún otro derecho.

"Como el derecho a la vida deriva en forma primaria y directa de la naturaleza humana debemos afirmar que todo aquel que tenga esa naturaleza tiene derecho a vivir". (19)

"El derecho a la vida es el supremo valor humano, y no la libertad, como han argumentado varias personas, porque sin aquella no hay ésta, y la libertad está en la vida". (20)

Es por eso que tanto en convenciones internacionales como a nivel local, en cada uno de los países del mundo se manifiesta la preocupación por proteger y salvaguardar la vida humana.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, consigna en su artículo tercero:

"Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; y en el sexto: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica" (21).

Ha quedado claro que el concebido es una persona, por tanto, como cualquier otra, tiene el derecho a vivir, y los demás, la

obligación de respetar esa vida que apenas comienza.

En la legislación mexicana, es el artículo 14 constitucional el que tutela y protege el derecho a la vida, con la garantía de audiencia:

"Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."

Así, mediante esta disposición se está protegiendo al individuo en su integridad individual, como ser humano, como persona.

3.3 Derecho a la Procreación.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo cuarto, consigna:

"El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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

Del precepto citado se deduce que cualquier individuo tiene el derecho primero, a tener hijos, segundo, a tenerlos cuando quiera y tercero, a tener el número de hijos que quiera, pero siempre de manera responsable e informada. El Estado además, cuidará del desarrollo de la familia y la protegerá.

La primera pregunta que surge de todo esto es: ¿por qué el precepto habla primero de familia y después de persona?, ¿por qué no dice: el matrimonio o la pareja?; la respuesta es la siguiente: "independientemente de la igualdad jurídica del hombre y la mujer, aceptada y reconocida, se dispuso además, que toda persona tiene derecho a decidir, de manera libre, responsable e informada, sobre el número y espaciamento de sus hijos, objetivo este último derivado de las deliberaciones habidas en la Conferencia Mundial de Población celebrada en la ciudad de Bucarest, República de

Rumania... en cuyo foro se aprobó una nueva política demográfica en la cual fue tomado en consideración, de modo especial, el importante papel de las mujeres en el desenvolvimiento colectivo del Estado moderno. Este es el motivo de haberse consignado en un párrafo particular el derecho a la libre procreación como garantía personal adoptándose en esta forma la declaración que ya había sido suscrita por México en el año de 1968..." (22)

Por tanto, no es la idea del legislador el propiciar que cualquier persona tenga hijos por el mero capricho de tenerlos, sin preocuparse de crear el ambiente familiar necesario para su desarrollo; sino el proteger a la mujer, pues ella es quien lleva la mayor carga del embarazo y sus consecuencias.

Concluyendo, el Estado protege la decisión informada y responsable de la pareja sobre sus hijos: si deciden tenerlos o no, su número y espaciamiento; por tanto, si optan por tenerlos, no pueden negárseles las técnicas que para ello elijan, en el caso de que no puedan tenerlos por vías naturales, siempre que estas técnicas no afecten derechos de terceros.

El Derecho no debe quedarse rezagado en relación con los adelantos científicos, dejar de regular situaciones reales, ni cerrarse a los avances de la tecnología, siempre que éstos no afecten valores superiores, o , como mencioné en el párrafo anterior, derechos de terceros, y en la actualidad, la Ley General de Salud regula ya -aunque muy someramente- el empleo de las

técnicas de reproducción asistida.

Independientemente de que el Derecho aceptara o no el empleo de estas técnicas, tendría que regularlas porque se dan en la realidad del Estado; pero a partir de las consideraciones expuestas, el Derecho mexicano acepta ya el uso de estos métodos, lo que falta es concretar en qué casos y bajo qué condiciones, para actualizar la legislación al respecto, considero debe comenzarse por la Constitución.

Por tanto, en mi opinión, es necesario reformar el citado artículo cuarto constitucional, para quedar redactado como sigue:

"El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos así como a utilizar los adelantos científicos que existan para resolver sus problemas de procreación , debiendo tenerse en cuenta las disposiciones de la legislación secundaria aplicable a los métodos de reproducción asistida."

3.4 Consideraciones jurídicas para el empleo de los métodos de reproducción asistida.

Una vez establecido que el Derecho no puede cerrarse a los avances de la tecnología, siempre que éstos no afecten valores superiores o derechos de terceros, deben aceptarse y por supuesto regularse tanto la inseminación artificial como la fecundación in vitro, siendo lo siguiente determinar las condiciones para su utilización.

Primeramente, ¿quiénes podrían recurrir a estas técnicas, bajo la protección del Derecho?:

1. Los cónyuges.
2. Los concubinos.
3. El hombre solo.
4. La mujer sola.
5. La "pareja estable".

Respecto a los cónyuges, no cabe duda de que tienen el derecho de intentar por todas las vías posibles el tener descendencia, puesto que debe promoverse el desarrollo familiar.

Pero también es cierto que actualmente sufrimos graves problemas de sobrepoblación, de niños abandonados, maltratados, explotados, etc., por tanto, es necesario asegurar que el niño al nacer, goce de las mejores condiciones de vida, por lo que sería recomendable establecer como requisito el que los futuros padres

demonstraran cierta estabilidad económica, social y moral; para conseguir esto, propongo que los cónyuges que pretendieran hacer uso de estas técnicas promovieran una jurisdicción voluntaria ante el juez de lo familiar, como se hace para la adopción, en la que probaran reunir estas calidades y presentaran un dictamen médico que justificara y propusiera el empleo del método adecuado para la solución de su problema concreto para pro crear por vías naturales; advirtiera los posibles riesgos y valorara las posibilidades de éxito; mismo que los solicitantes firmaran, aceptando estas condiciones y ratificando su voluntad de realizar estas técnicas, estando de común acuerdo, y una vez que consiguieran la resolución a su favor, pudieran presentarse ante la institución médica autorizada, a fin de llevar a cabo la técnica correspondiente.

De este modo, quedaría además manifestada la voluntad de ambos cónyuges por escrito, ratificada ante el juez, de modo que constituyera prueba plena en caso de controversia posterior.

