

315
Zej

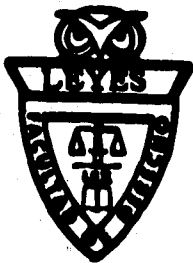


**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**LA REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA Y LA
DETERMINACION DE LA PATERNIDAD EN
RELACION A LAS MADRES SUBROGADAS**

T E S I S
QUE PARA OPTAR AL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A ,
ELIZABETH LARA ALEJO



MEXICO, D. F.

1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES.

Esas personas maravillosas que con sabiduría, firmeza, sonrisas, sencillez y profundo optimismo me han enseñado a confiar en mí misma, a tomar mis propias decisiones, a dar lo mejor de mí y desde luego, me han dado todo su amor.

A VIR

Por estar conmigo en todo momento, por confiar en mí, por estar siempre al lado de las personas a las que amas, no olvides que tienes toda tu vida por delante...es tu vida... tu oportunidad de ser lo que eres y deseas ser... dedícate más a tí.

A LUIS ALBERTO.

Porque dentro de tí hay un espíritu capaz de alcanzar las estrellas.
Dentro de tí hay la capacidad de alcanzar tus metas y convertir en realidad tus sueños.
Recuerda que todo lo que sucede en la vida tiene un propósito, pero de tí depende cuál será el resultado.

A BERE, GABY, RAYITO Y RODI, porque con inocencia y ternura iluminan mi vida.

A MIS VERDADEROS AMIGOS

Por compartir conmigo uno de los sentimientos más bellos: LA AMISTAD.

Al Lic. José Barroso Figueroa, sinodales y maestros.

A la UNAM con gran respeto y admiración.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.	Pág. 1
--------------------	-----------

CAPÍTULO PRIMERO. NOCIONES JURÍDICAS DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES.

I. El parentesco	7
1. Conceptos	7
2. Clases de parentesco	7
3. Cómputo del parentesco	8
II. La filiación.	9
1. La paternidad.	10
2. La maternidad.	11
3. Hijos nacidos de matrimonio.	12
A. Presunciones legales.	14
B. Destrucción de las presunciones legales.	16
C. Forma de practicar el desconocimiento del hijo nacido de matrimonio	17
D. Prueba de la filiación matrimonial.	20
E. Acción del hijo y de sus descendientes para reclamar la filiación matrimonial	22
4. Hijos nacidos fuera de matrimonio.	24
A. Cómo se establece la filiación extramatrimonial con relación al padre y cómo en relación a la madre.	25
B. Diferentes formas de realizar el reconocimiento.	26
5. La investigación de la paternidad.	28
A. Sistema seguido al respecto por el derecho mexicano.	30
6. La investigación de la maternidad.	33
A. ¿Qué se tiene que probar en este caso?.	34
B. Tiempo en que debe ejercitarse la investigación de la paternidad.	35

CAPÍTULO SEGUNDO. PANORAMA GENERAL DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

I. La fertilización.	36
1. Premisas básicas para la fertilización.	36
II. Pareja estéril o infértil.	37
III. Inseminación y fecundación artificial.	41
1. Antecedentes de la inseminación y fecundación artificial.	41
2. Concepto y naturaleza jurídica de la inseminación y fecundación artificial.	44
3. Indicaciones de la inseminación artificial	47

4. Clasificación de los diferentes tipos de inseminación y fecundación artificial.	48
A. Inseminación homóloga.	48
B. Inseminación heteróloga.	52
C. Fecundación in vitro.	53

**CAPÍTULO TERCERO.
REPERCUSIONES DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN LA
SOCIEDAD Y EN EL ÁMBITO JURÍDICO.**

I. Aspecto moral de la reproducción humana asistida.	58
II. Condiciones de legalidad para realizar la reproducción humana asistida.	62
III. Principios inspiradores en el proceso de reproducción humana asistida.	64
IV. Problemática del consentimiento en la inseminación artificial.	66
1. Consentimiento en la inseminación artificial heteróloga dentro del matrimonio.	67
2. Consentimiento de la inseminación artificial heteróloga fuera del matrimonio.	70
V. Consecuencias de la inseminación artificial y la filiación.	71
1. Determinación de la filiación matrimonial y no matrimonial en el caso de una inseminación artificial.	75
2. Acciones de reclamación e impugnación en una inseminación artificial.	76

**CAPÍTULO CUARTO.
LA MATERNIDAD SUBROGADA.**

I. La maternidad subrogada.	82
1. Supuestos de gestación subrogada.	83
2. Aspectos jurídicos de la maternidad subrogada.	85
3. Acciones de reclamación e impugnación en relación a la maternidad subrogada.	89
4. Tipos de contratos en relación a la maternidad subrogada.	91
A. Compraventa.	92
B. Prestación de servicios.	93
C. Contrato de obra a precio alzado.	95
D. Arrendamiento de útero.	95
E. Contrato innominado.	96
II. El problema de la mujer soltera ante la reproducción humana asistida.	97
III. El problema de las parejas homosexuales en relación a la reproducción humana asistida.	100
CONCLUSIONES.	104
BIBLIOGRAFÍA.	109

INTRODUCCIÓN.