Con estos elementos, el hijo habido por las citadas técnicas artificiales será considerado hijo de los cónyuges, con la consecuente protección del Derecho.

En cuanto a los concubinos, considero que si la ley le reconoce ciertos efectos jurídicos para protección de los hijos y de la concubina; no hay razón alguna para evitar que las personas así unidas puedan hacer uso de las técnicas de reproducción

asistida.

En primer lugar, porque no estamos hablando de un simple amasiato, sino de una relación permanente, semejante al matrimonio, pero desde luego, carente de formalidad legal.

En segundo lugar, los hijos de los concubinos están protegidos por la ley de igual modo que los hijos de los cónyuges y tienen los mismos derechos.

Por lo tanto, al igual que la pareja unida en matrimonio, los concubinos pudieran solicitar el empleo de los métodos de reproducción asistida llevando a cabo el mismo procedimiento del que hemos hablado, debiendo probar además, los requisitos para la existencia del concubinato: que ambos sean solteros, que hayan vivido juntos por un periodo mínimo de cinco años, y que no tengan impedimento para contraer matrimonio entre sí.

Es lógico pensar que si el hombre o la mujer solos, pueden adoptar, pudieran también utilizar los métodos de reproducción asistida. Pero no hay que perder de vista la absoluta prioridad de asegurar al niño las condiciones óptimas para su vida y desarrollo, las cuales no se obtendrán faltándole padre o madre.

Además, no deben emplearse estas técnicas para simplemente satisfacer egoísmos o deseos personales, sino como un medio para remediar en la medida de lo posible los problemas de infertilidad

o incapacidad para procrear de la pareja e impulsar el desarrollo de la familia, célula de la sociedad.

Por los mismos motivos, tampoco a una pareja que no cumpla los requisitos para considerar positivamente su unión como concubinato, se le deben permitir este tipo de prácticas.

Habiendo establecido que sólo los cónyuges o concubinos pueden hacer uso de estas técnicas, lo siguiente sería determinar en que casos. Lo anterior porque ha pasado ya en otros países que la viuda quiera inseminarse con el semen de su marido ya fallecido o mujeres que pretendan inseminarse con el semen de alguien premio nobel, o campeón olímpico, para tratar de procrear un hijo genio o super atleta.

Un caso muy difundido es el de Corynne Parpalaix, que en julio de 1984 reclamó el esperma congelado de su marido para inseminarse con él. Su esposo había hecho congelar su semen ante el temor de quedar estéril por el cáncer, pero al morir éste, el banco de semen se negó a cederlo a la viuda, la cual lo demandó y ganó el juicio, aunque nunca pudo concebir al ser inseminada.

En mi opinión, el empleo de los métodos de reproducción artificial debe restringirse a resolver problemas de esterilidad o incapacidad para procrear de cónyuges o concubinos y que de otro modo no puedan solucionarse, y me fundamento en los motivos que ya he argumentado: lo que se trata de proteger es la familia y el

derecho de procreación, no intereses meramente egoístas y además, debe asegurarse al máximo posible el bienestar e integral desarrollo del niño y para ello se requiere de padre y madre.

Respecto a la donación de semen y óvulos, en el inciso relativo a los aspectos éticos quedó asentada su viabilidad, tomando en cuenta siempre las calidades físicas y psicológicas de los donantes, así como la necesidad, en el caso de las donaciones de óvulos de fecundarlos e implantarlos uno a uno.

Ya se estableció quiénes y por cuáles motivos podrían hacer uso de las técnicas de reproducción asistida, pero como ha quedado expuesto, los problemas de procreación varían y por tanto, las soluciones médicas al respecto también son diversas; por lo que, lo que corresponde dilucidar a continuación es cuáles técnicas son aceptables tomando como base los principios éticos, jurídicos y filosóficos ya expuestos y cuál debe ser su tratamiento jurídico.

Para concluir, conviene recordar los presupuestos generales que han quedado establecidos a lo largo de este trabajo:

- 1.- Sólo podrán hacer uso de estas técnicas cónyuges o concubinos.
- 2.- El objetivo es remediar problemas biológicos de reproducción.
- 3.- Es aceptable la donación de células germinales, más nunca la de embriones.
- 4.- Es inadmisibles la subrogación materna.

Recordando la tabla expuesta en el capítulo primero, respecto a los diferentes problemas de procreación y su tratamiento médico, sólo serán admisibles las técnicas de reproducción asistida en los casos señalados con los números 1, 3, 5 y 7:

1. Ambos padres son fértiles y la madre es capaz de mantener el embarazo, pero incapaz de concebir: Fecundación in vitro.
2. Ambos padres son fértiles, pero la madre es incapaz de mantener el embarazo: Fecundación in vitro, subrogación materna.
3. La madre es fértil, pero incapaz de concebir, y el padre es estéril: Fecundación in vitro, utilizando esperma de donador.
4. La madre es fértil, pero incapaz de mantener el embarazo, y el padre es estéril: Fecundación in vitro, esperma de donador, subrogación materna.
5. La madre es fértil y capaz de concebir, pero el padre es estéril: Inseminación artificial, utilizando esperma de donador.
6. El padre es fértil y la madre estéril e incapaz de mantener el embarazo: Fecundación in vitro, óvulo de donadora y subrogación materna.
7. El padre es fértil, y la madre estéril pero capaz de mantener el embarazo: Fecundación in vitro, utilizando óvulo de donadora.
8. Si ambos padres son estériles y la madre es capaz de mantener el embarazo: óvulo de donadora, esperma de donador, fecundación in vitro y posterior implantación en la madre.
9. Si ambos padres son estériles y la madre es incapaz de mantener

el embarazo: óvulo de donadora, esperma de donador, subrogación materna.

Respecto al problema número ocho, considero que lo mejor sería la adopción, puesto que de cualquier modo el niño no será consanguíneo de ninguno y puede ayudarse a un niño que ya vive, y en relación con el último caso, es verdaderamente el extremo de las situaciones que podrían presentarse, es remotísima la posibilidad de que ocurra y lo mejor sería optar por la adopción.

4. Ley General de Salud.

Sobre las técnicas de reproducción asistida y algunas de sus repercusiones en el ámbito jurídico, solamente la Ley General de Salud hace alusiones.