Los avances y descubrimientos científicos y técnicos de la humanidad, han posibilitado el desarrollo y utilización de nuevas técnicas de reproducción humana, hasta hace relativamente poco insospechadas.

Éstas técnicas se han perfeccionado, difundido y asentado alrededor del mundo, principalmente en los países avanzados y también en el nuestro. (en México estas prácticas se realizan en el Hospital de Nutrición, el Centro para el estudio de la Fertilidad, el Hospital de Perinatología, el Hospital Angeles, el Hospital de la Raza del IMSS, entre otros).

La realidad a que me refiero, parte de un dato inicial completamente diferente al considerado por nuestros predecesores: ahora es posible la procreación sin necesidad de relación sexual alguna; y se complica con las numerosas variantes posibles, según que los gametos (masculino y/o femenino) o el útero en que se desarrolle la gestación sea de uno de los miembros de la pareja casada o no, que decide el nacimiento del nuevo ser, o de un tercero, y en este último caso, con o sin el consentimiento del marido/compañero de la madre etc.

Esa no es la filiación, ni la paternidad y maternidad que el Derecho Romano y la cultura universal habían conocido. El que así nazca no puede ser, sin embargo, diferente a los demás seres humanos. Tiene derecho a tener, como los demás, padres y unos apellidos, patria potestad, alimentos y derechos sucesorios, ya que el acto de decidir que un ser humano nazca, puede ser tanto más noble que muchos nacimientos de procreación natural, quizá no deseados, porque si en éstos tiene lugar una relación de filiación ¿cómo no en aquéllos?

Lo grave de esta nueva situación o realidad social, desde un punto de vista jurídico, reside en que, nacido un niño por inseminación artificial con donante o por fecundación in vitro con gametos de donante, seguimos preguntándonos por su padre y madre según los términos y conceptos clásicos e históricamente formados para la procreación en forma natural, con relación sexual y aportación de gametos por quienes la han sostenido.

Sin embargo, es evidente que en esos dos supuestos, y algunos otros, que trataremos en este trabajo, no estamos ante una paternidad ni una maternidad en el contexto y sentido que ambos términos tienen cultural y jurídicamente desde hace veinte o treinta siglos, o al menos desde la creación de nuestro actual Código Civil.

Se requiere elaborar una nueva categoría jurídica y social con terminología idónea y un régimen jurídico apropiado, con soluciones también nuevas, y dentro de éstos, definir por una parte, quienes son el padre y/o la madre del ser nacido por medio del uso de las técnicas de reproducción asistida y, por otro lado, determinar qué tipo de relación jurídica, puede haber entre el ser nacido por esos procedimientos y la persona que proporcionó el gameto masculino o femenino correspondiente, y con mayor razón en el caso de la mujer que consiente ser inseminada con el espermatozoides de un hombre que no es su marido, para que cuando dé a luz al producto, lo entregue a este hombre y a su esposa, o en el caso de que se implante un embrión en su útero, para que de igual forma, lo entregue al nacer a las personas que lo solicitaron.

Mientras no elaboremos nuevos conceptos y categorías jurídico-sociales, estaremos ante graves problemas: de un lado, un padre/madre (jurídico y social) y de otro, una persona que ain ser padre/madre es el transmisor de una herencia genética muy importante a veces, por sus consecuencias y para la personalidad del que seguiremos llamando hijo.

Con el presente trabajo pretendo aportar algo a esa labor a la que me acabo de referir, limitándola precisamente al campo de la filiación, no queriendo decir con ello, que los problemas que se derivan de estas técnicas repercuten únicamente en esta materia, sino que, hablar de todas las consecuencias que producen, sobrepasaría los límites del mismo; demostrar que padre y madre no son únicamente las personas que engendran a un ser mediante la copulación, como lo pretende nuestra legislación actual.

En el capítulo primero, hablaremos de los presupuestos de filiación comprendidos en nuestra legislación civil actual, y sus efectos, (¿Qué es el parentesco? ¿Qué es la filiación?, su clasificación, ¿Qué se entiende por paternidad o maternidad? ¿Cuáles son sus efectos? ¿Cómo se establece la filiación materna?, ¿cómo se establece la filiación paterna? etc.) donde la verdad

biológica en la que pensaron nuestros legisladores, está basada en la generación humana tal y como se produce naturalmente: la previa realización del coito entre el hombre y la mujer.