El artículo 67 de la mencionada Ley (23) establece:

"La planificación familiar tiene carácter prioritario. En sus actividades se debe incluir la información y orientación educativa para adolescentes y jóvenes. Asimismo, para disminuir el riesgo reproductivo, se debe informar a la mujer y al hombre sobre la inconveniencia del embarazo antes de los 20 años, o bien después de los 35, así como la conveniencia de espaciar los embarazos y reducir su número, todo ello, mediante una correcta información anticonceptiva, la cual debe ser oportuna, eficaz y completa a la pareja.

Los servicios que se presten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, con pleno respeto a su dignidad..."

Se aprecia inmediatamente, que en el texto de este artículo se consideraron únicamente las políticas demográficas del país, en atención a las alarmantes estadísticas existentes sobre la materia, que reflejan el gran índice de sobrepoblación, con los problemas que ello acarrea, los cuales son dignos de tomarse en

cuenta. Además, la interpretación a la parte conducente del artículo cuarto constitucional, si bien es perfectamente válida, desde mi punto de vista es incompleta, ya que no considera el derecho de la pareja, a procrear libre (y responsablemente, desde luego) los hijos que desee; pudiendo si es necesario recurrir a los métodos de reproducción asistida, al respecto traté en el inciso 3.3 que antecede.

Es necesario entonces, adicionar un párrafo a este artículo, en el que se consigne que de igual modo debe informarse a la pareja que presente problemas biológicos de procreación sobre los métodos de reproducción asistida de que puedan hacer uso y bajo qué condiciones.

Por lo que concierne específicamente a las técnicas de reproducción asistida, el artículo 314, define algunos conceptos que tienen que ver directamente con éstas:

"ARTICULO 314.- Para los efectos de este título se entiende por:

I.- Disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos: El conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de los órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o investigación;...

... III.- Células Germinales: Las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;

IV.- Preembrión: El producto de la concepción hasta el término de la segunda semana de gestación;

V.- Embrión: El producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la décima segunda semana gestacional;

VI.- Feto: El producto de la concepción a partir de la décima tercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno..." (24)

Por lo que respecta al control sanitario de la disposición que pudiera hacerse del preembrión, del embrión y de las células germinales, el artículo 349, remite a las disposiciones reglamentarias que se expidieren, una vez que se haya acudido a lo dispuesto por el título aludido (décimo cuarto de la propia Ley).

Ahora bien, la Ley General de Salud constriñe la aplicación de las definiciones anteriores, únicamente por lo que se refiere a los efectos del título respectivo de la misma, a que hemos hecho mención en el párrafo que antecede; lo cual permite -como crítica acertadamente la Lic. Thelma E. Díaz (25)- que otras leyes consideren algo diferente, contradictorio, lo cual puede acarrear conflictos de leyes y disminuir la protección que pudiera otorgarse al concebido.

El artículo 40 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud, define el embrión como "el producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la décima segunda semana de gestación", lo cual no coincide con la reforma a la propia Ley, a que hemos hecho mención anteriormente, que distingue entre preembrión y embrión, por lo que debe actualizarse esta disposición en este sentido.

Por otra parte, el mismo artículo 40, define fertilización asistida como: "Es aquella en la que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro".

Se entiende que estamos en presencia de una inseminación artificial homóloga cuando se realiza con las células germinales de la pareja que la solicita, y heteróloga cuando se emplean células germinales de donante(s).

Esta definición se encuentra en el capítulo IV del Reglamento que se titula: "De la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, de la utilización de embriones, óbitos y fetos y de la fertilización asistida", dentro del mismo, encontramos la siguiente disposición:

"Art. 43.- Para realizar investigación en mujeres embarazadas... de la utilización de embriones, óbitos o fetos; y para la utilización de embriones, óbitos o fetos; y para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de

consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21 y 22 de este reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso..."

A su vez, los mencionados artículos 21 y 22, disponen los requisitos para que el consentimiento informado se considere existente, los cuales consisten en la explicación clara y completa de la justificación de la investigación, sus objetivos, procedimientos, molestias, riesgos, beneficios, la garantía de mantenerse suficientemente informado sobre cualquier asunto de la investigación, aún sin solicitarla, la libertad de retirar su consentimiento en cualquier tiempo, el anonimato para el sujeto, la confidencialidad de la información aludida en el párrafo anterior, y deberá ser aprobado por la comisión de ética de la institución de salud.

A su vez, el artículo 56 establece: "La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aún si éste difiere con el investigador".

Los preceptos citados, son los únicos que existen hasta el momento relativos a las técnicas de reproducción asistida, y es evidente lo limitado de su contenido y la gama de supuestos que dejan sin regular. Además, no se refiere propiamente a la

aplicación de las técnicas artificiales mencionadas, sino a la investigación sobre las mismas. Por otro lado, el citado artículo 56 deja aparentemente al arbitrio de la pareja la decisión sobre el empleo de ciertas técnicas que pudieran no ser del todo ortodoxas, al señalar que se respete su "punto de vista moral", cuando en mi opinión, la Ley misma es la indicada para decidir si se considera moral o no cierta práctica de acuerdo con las costumbres y modos de vida existentes en nuestro país, en nuestra sociedad, de lo contrario, cada quien puede imponer su particular punto de vista, provocándose un verdadero caos; con esto no pretendo que la Ley tenga que calificar la moralidad de un acto, sino simplemente permitirla o no, prohibirla o no. Además, si en artículos anteriores exige la aprobación de la comisión de ética de la institución de salud que corresponda, puede ser que ésta difiera del punto de vista de la pareja, y entonces ¿cuál habrá de respetarse o de prevalecer sobre el otro?.

Por otra parte, considero que la Ley deja sin regulación algunos puntos importantísimos, que deben prevenirse: el de la subrogación materna, el de la donación de células germinales, donación de gametos, y la distinción entre inseminación artificial y fecundación in vitro, y sobre todo, quienes podrán hacer uso de las técnicas de fertilización asistida.