Para nuestro Código Civil, padre es el hombre de quien procede el semen causante de esa fecundación. Pero el coito se revela accesorio desde el momento en que ese semen puede fecundar también a través de las técnicas de fecundación asistida.

En cambio, lo esencial para nuestro Código Civil en la maternidad natural, radica en el parto y en la identidad del hijo. Es evidente que los redactores de nuestra legislación no repararon en que las referidas técnicas de fecundación asistida permitirían una disociación entre la madre gestante o biológica y la madre genética (aquella de quien proceda el óvulo fecundado). De ahí que cuando esa disociación se produzca, ello carezca totalmente de relieve en nuestro sistema de filiación.

En el capítulo segundo, nos referiremos a lo que son las Técnicas de reproducción humana asistida, como su nombre lo indica, daremos un panorama general de éstas, donde se observa una clara ruptura de los principios que rigen la filiación que acabo de mencionar.

En este capítulo, encontraremos una serie de conceptos médicos y biológicos que parecerán ajenos a nuestra materia, al derecho, pero es importante hacer notar que por tratarse de prácticas que se realizan en materias específicas, son propias de ellas y de los cuales no podemos prescindir.

En cuanto a las repercusiones del uso de estas técnicas, se analizarán en el capítulo tercero, la aplicación de las mismas permiten preconstituir una prueba directa y cierta de todos los sujetos participantes en la generación, así como de las voluntades concurrentes, y es éste último elemento, lo que nosotros consideramos esencial para la determinación tanto de la paternidad como de la maternidad en estos supuestos, la voluntad procreacional, es decir, el elemento más relevante en la determinación de la filiación, como categoría jurídico-formal del niño nacido mediante el uso de las técnicas referidas, debe ser la voluntad o decisión de que ese ser nazca.

Si en nuestra actual legislación se considera padre al reconocedor de un hijo que sabe con seguridad que no es obra suya, o al marido que no quiere impugnar la paternidad del hijo a él legalmente atribuido, no obstante, estar seguro de su imposible procreación ¿cómo dar menos importancia al acto de voluntad, que es asunción de paternidad del varón que decide que nazca un hijo consintiendo la inseminación artificial de su esposa con semen de un tercero?. Esto conlleva al desplazamiento de principios biológicos por principios sociales, la voluntad y la responsabilidad. El principio de responsabilidad, más que el dato genético, estará presente en todos aquellos casos en que se impone judicialmente la paternidad al varón que mantuvo con la madre relaciones sexuales de las que ha nacido el hijo, no se hace padre tanto por llevar los mismos genes, sino para que asuma las obligaciones derivadas de unos actos que han dado lugar a ese nacimiento, precisamente porque la relación sexual habida es medio apto y suficiente para la procreación, de la que ha sido causa eficiente. El elemento voluntarista, que comprende e incluye una asunción de responsabilidad en la función paterna, justifica que se considere padre al autor de un reconocimiento de complacencia y al varón que no quiere impugnar esa paternidad, consciente de que no es progenitor, y que la ley le atribuye.

Pero tratándose, en las fecundaciones asistidas, de un nacimiento no accidental, sino perfectamente planeado y buscado a propósito, el elemento de la voluntad debe tener una trascendencia particular, sobre todo en relación y comparación con el biológico y genético, ajeno a la pareja que ha tomado la decisión de aquel nacimiento. ¿Cómo habría de triunfar aquí, en la determinación de la paternidad, la sola aportación genética del mero donante de gametos, que ni busca o desea un hijo, ni su participación es por sí misma, apta ni suficiente para el nacimiento, frente a quién decide que nazca el hijo, aceptando incluso aquella extraña aportación genética?

En el último capítulo, se hablará de lo que es propiamente el tema de este trabajo, de la maternidad subrogada, porque se ha hablado mucho del uso de la inseminación artificial y de la fecundación in vitro y la determinación de la paternidad, pero en cuanto a la determinación de la maternidad, se ha seguido la concepción tajante de que madre es la que da a luz, sin tomar realmente en

cuenta los nuevos supuestos, por lo que me parece que en este punto también podríamos aplicar la voluntad de tener un hijo como fuente de filiación materna.

Otro punto importante que trataremos, es el uso de estas técnicas en mujeres solteras y en parejas homosexuales, que es otra de las cuestiones muy discutidas, aunque en nuestro país todavía no se acepten, principalmente esta última. No podemos olvidar que en nuestro país vecino ya han surgido un gran número de casos y tampoco podemos olvidar que la sociedad sigue evolucionando, que las formas de familia ya no son iguales a las que se presentaban en la antigüedad. Es importante señalar que la civilización actual, el progreso científico, no están destruyendo a la familia, lo que ocurre es que se están transformando las obligaciones familiares, surgiendo nuevas formas de organización familiar.