Por lo anterior, considero que en el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, capítulo VI: "Disposiciones para la prestación de

servicios de planificación familiar" deben agregarse artículos que establezcan lo siguiente:

- a) Los cónyuges o concubinos podrán emplear los diferentes métodos de fertilización asistida, solamente para solucionar problemas de reproducción que no se puedan solucionar de otra manera.
- b) Para ello deberán contar con un diagnóstico médico que recomiende el empleo de dichas técnicas, advierta de los riesgos y consecuencias de las mismas y comente el procedimiento que debe seguirse. Con este documento se promoverá la jurisdicción voluntaria a que hice mención en el inciso 3.4 de este capítulo y una vez con la resolución a su favor, podrán presentarse ante la institución médica para realizar la técnica requerida.
- c) La subrogación materna estará absolutamente prohibida.
- d) Se permitirá la donación de células sexuales tanto femeninas como masculinas, pero nunca de embriones.
- e) En la donación de células germinales se mantendrá en secreto la identidad de los donantes, los cuales no estarán en contacto con la pareja cuyo problema se va a solucionar.

f) Los donantes deberán someterse a las pruebas que determinen su óptima condición física y mental.

g) Conforme a lo anterior, deben adecuarse las disposiciones existentes en materia de investigación para la salud.

Existe además, la necesidad de adecuar las disposiciones reglamentarias aludidas a las reformas a la Ley publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de junio de 1991, por lo que respecta al preembrión, en el Reglamento de la misma materia de investigación para la salud.

CITAS CAPITULO II

(7) Boecio, Severino. Sobre la persona y las dos naturalezas vs Eustiques y Nestorio, citado por Fernández, Clemente. Los filósofos medievales, Madrid, 1979. pg. 553.

(8) "13 preguntas sobre el respeto a la vida humana" Itsmo, Ingeniería Genética. No. 178, Sept- Oct, 1988, pg. 10.

(9) Anzón Oliart, Francisco, Op. cit. pg 24, 25.

(10) Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Congregación para la doctrina de la Fe, pg. 27.

(11) n 50, 51, 52.

(12) Roldán, Julio. Etica médica. ULSA. pg. 198.

(13) Recaséns Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. Ed. Porrúa, México 1984 pg. 249.

(14) Recaséns Siches, Luis. Vida humana, Sociedad y Derecho, Fundamentos de la Filosofía del Derecho, Ed. Porrúa, México, 1985 pg. 171.

(15) Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil". Editorial Porrúa.

México, 1987. P. 306.

(16) Me refiero obviamente a la persona física, las morales carecen de fundamento ontológico, siendo una mera creación del Derecho Civil.

(17) Enciclopedia Espasa-Calpe, tomo 24.

(18) Ley General de Salud, Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la. Diario Oficial de la Federación, viernes 14 de junio de 1991.

(19) Pacheco Escobedo, Alberto. La persona en el Derecho Civil mexicano. Panorama editorial, México, 1975, pg. 78.

(20) Arriola Cantero, Juan Federico. La pena de muerte en México. Ed. Trillas, México, 1989, pg. 84.

(21) Declaración Universal de los Derechos Humanos. ONU, New York, 1948.

(22) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Colección Popular, Ciudad de México. Serie de textos Jurídicos, UNAM, México, 1990.

(23) Ley General de Salud. Decreto que reforma...supra(18)

(24) Ley General de Salud. Decreto que reforma... supra(23)

(25) Díaz Jiménez, Thelma E. "Régimen jurídico del concebido por vías no naturales" Tesis de Licenciatura. E. L. D., México, 1988.

(26) Óbito es el feto muerto en el útero, según el propio reglamento.

CAPITULO III

LA REPRODUCCION ASISTIDA Y SUS REPERCUSIONES EN EL AMBITO DE LA FILIACION.

1. Concepto.

Etimológicamente, la palabra filiación viene del latín: filiatio - unis; de filis: hijo, pero es imprescindible dejar en claro lo que se entiende cuando hablamos de "filiación", en virtud de girar el presente análisis en torno a este concepto jurídico y a las incidencias que en él pudieran tener las nuevas técnicas de procreación. Por ello, a continuación relaciono algunas de las definiciones que diferentes juristas han dictado al respecto:

Según Demolombé: "Es el estado de una persona considerada como hijo, en sus relaciones con su padre o con su madre". (27)

Para Planiol y Ripert: "Es el lazo de descendencia que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de otra". (28)

En opinión del Doctor Pacheco Escobedo, "Es una situación jurídica que se deriva del hecho natural de la procreación; para el Derecho, es el vínculo o relación jurídica que existe entre dos personas, a las cuales la ley les atribuye el carácter de procreante y procreado". (29)

Los juristas José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida, afirman que: "Es la procedencia biológica de un hijo respecto de sus progenitores (paternidad y maternidad desde otra referencia). Relación paterno-filial es el vínculo jurídico recíproco entre el hijo y cada uno de sus dos progenitores y que comporta un entramado de derechos y deberes, potestades y funciones". (30)

El maestro Bonnacase distingue entre filiación legítima y natural: (31) "filiación legítima es el lazo que une al hijo con sus padres cuando éstos están casados en el momento de su concepción o en el de su nacimiento. Natural es el lazo que une al hijo, con su padre o con su madre o con ambos, cuando éstos no están casados entre sí en el momento de su nacimiento".

Para Jean Carbonnier, "filiación es el vínculo jurídico existente entre el padre (o la madre) y el hijo; se refiere por tanto a la relación de paternidad o maternidad respectivamente." (32)

Dice el maestro Galindo Garfias (33), "que la fuente primordial de la familia, es la filiación, que es el parentesco más cercano y más importante: el que existe entre los padres y los hijos, y que por su particular relevancia, toma el nombre de filiación".

Según el Diccionario Jurídico Mexicano, "La relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo, se conoce jurídicamente como filiación. Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole. Del hecho de la generación deriva un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre los progenitores y su hijo". (34)

Coincido plenamente con la opinión del Doctor Pacheco, en el sentido de que es la ley la que atribuye el carácter de procreante y procreado, dando lugar al vínculo jurídico de la filiación entre dos personas, independientemente del hecho biológico de la procreación, aunque ciertamente se apoye en éste la mayoría de las veces.