No pretendo decir con esto, que la homosexualidad debe aceptarse como una forma familiar o no, realmente no es ese mi propósito, tampoco pretendo yo legislar en esta materia, sin embargo, sí pretendo que nuestros legisladores tomen en cuenta todos estos aspectos y traten de crear un ordenamiento digno de regular esta problemática.

Finalmente, no podemos olvidar que los problemas éticos, jurídicos y sociales, suscitados por el uso de las técnicas de referencia, son tan grandes, al menos como los planteados en su momento por la energía atómica, los vuelos espaciales, las telecomunicaciones, las computadoras etc., de manera que tales acontecimientos han de formar época para la humanidad, como cualquiera de los que le preceden, ya que tienen una importancia tan elevada como el descubrimiento del fuego y de la agricultura, el perfeccionamiento de la imprenta o el descubrimiento de la rueda.

Si estos cambios en el terreno de la reproducción constituyen un escándalo o un asalto en el sistema nervioso de la historia de la humanidad, ¿Qué sucederá entonces con las aportaciones de los neurólogos y otros científicos que se encuentran actualmente explorando el cerebro y examinan la posibilidad de elevar el nivel de inteligencia y controlar caracteres y sentimientos?, o cuando podamos saber el origen de nuestro planeta, de la primera forma de vida? o del proceso de envejecimiento?.

Personalmente, comparto la opinión del filósofo Joseph Fletcher cuando señala que "No hay nada sagrado en la reproducción convencional. A mí me parece que la reproducción en el laboratorio es más humana que la concepción mediante el contacto sexual heterosexual, porque se hace por voluntad, libre elección, con un propósito, además de estar controlado, y todas estas características distinguen al Homo Sapiens del resto del género animal".

CAPITULO PRIMERO.

NOCIONES JURÍDICAS SOBRE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES.

Al hablar de relaciones paterno filiales, debemos tomar en cuenta no sólo conceptos y clasificaciones, sino contemplar las consecuencias que en derecho pueden desprenderse de éstos. Es por ello que a continuación, aún cuando de manera muy breve, trataremos de explicarlos.

1.- EL PARENTESCO.

Concepto Biológico: "Es la relación que se establece entre los sujetos que descienden unos de otros o de un tronco común".¹

De este concepto se desprenden dos especies de parentesco: el que se establece entre los sujetos que descienden unos de otros, como es el caso del padre y el hijo, y el que surge entre los sujetos que sin descender unos de otros tienen un progenitor común como sucede en el caso de los tíos, hermanos, etc.

Concepto Jurídico: "Es la relación jurídica que se establece entre los sujetos ligados por la consanguinidad, la afinidad o la adopción".²

2.- CLASES DE PARENTESCO.

Nuestro Código Civil vigente en su artículo 292 señala que "La ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y el civil".

a).- "El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor". (art. 293).

b).- El parentesco de afinidad: es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón". (art. 294).

c).- "El parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado". (art. 295).

¹ MONTERO DUBIALT, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A. México. 1992. pág. 46

² Ibidem.

3.- CÓMPUTO DEL PARENTESCO.

Los grados en el parentesco están formados por las diversas generaciones, cada generación forma un grado y éstos pueden ser próximos o lejanos entre sí (art. 296 del C. Civil). La serie de grados forma la línea de parentesco, ésta es de dos especies: recta y colateral o transversal (art. 297 del C. Civil). La serie de parientes que descienden unos de otros forman la línea recta. La línea recta es a su vez descendente o ascendente, según que las series de generaciones se cuenten remontándose hacia el progenitor o descendiendo de él (art. 297 y 298 del C. Civil). La línea transversal o colateral se compone de personas o generaciones que no descienden unas de otras, sino de un tronco o progenitor común (art. 297 del C. Civil). La línea transversal o colateral es igual o desigual. La primera es aquella en que los parientes están colocados a la misma distancia del tronco; la segunda es aquella en que los parientes no equidistan del tronco común. Tanto la línea recta como la colateral son materna o paterna en razón de que el ascendente sea la madre o el padre.

Para contar los grados del parentesco en línea recta, se cuente el número de personas o generaciones, ascendiendo o descendiendo; pero excluyendo siempre al progenitor o tronco común (art. 298 y 299 del C. Civil).

Si se trata de parentesco en línea transversal, "los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra o por el número de personas que hay de uno de los extremos al otro, excluyendo la del progenitor o tronco común". (art. 300 del C. Civil).

El cómputo del parentesco por afinidad se realiza como en el parentesco por consanguinidad, y toma de él sus líneas y sus grados. Así el que se casa llega a ser afín en grado de hijo de los padres de su mujer, es su hijo por afinidad, como es también afín en grado de hermano de los hermanos de su mujer. Puede serlo en línea recta o colateral.

A éstos parientes se les conoce comúnmente como parientes políticos. Para distinguir estos parientes por afinidad que son falsos parientes de los parientes

consanguíneos que son los únicos verdaderos, se ha formado la costumbre de designarlos con otros nombres: suegro, cuñado, yerno, suegra, nuera, cuñada.

El matrimonio no crea lazos de parentesco entre dos familias, la del esposo y la de la esposa, únicamente se entabla entre el cónyuge y la familia de su mujer y entre la cónyuge y los familiares de su marido.

Tampoco crea algún parentesco entre los cónyuges, simplemente son cónyuges, están unidos por un contrato.

En el parentesco civil, como la relación se entabla entre adoptante y adoptado, el cómputo se realizará solo entre ellos dos, ya que nuestro Código Civil no regula la adopción plena, como lo hacen otras legislaciones, en donde hacen entrar al adoptado con lazos de parentesco con todos los miembros de la familia del adoptante.

II. LA FILIACIÓN.

"La filiación está relacionada con el concepto jurídico de parentesco consanguíneo, que se establece respecto de las personas que descienden unas de otras. Su fuente primordial es la familia, que es la que tiene mayor relevancia y por la que particularmente toma el nombre de filiación".³

Esta puede definirse como "la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado, padre o madre - hijo o hija.

Este concepto amplio de filiación toma los nombres específicos de paternidad, maternidad o filiación en sentido estricto, en razón de la persona a quien se refiere en un determinado momento esta relación. Así se llama maternidad la relación de la madre respecto a su hijo o hija; paternidad, la relación del padre con su hijo o hija y estrictamente filiación, cuando el punto de referencia es el sujeto hijo o hija con respecto a su madre o a su padre. Es una forma de parentesco, el más cercano en grado".⁴

³ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas paterno filiales, Editorial Porrúa, S.A. México. 1992. pág. 21.

⁴ MONTERO DUHALT, Sara. Ob. Cit. pág. 266.

Planiol la define como "la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea el parentesco de primer grado, y su repetición produce las líneas o series de grados".⁵ La filiación, desde el punto de vista jurídico reconoce la realidad biológica por la que unos seres descienden de otros, pero no toda filiación biológica necesariamente es jurídica. Así, "la filiación como vínculo jurídico no es sólo biológica, se requiere adicionalmente el reconocimiento legal. Lo usual es que la ley se base en la biología para generar el vínculo jurídico, pero tenemos también la filiación adoptiva que no tiene nexo alguno en la biología, o casos como el reconocimiento o confesión de la paternidad, que pueden ser contrarios a la realidad, un hombre puede atribuirse la paternidad de un hijo sin que en realidad lo haya engendrado y la ley le da efectos a ese reconocimiento, por las obligaciones que le impone a aquél que quiere ser padre. Y como fundamentalmente se traduce en un conjunto de obligaciones y responsabilidades en beneficio del reconocido, se admite la posibilidad de que aún cuando la paternidad no sea verdadera, aún cuando fictamente se atribuya una paternidad, ésta, para los efectos del derecho exista, produzca sus consecuencias jurídicas, origine derechos y obligaciones entre el que reconoce y el reconocido, no obstante que desde el punto de vista biológico no podamos probar el vínculo de consanguinidad, o considerar siquiera presuntivamente que el que se ostenta como padre en realidad engendró al reconocido..."⁶

1.- LA PATERNIDAD.

"Paternidad significa, en sentido estrictamente gramatical, calidad de padre, como maternidad calidad de madre, pero en sentido jurídico significa la relación existente entre los padres y los hijos.

En un sentido amplio, bajo la denominación general de paternidad, se comprende no solo el vínculo especial que une al padre con los hijos, sino también el de la maternidad, con el cual están unidos la madre y sus hijos"⁷.

⁵ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil, Divorcio, Filiación, Incapacidades, T.I. Vol. 2o. Editorial Cajica S.A. Puebla, México, 1984, págs. 101 y 102

⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T.II. Derecho de Familia Editorial Porrúa S.A. México, 1980, págs. 599 y 600

⁷ Derecho Civil Mexicano Editorial Porrúa S.A. México, 1992, pag. 347

De la definición anterior se desprende que paternidad no sólo es la relación del hijo con el padre, sino también con la madre, que también se conoce como maternidad.