Lo importante aquí es remarcar que el hecho biológico no es por fuerza determinante para establecer entre dos personas el vínculo jurídico filial; tal es el caso de la filiación adoptiva o civil. Este vínculo, desde luego, dará lugar a una serie de derechos y obligaciones recíprocos, que abordaré sucintamente más adelante.

2. Especies.

2.1 Consanguínea.

La filiación consanguínea deriva necesariamente de una relación de descendencia, de procreación, y puede ser matrimonial o extramatrimonial. Esta relación implica que el "hijo" recibe desde el momento de su concepción la información genética de sus progenitores, puesto que surge de la unión de las células germinales de éstos. Por lo que para determinar la filiación consanguínea debemos atender a la procedencia de los gametos sexuales masculino y femenino que dieron lugar a un nuevo ser.

Es de todos conocida la discriminación que hasta hace pocos años tenían que sufrir las personas que habían nacido de padres no casados, o de relaciones irregulares o anormales, lo cual, atenta contra la dignidad de la persona, culpándola de un hecho que escapa por completo de su control o voluntad.

Antiguamente, en el Derecho español y en el francés, se distinguía entre hijos adulterinos, incestuosos, mánceres (engendrados en el vientre de mujer pública) y sacrílegos (engendrados o concebidos, respectivamente, por sacerdote o religioso).

Más recientemente, Jean Carbonnier estudia la filiación natural calificándola de inferior a la legítima; y la adulterina o incestuosa, poniendo de relieve la inferioridad de ésta, incluso

por lo que respecta a la filiación natural simple.

En la legislación mexicana, los Códigos Civiles de 1870 y 1884, así como la Ley de Relaciones Familiares, distinguían entre hijos legítimos y naturales.

El Código vigente en el D.F., coloca en plano de igualdad a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio.

En la exposición de motivos se explica: "Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacen de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen".

Sin embargo, es lógico pensar que la filiación no se integra ni prueba en uno y otro caso de la misma manera.

Los elementos constitutivos de la filiación en relación con la madre, son aplicables tanto a la filiación consanguínea matrimonial, como a la extramatrimonial, no así en relación con el padre.

En cuanto a la madre, la filiación se integra con dos

elementos:

- a) Parto.
- b) Identidad del hijo; esto implica que probándose el alumbramiento y que se es producto del mismo, se establece la filiación materna.

El parto puede probarse con testigos, y, desde luego, con el acta de nacimiento, ya que la ley obliga a la madre a que su nombre aparezca en el acta de nacimiento de su hijo y le niega el derecho de dejar de reconocerlo. (art 60 C.C.)

La identidad del hijo se prueba también con testigos y con la huella digital que de él aparece en el acta de nacimiento respectiva.

Claro que en la filiación matrimonial basta con presentar el acta de matrimonio de los padres y el acta de nacimiento del hijo, para que la filiación quede probada.

Ahora bien, ¿que pasaría en los casos de la subrogación materna, o de donación de óvulos, en los que la mujer que da a luz no es la madre biológica del niño? en este caso, el parto ya no sería el factor determinante para establecer la filiación, con lo que uno de los más antiguos y aparentemente absoluto de los principios en esta materia se vendría abajo.

Sin embargo, lo que debe protegerse de cualquier forma es el bienestar del niño que va a nacer, y por tanto, en mi opinión, la ley debe seguir considerando como madre a la mujer que dé a luz, independientemente de que sea o no la progenitora real de la criatura.

De acuerdo con lo señalado en el capítulo anterior, la donación de óvulo no presentará mayor problema, puesto que la donataria será considerada como la madre y ella misma así lo aceptará al momento de tramitar la autorización para el empleo de la técnica de reproducción asistida.

También quedó establecido que la subrogación materna debe prohibirse, pero puede darse el caso de que llegue a realizarse, a pesar de la prohibición legal; en este caso de cualquier forma se considerará como la madre a la mujer que dé a luz, quedando vigentes y aplicables los preceptos legales existentes al respecto.

Si la filiación materna se integra por el simple hecho del nacimiento, no sucede lo mismo en cuanto al padre.

En la filiación matrimonial, se presumen hijos de los cónyuges los concebidos durante el matrimonio y para ello la ley marca ciertos periodos mínimos (arts. 324, 328 y 354 C.C.):

* Hijos nacidos después de ciento ochenta días de celebrado

el matrimonio.

* Hijos nacidos durante los trescientos días que siguen a la disolución del vínculo matrimonial o separación de los esposos.

* Hijos nacidos antes de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio si:

a) Se prueba que el marido tuvo conocimiento del embarazo antes del matrimonio.

b) Cuando el marido concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y la firma o contiene su declaración de no saber firmar.

c) Si el marido ha reconocido previamente al hijo que nació antes de los ciento ochenta días mencionados, se haya hecho el reconocimiento antes o después de la celebración del matrimonio.

* También se consideran hijos de matrimonio los habidos antes de celebrado éste, gracias al matrimonio subsecuente de los padres, en cuyas actas se les reconozca.

Por lo tanto, el hijo de una mujer casada no tiene que probar quien es su padre, ya que ni siquiera basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido y en cuanto a éste último, sólo puede desconocer al hijo así habido si prueba que durante los ciento veinte primeros días de los trescientos que precedieron al parto, le fué físicamente imposible tener acceso carnal a su

mujer (art 325 C.C.), según la doctrina, esta imposibilidad física sólo se da en dos casos:

1. Impotencia para la cópula debido a mutilación o deformidad de los órganos sexuales.
2. Que el marido se encuentre alejado físicamente de su mujer.

Sin embargo, actualmente el segundo caso es ya inoperante, lo mismo podríamos decir de la impotencia para la cópula, sólo quedaría el caso de esterilidad del marido o impotencia para fecundar.

"... la excepción a la regla "pater est quae nuptiae demostrant", ha dejado actualmente de tener la fuerza probatoria que en otras épocas tenía, para el desconocimiento de la paternidad. En efecto, actualmente no se requiere el contacto sexual entre el marido y la mujer para que sea posible la fecundación.