De Pina, citando a Mateos Alarcón, señala que algunos autores consideran que los términos paternidad y filiación son sinónimos, sin embargo, señala: "no es más que cuestión de palabras; se trata de dos ideas que constituyen una relación lógica y necesaria, pues la una supone a la otra ya que el padre supone al hijo y no puede existir un hijo sin su padre. Son pues, dos términos de una misma relación. Los nombres de las puntas del eje paterno-filial, en uno están los padres y por ello se llama paternidad y en la otra están los hijos, y por ello se llama filiación".⁸

2.- LA MATERIDAD.

Como señalamos anteriormente, la maternidad es la relación que existe entre la madre y su hijo o hija. En nuestra legislación actual, la maternidad supone dos elementos: uno, el hecho del parto; otro, la identificación entre el ser que se da a luz en el parto y el que después pretenda serlo.

De Ruggiero señala que: "La maternidad es un hecho cierto de prueba fácil. Se prueba por el parto: madre es la que da a luz al hijo, y esto es un dato que consta de modo cierto y frente al cual pierde importancia el hecho anterior de la concepción. Lo que puede resultar incierto es si el hijo de cuya legitimidad se trata es precisamente aquél que dió a luz la mujer; por eso precisamente cuando se trata de filiación de hijo que investiga la maternidad, la ley exige que el hijo pruebe ser el mismo que la mujer dió a luz".⁹

La justificación de esta posición, que también es acogida por nuestro Código Civil, es el hecho de que al ser creada nuestra legislación Civil, la única forma de procreación humana era la que se producía de manera natural. la previa

⁸ Ibid.

⁹ Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Derecho de Familia, Derecho Hereditario. T.II. Vol. 2o. Editorial Instituto Editorial Reus. España. 1978.

realización del coito entre hombre y mujer con la consecuente fecundación derivada de la misma.

Si bien es cierto que la filiación está determinada por la paternidad y la maternidad, y que la procreación constituye el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno-filial, ésta relación puede constituirse sin atender al hecho biológico como se señalaba. Tal es el caso de las ya no tan recientes técnicas de fecundación asistida, que permiten disociar la procreación de la cópula entre los progenitores, mediante la inseminación artificial o la fecundación extracorporal, e incluso, la posibilidad de disociación entre madre biológica y madre portadora o sustituta, lo cual hace necesario replantear la determinación de la maternidad por el parto, tema que se abordará en capítulos posteriores, pero que es necesario plantear desde ahora.

3.- HIJOS NACIDOS DE MATRIMONIO (FILIACIÓN MATRIMONIAL).

Nuestra legislación da tanto a la filiación legítima como a la natural, todos los efectos y consecuencias jurídicas de un verdadero estado de derecho, es decir, de esa situación permanente de hijo, no sólo en relación con el padre o con la madre, sino también con la familia paterna y materna y con el grupo social al cual pertenezca el progenitor.

En el derecho europeo, sólo la filiación legítima permite esa relación jurídica del hijo dentro de la familia paterna y materna, con su proyección al orden social y, por consiguiente, la calidad de hijo se establece con toda la parentela en la línea directa ascendente y descendente, sin limitación de grado y en la línea colateral, para aquéllos parientes que sin descender uno de otros, reconocen un ascendiente común, como va a ocurrir con los hermanos, primos hermanos, tíos, sobrinos, etc. Sólo a través del matrimonio se estima en el derecho europeo que el hijo mantiene su situación frente a toda la familia paterna o materna y, por consiguiente, tendrá también, no sólo el nombre y el trato, sino la fama en sociedad.

En México, a través de la Ley sobre Relaciones Familiares y después del Código Civil actual, se lleva a cabo una absoluta equiparación de hijos naturales y legítimos, en todos los derechos y obligaciones, y en el régimen de la patria potestad, de manera que la filiación no se concreta sólo a los hijos habidos de matrimonio, sino que al crearse nuestro Código Civil vigente, como se señala en la propia exposición de motivos, "se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio, se procuró que unos y otros gozaran 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 nacieron del matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen".

Sin embargo, aún cuando se equipara la filiación legítima con la natural, por lo que toca a los derechos y obligaciones de los hijos, no se les iguala en cuanto a la prueba. La filiación legítima tendrá una forma privilegiada de prueba muy distinta de la natural. Aquí no hay una distinción odiosa o injusta de la que se hablaba. Hay una distinción que impone la naturaleza misma de las cosas, que referida a las personas significa que en un caso hay la procreación dentro de una situación conocida, como es el matrimonio en las relaciones sexuales de marido y mujer; y en otro, es una procreación en relaciones que generalmente son accidentales, ocultas y desconocidas, y que sólo podemos tener certeza de la maternidad, pero ignoramos generalmente la paternidad.

En nuestra legislación todos los hijos son iguales en derecho y en dignidad, pero se conservan algunos calificativos y se hace mención a hijos adúlteros, incestuosos y naturales, lo que es necesario modificar y sólo referimos a la filiación natural y la adoptiva para que se hable de una verdadera igualdad. Por lo tanto, nos referiremos, sin clasificarlos, a los hijos de matrimonio, hijos fuera de matrimonio e hijos adoptivos, porque son distintas las regulaciones, al ser diferentes sus situaciones, su origen genera diversas situaciones de hecho y de derecho.

La filiación matrimonial surge por el matrimonio, se establece cuando el hijo nace dentro de los plazos determinados por la ley. De manera que el hijo que nace de este matrimonio, tiene la plena certeza de su filiación tanto paterna como materna, de ahí que también es conocida como filiación legítima. Es "el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres".¹⁰

A).- Presunciones legales.

Se presumen hijos de matrimonio los procreados por los cónyuges durante el matrimonio; los concebidos antes del matrimonio y los nacidos después de la celebración de este.

El artículo 324 del Código Civil nos dice que: "Se presumen hijos de los cónyuges: I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio";¹¹

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

Demostrada la filiación materna, el derecho presume la filiación paterna, ya que "la paternidad es un hecho que ofrece singulares dificultades de prueba, sustrayéndose siempre a la prueba directa, pues la paternidad se determina por la concepción, y la generación está siempre envuelta de misterio. La ley se ve forzada a recurrir a una presunción limitada a fin de salvaguardar al mismo tiempo el interés del individuo y al orden familiar. La presunción deriva del derecho romano consistente en reputar padre al marido de la mujer que ha dado a luz al hijo: *pater is est quem nuptiae demonstrant*".¹²

¹⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. Cit. Pág. 592.

¹¹ Nuestro Código Civil, a diferencia del Código francés dice después de 180 días y no desde ciento ochenta días. Por eso en derecho francés son hijos legítimos los que nacen justamente a los 180 días de celebrado el matrimonio.

¹² DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Derecho de Familia, Derecho Hereditario. T. II. Vol. 2o. Editorial Instituto Editorial Reus. Madrid. 1978. pag. 197.

"Se llama presunción la consecuencia que se deriva de un hecho conocido mediante el cual conocemos otro hecho desconocido: el hecho conocido es el estado de matrimonio en que ha vivido la madre; la paternidad, el hecho desconocido: ¿Quién es el padre del hijo de aquélla? La ley presume que su marido. Está autorizada para ello, porque ordinariamente los hijos que nacen durante el matrimonio tienen como padre al marido de la madre. Esta pudo ser una esposa infiel; pero la ley debe considerar como regla los hechos ordinarios y no los excepcionales. De aquí la regla: "El hijo concebido durante el matrimonio tiene como padre al marido (art. 312. inc. I), o según la norma latina: *Pater is est quem nuptias demonstrant*".¹³

"Esta presunción se desprende del presupuesto que las relaciones sexuales son habituales dentro del matrimonio y el concubinato. Del hecho conocido, como son las relaciones genito-sexuales entre cónyuges y concubinos, se deriva un hecho desconocido que es el relativo a quién engendró el hijo en la mujer que dió a luz y la presunción en este caso señale al marido o al concubinario.

La presunción se basa en la fidelidad y moralidad que debe haber en las relaciones conyugales, que dan firmeza al matrimonio y estabilidad a la familia. Se parte del supuesto normal de que la mujer no tiene relaciones sexuales fuera del matrimonio".¹⁴

Durante la creación del Código Francés, los redactores consultaron desde el punto de vista de la ciencia médica cuales serían los términos más apropiados para señalar el plazo mínimo y máximo para el embarazo, y esos términos fueron de 186 días el plazo mínimo y 286 el plazo máximo, se optó como explica Planiol, por señalar cifras en números redondos y se dijo que en lugar de 186 días, ciento ochenta, y en lugar de 286 días trescientos como máximo:

"...Después, teniendo en su poder documentos serios, los autores de la ley sobrepasaron algo de sus límites, por favor a la legitimidad, para poder estar seguros de que no se privaría a ningún hijo legítimo de este carácter, y también con el objeto de obtener números redondos fáciles de emplear. He aquí los que

¹³ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Ob. Cit. pag. 125.