Por medio de la inseminación artificial, puede salvarse en algunos casos este requisito legal.

Debe advertirse que la presunción de paternidad del marido solamente tendría lugar en los casos de inseminación homóloga, es decir, con semen del marido, y que es obvio que en los casos de "imposibilidad física" por impotencia del marido para fecundar no existe la posibilidad de presumir la paternidad del marido." (35)

De lo anterior, se desprende la conclusión de que el marido podría desconocer al hijo si prueba que su mujer se inseminó artificialmente sin su consentimiento con semen de otro hombre, por lo cual, debe adicionarse el artículo trescientos veinticinco del Código Civil, para quedar como sigue:

" Artículo 325. Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, a menos de que se pruebe que los cónyuges hicieron uso de común acuerdo de alguna técnica de reproducción asistida."

Tratándose de adulterio de la madre, debe probar que se le ocultó el embarazo o que no tuvo acceso carnal con su mujer durante los diez meses que precedieron al parto.(art. 326 C.C.)

Considero que el que una mujer se insemine artificialmente con el semen de un hombre que no sea su marido sin consentimiento de éste, no puede considerarse como adulterio, puesto que éste implica la realización del acto sexual y en el caso de la inseminación artificial no hay tal.

En dado caso, el marido tendrá derecho a desconocer al hijo así concebido y podría incluso ser causal de divorcio, pero no se tipificaría conducta penal en ese sentido.

Al respecto, el artículo 326 del Código Civil, debería adicionarse:

" El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa, a menos de que se pruebe que se sometieron a alguna técnica de reproducción artificial."

Ahora bien, si la prueba obvia de la filiación matrimonial son las actas correspondientes del Registro Civil, ¿qué es lo que pasa cuando estas ya no existen o están defectuosas o incompletas?, según el artículo 341 del Código Civil para el Distrito Federal, pueden admitirse como pruebas la posesión de estado de hijo o cualquier otro medio probatorio, excepto la testimonial si no hay prueba escrita o hechos ciertos o lo suficientemente graves como para permitir su admisión.

En cuanto al establecimiento de la filiación en caso de que una mujer viuda, divorciada o cuyo primer matrimonio fue declarado nulo contraiga nuevas nupcias antes de los trescientos días de haberse disuelto el anterior matrimonio y dé a luz un hijo, deben observarse las siguientes reglas:

- 1) Si el hijo nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de los ciento ochenta de celebrado el segundo, es hijo del primer marido.

- 2) Si nace después de ciento ochenta días de celebrado el segundo matrimonio, es hijo del segundo marido, aunque nazca dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primero.

- 3) Si nace antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, y después de los trescientos de disuelto el primero, el hijo se presume nacido fuera del matrimonio. (art. 334 del C.C.).

Tomando en cuenta que ya sea con el primer o segundo marido, o con cualquier otro hombre, pudo la mujer someterse a alguna técnica de reproducción asistida, podría agregarse al citado artículo el siguiente párrafo:

"Lo anterior sin perjuicio de que pueda probarse la paternidad con el documento que acredite el sometimiento de la pareja a técnica de reproducción asistida."

Respecto a la filiación paterna de los hijos nacidos fuera de matrimonio, "sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad." (art 360 C.C.)

Existe sin embargo un caso en el que el hijo natural no necesita ni del reconocimiento ni de sentencia judicial para determinar la identidad de su padre; y es en el caso del artículo 383 del Código Civil, que presume hijo del concubinario y de la concubina al nacido después de los 180 días de que comenzó el concubinato, o bien, dentro de los 300 siguientes al en que se

disolvió.

El reconocimiento es individual por que sólo afecta al progenitor que lo realiza; personalísimo porque sólo pueden realizarlo los padres; declarativo porque no cambia ninguna situación anterior; irrevocable y solemne ya que debe hacerse en el acta de nacimiento, en acta posterior ante el juez del Registro Civil, en escritura pública, testamento o confesión judicial.

Ahora bien, este reconocimiento sólo puede hacerse por las personas que tengan la edad requerida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido.

El reconocimiento puede contradecirse cuando no coincide con la realidad y ser impugnado en los siguientes casos, señalados en los artículos 368 y 378 del C.C. :

- 1.- En caso de que el reconocido sea un menor de edad y el reconocimiento se haya hecho en su perjuicio.
- 2.- El progenitor puede impugnar el reconocimiento excepto cuando con motivo de este se prive de herencia al menor reconocido.
- 3.- En caso de perjuicios a terceros.
- 4.- Cuando una mujer haya cuidado al niño y ostentado a éste como su hijo, dándole su nombre y proveyendo a su subsistencia y educación, puede impugnar el reconocimiento que de ese niño

haya hecho en hombre, porque es poseedora del estado de madre de dicho menor.

Cuando no exista reconocimiento, el hijo puede intentar la acción de investigación de la paternidad o maternidad, ésta última, como ya establecí, se acredita con el parto y la identidad del hijo, en cuanto a la primera, sólo procede:

"...I En los casos de raptó, estupro, o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;

II Cuando el hijo de 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 presunto padre, viviendo maritalmente;

IV Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre." (art. 382 C.C.)

Si se obtiene sentencia declaratoria de la paternidad o maternidad, se habrá constituido la filiación natural.

Ahora bien, el que se emplee alguno de los métodos de reproducción asistida aún en contravención con lo que ha quedado establecido en el capítulo anterior, sin seguir el procedimiento aludido o por parejas no casadas ni unidas en concubinato, no cambian, salvo en lo que ya he mencionado, los preceptos aludidos, por lo que pueden adecuarse a estos perfectamente.

2.2 Adoptiva o Civil.

La adopción - dice Ignacio Galindo Garfias- (36) "crea una relación de paternidad respecto de un extraño, donde la naturaleza no la ha establecido."

Por esta figura, mediante una declaración de voluntad y un acto judicial, el Derecho establece el vínculo filial entre dos personas que carecen de vínculo consanguíneo.

La adopción es una figura antiquísima, pues se regulaba desde el Código de Hammurabi.

En Roma, existieron formas de adopción por las cuales o se consideraba al adoptado tal y cual hijo del adoptante, con todas sus consecuencias, o se restringía a los derechos patrimoniales únicamente.

El Código Civil vigente se apega a la legislación francesa -aunque no totalmente- y regula la adopción con efectos limitados, ya que el vínculo filial se establece únicamente entre el adoptante y el adoptado, así como los derechos y obligaciones que de él se deriven, salvo en lo que se refiere a los impedimentos para contraer matrimonio.

Para efectos del concepto sobre el que gira este trabajo, interesan principalmente sobre la adopción los siguientes

aspectos:

1.- Que la filiación se establece independientemente del parentesco natural.

2.- Quienes pueden adoptar: (art. 390 C.C.)

a) El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos.

b) El marido y la mujer, si los dos están conformes.

3.- Requisitos: (art. 390 C.C.)

a) Que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado.

b) Que el adoptante tenga medios bastantes para proveer a la subsistencia y educación del adoptado y sea de buenas costumbres.

c) Que la adopción sea benéfica para la persona que trata de adoptarse.

4.- El procedimiento de adopción, será el fijado en el Código de Procedimientos Civiles:

* Escrito inicial, manifestando nombre y edad del futuro adoptado, nombre y domicilio de quienes detenten la patria potestad sobre el mismo, o institución que lo haya acogido.

* Rendición de las pruebas que justifiquen que se han cumplido todos los requisitos ordenados por la ley.

* Resolución judicial y remisión de la misma al juez

correspondiente del Registro Civil, para el levantamiento del acta respectiva. (arts 923 y 924 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

5.- Los derechos y obligaciones del parentesco natural, no se extinguen por la adopción (excepto la patria potestad).

Lo primero que cabe preguntarse aquí es con respecto a la inseminación artificial (o fecundación in vitro) heteróloga, es decir, cuando se hace con una célula germinal, ya sea femenina o masculina, de donante.

Respecto a la donación de un óvulo, ya se estableció al principio de este capítulo, que debe considerarse como madre a aquella que dé a luz y no a la donante y, lógicamente, mucho menos a ambas; lo mismo se aplicaría en caso de se realizara la subrogación materna.

Considero que lo mismo debe establecerse respecto al padre: se considerará como tal al concubinario o esposo y no al donante.

Estaríamos entonces en presencia de un parentesco civil diferente al originado por la adopción, que producirá todos los efectos del parentesco consanguíneo; con el objeto de que el menor siempre esté protegido y se desenvuelva en el ambiente familiar del modo más natural posible. Además, si una pareja se somete voluntariamente y de común acuerdo a una técnica de reproducción

asistida, lo lógico y lo conveniente es que consideren al niño que así nazca como hijo de ambos, aunque en realidad no lo sea de alguno.

Así, los hijos concebidos por vías artificiales de reproducción, están protegidos al haberse sometido sus padres (que deberán ser esposos o concubinos) al procedimiento que ya comenté, en el cual lo reconocen expresamente ambos, y en el caso de que no se cumpliera con este requisito y de todos modos se practicara el método de reproducción asistida en alguna pareja no casada ni unida en concubinato o en mujer sola; en cuanto a la filiación materna seguirá siendo el parto el factor principal para su determinación y en cuanto a la paterna, se aplicarán las disposiciones conducentes para establecer la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

3. Efectos.

Los principales efectos que conlleva el vínculo jurídico de la filiación son:

- 1.- La obligación recíproca de dar alimentos.
- 2.- El derecho de los hijos de llevar el apellido de sus padres.
- 3.- Derecho a la porción hereditaria.
- 4.- La patria potestad.
- 5.- Parentesco respecto al resto de la familia, lo que conlleva obligaciones y derechos patrimoniales y familiares.

En cuanto al punto 1, esta prestación no debe exceder de la cantidad necesaria para que el acreedor alimentario pueda vivir decorosamente, ni estar en desproporción con las posibilidades económicas de quien debe darlos. (art. 308 C.C.).

Son acreedores-deudores alimentarios recíprocos:

- a) Los cónyuges.
- b) Los concubinos.
- c) Padres e Hijos.
- d) Hijos y demás ascendientes en línea recta.
- e) Hermanos (a falta de ascendientes o descendientes).
- f) Parientes en línea colateral hasta el cuarto grado.

En relación con la patria potestad, es ésta una institución cuya finalidad es la protección y educación de los menores no

emancipados. Su ejercicio corresponde a los progenitores, de acuerdo con el establecimiento de la filiación, sea adoptiva o consanguínea.

La patria potestad debe ejercerse por el padre y la madre a la vez y les otorga derechos y obligaciones respecto a la persona y los bienes de los hijos: cuidados, educación, corrección, manutención, representación, administración de bienes (excepto los que adquieran por su trabajo).

La patria potestad es irrenunciable, intransferible por la voluntad de quien la ejerce e imprescriptible, ya que su ejercicio es de interés público.

En el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio, la ejerce el progenitor que lo haya reconocido, o ambos si los dos lo han hecho.

En cuanto a la filiación civil, está claro que los efectos sólo se producen entre adoptante y adoptado, por lo cual, no se aplica lo mencionado en el inciso cinco anterior.

Además, "los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante." (art. 403 C.C.)

Es importante subrayar que si la adopción es producto de la voluntad de una persona (o de un matrimonio), la ley no puede obligar a quienes no han intervenido en este acto, en relación con el adoptado, por eso es perfectamente comprensible que los derechos y obligaciones filiales no inmiscuyan a la familia del o los adoptantes.

En la filiación consanguínea, tanto la obligación de dar alimentos como a la porción hereditaria y la titularidad de la patria potestad, afectan no sólo a padres e hijos, sino también al resto de los parientes hasta el grado que la ley señala en cada caso.

Ahora bien, en relación con el empleo de técnicas de reproducción asistida, se establecerá primero la filiación en cada caso, conforme a lo ya expuesto, para determinar los efectos que se producirán y en relación con qué personas.

CITAS CAPITULO III

- (27) Enciclopedia jurídica Omeba, tomo XII. Ed. Driskill, Buenos Aires, 1980, p. 210.
- (28) M. Planiol, J. Ripert. Derecho Civil Francés, t. II. Editor Juan Buxó, Habana, 1928 p. 557.
- (29) Pacheco, Alberto. La familia en el Derecho Civil Mexicano. Panorama Editorial, México, 1984 pg. 172.
- (30) Lacruz Berdejo, José Luis. Elementos de Derecho Civil, t. IV Derecho de Familia, Bosch Editorial, Barcelona, 1984 pg. 595.
- (31) Bonnecase, Julien. Elementos de Derecho Civil, t. I Editor José María Cajica, Jr. Puebla, México. 1985.
- (32) Carbonnier, Jean. Derecho Civil, t. I, vol. II. Situaciones familiares y cuasifamiliares. Bosh, casa editorial, Barcelona, 1961, pg. 255.
- (33) Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Op. cit. Pp. 617 y 618.
- (34) Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM: Porrúa, 3a. Edición. México, 1985.

(35) Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, Ed. Porrúa, 3a. ed. México, 1989.

(36) Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. pg. 652.

CONCLUSIONES

Primera: Debe aceptarse el empleo de métodos de reproducción asistida siempre que no afecten los derechos de la persona humana como tal.

Segunda: El concebido es ya una persona, tanto desde el punto de vista ético como jurídico y ontológico.

Tercera: Sólo se debe permitir hacer uso de las técnicas de reproducción asistida los cónyuges y los concubinos, sometiéndose siempre a un procedimiento de jurisdicción voluntaria que cuide de las óptimas condiciones de vida para el menor próximo a nacer.

Cuarta: Deben ser inadmisibles la subrogación materna y la donación de embriones.

Quinta: El empleo de los métodos de reproducción asistida deben aplicarse únicamente a resolver problemas para procrear cuya valoración médica lo determine como absolutamente indispensable.

Sexta: El derecho a la procreación que tutela el artículo cuarto constitucional no debe enfocarse solamente al control de la natalidad, sino también a la solución de problemas de procreación.

Séptima: Para efectos de la filiación, debe considerarse siempre como hijo de ambos cónyuges o concubinos al hijo habido

por vías no naturales, se haya empleado o no la inseminación artificial heteróloga o por medio de donante, con el objeto de asegurar al recién nacido el mayor bienestar posible.

Octava: En caso de que contraviniendo las disposiciones legales al respecto, se realice subrogación materna, debe considerarse como madre a la que dé a luz al niño.

Novena: Es necesario adecuar la legislación existente, para normar adecuadamente el empleo de métodos de reproducción asistida, conforme a lo que ha quedado expuesto a lo largo de este trabajo.

OBRAS CONSULTADAS.

Anzón Oliart, Francisco. Se fabrican Hombres. Informe sobre la genética humana. España, 1988.

Arriola Cantero, Juan Federico. La pena de muerte en México. Editorial Trillas. México, 1989.

Bonnecase, Julien. Elementos de Derecho Civil, México, Editorial Cárdenas, 1985, Tomo I, Trad. José M. Cajica, 700 pp.

Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones, tomo II, Editorial Porrúa, México, 196 pp.

Burgoa, Ignacio. Las garantías individuales, México, Editorial Porrúa, 198 pp.

Carbonnier, Jean. Derecho Civil, Barcelona, 1961. Editorial Bosch, tomo I, vol. II TRad. Manuel Ma. Zorrilla R., 638 pp.

Castán Tobefías, José. Los problemas civiles de la llamada "inseminatio artificialis", en el libro Homenaje a D. Juan M. Puyol, Zaragoza, 1984.

Chávez Asencio, Manuel. La familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno- filiales, México, 1984.

Cossío y Cosío, Roberto. La familia en nuestro Derecho, Revista

Jus, tomo I, no. 4, México, 1938.

Cicu, Antonio. La filiación. Madrid, 1930. Revista de Derecho Privado. Trad. Faustino Jiménez Tejero, 530 pp.

Díaz Jiménez, Thelma, "Régimen jurídico del concebido por vías no naturales". Tesis de Licenciatura. E.L.D., México, 1988.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Editorial Porrúa, 3a. Edición, México, 1985.

Fernández, Clemente. Los filósofos medievales, Madrid, 1979.

Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. México, Editorial Porrúa, 1980, 728 pp.

Grobstein, C.; Flower, M, Mendeloff. "External human fertilization on evaluation of policy", en Science, 222 (4620), 1983.

Hervada, Javier. ¿Médicos o técnicos del cuerpo humano?, en Revista de medicina de la Universidad de Navarra. VOL. XXII no. 1, Pamplona, 1978.

Ibarrola, Antonio de. Derecho de Familia, Editorial Porrúa. México, 1984.

Mier y Terán Sierra, Salvador. El régimen jurídico de la llamada

reproducción asistida. Pamplona, 1989. Tesis doctoral.

Pacheco Escobedo, Alberto. La familia en el Derecho Civil Mexicano, Panorama Editorial, México, 1984.

Recaséns, Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa, México, 1985.

Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo I, México, 1987.

Roldán, Julio. Ética médica. Editorial ULSA, 1987.

Stephoe, Patrick; Edwards, Robert. "Clinical aspects of pregnancies established with cleaving embryos grown in vitro", en British Journal of obstetrics and gynecology, 87, 1980.

LEGISLACION.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Colección Popular, Ciudad de México. Serie de Textos Jurídicos, UNAm, México, 1990.

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Editorial Porrúa, México 1991.

Ley General de Salud. Editorial Porrúa, México, 1990.

Ley General de Salud, Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la. Diario Oficial de la Federación, viernes 14 de junio de 1991.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, 1991.

DOCUMENTOS.

Revista TIME, 10- IX- 1984.

Declaración Universal de los Derechos Humanos ONU, Nueva York, 1948.

Declaración sobre los derechos del niño no nacido, Consejo de Europa, Resolución No. 4376 del 6- X- 1979.

Ley de Inseminación artificial, Boletín Oficial del Estado Sueco, redactada el 20- XII- 84. Ordenad su impresión y publicación el 22- XII- 85.

Ley sobre técnicas de reproducción asistida. Boletín oficial de las Cortes Generales , Congreso de Diputados, 31- X- 1988, III Legislatura, España.