¹⁴ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Ob. Cit. pags. 16 y 17

se han adoptado (art. 312 y 314). Las gestaciones más cortas duran por lo menos 180 días; las más largas, cuando más 300. Habiéndose redactado el Código bajo el calendario republicano en el que todos los meses tenían 30 días, la duración legal de la gestación es de seis meses la más breve, y de 10 la más prolongada".¹⁶

Para establecer la paternidad legítima en el caso de que la viuda, la divorciada o aquella cuyo matrimonio fuese declarado nulo, contrajera nuevas nupcias dentro del periodo de los 300 días después de la disolución del anterior, la filiación del hijo nacido después de celebrado el matrimonio se establece conforme a las reglas siguientes de acuerdo a las señaladas en el art. 334.

"...I. Se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo.

II. Se presume que el hijo es del segundo marido si nace después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio..."

B).- Destrucción de las presunciones legales (art. 325).

A pesar de que de el matrimonio se puede desprender la certeza de la paternidad, se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir admite prueba en contrario, de manera que en determinadas circunstancias y dentro de los plazos señalados en la ley se puede contradecir la paternidad surgida en un matrimonio. Esta presunción de paternidad podrá destruirse únicamente cuando exista una prueba absolutamente firme de la imposibilidad de la cópula carnal.

El Art. 325 del Código Civil señala refiriéndose al art. 324 que: "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".

¹⁶ PLANOL, Marcel Ob. Cit. Pag. 119

Pero para el caso especial de adulterio, no basta que el marido lo pruebe, ni que la esposa lo confiese, llegando al grado de imputar el hijo a un hombre distinto del marido, sino que éste tendrá que demostrar que el nacimiento se le ocultó, o que no tuvo acceso carnal con su esposa en los trescientos días anteriores al mismo. Ya aquí la ley indebidamente exige la prueba de la imposibilidad en cuanto a la relación sexual en todo el periodo máximo de gestación. El artículo 366 señala: "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", como si en el caso de adulterio de la madre su embarazo pudiera durar menos tiempo que cuando no lo hubiera. En dicho sentido dice el Artículo 345: "No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio".

C).- Formas de practicar el desconocimiento del hijo nacido de matrimonio.

El estado familiar de hijo de matrimonio puede quedar destruido cuando el marido ejerce la acción de contradicción de la paternidad o el ejercicio de la acción de desconocimiento de la misma, y por la mujer por medio de la impugnación de la maternidad legítima.

Estas acciones están encaminadas a demostrar que el hijo carece de las condiciones necesarias exigidas por la ley para que pueda considerarse como hijo de matrimonio.

En el derecho italiano se denominan acciones de desconocimiento de la paternidad y de denegación de la paternidad legítima. Messineo al hablar de la forma de destruir las presunciones de la filiación legítima señala lo siguiente:

"Es conveniente establecer la relación en que se encuentran entre sí las acciones de desconocimiento de la paternidad y de denegación de la paternidad legítima.

"La primera no excluye la concepción del nacido durante el matrimonio, pero tiende a excluir que la paternidad se atribuya al marido de la madre del nacido, e indirectamente, también a excluir que él sea legítimo (el nacido es adulterino). La segunda no excluye necesariamente la paternidad del marido de la madre del nacido; pero tiende a excluir la concepción del matrimonio, y por consiguiente, directamente la paternidad legítima (o sea la legitimidad) del nacido; por lo que, éste puede ser hijo natural del marido".¹⁶

En nuestro derecho, para que el marido ejercite la acción de contradicción se toma en cuenta la presunción de paternidad respecto de los hijos de su esposa que nazcan después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes de disuelto éste. Para el ejercicio de la acción de desconocimiento, se toman en cuenta tres eventos: el nacimiento de los hijos de la esposa dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio; el nacimiento después de los trescientos días desde que se interrumpió la cohabitación de los esposos por separación judicial; y el nacimiento después de trescientos días de la disolución del matrimonio. Es decir, se toman momentos o eventos distintos para seleccionar alguna de las dos acciones.

"La contradicción hace referencia a la presunción de paternidad establecida en la ley. El desconocimiento hace referencia a situaciones diversas ajenas a la presunción."¹⁷

En nuestra legislación se contienen las dos acciones y en ninguna se duda de la legitimidad del matrimonio. Se emplea el concepto de desconocer en los artículos 327 y 328 para los casos en que sólo basta que el marido niegue su paternidad, y el de contradicción en los artículos 330, 333, 336, y 329, para los casos en los que es necesaria la prueba por parte del marido al luchar contra una presunción *iuris tantum*.

¹⁶ MESSINEO, Francisco. Manual de Derecho Civil y Comercial. T. III. Derechos de la personalidad, Derecho de la Familia. Derechos Reales. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1979. pag. 133.

¹⁷ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Ob. Cit. pag. 90.

Por lo que se refiere a la maternidad, en nuestro Código Civil no se menciona la acción de impugnación de maternidad legítima, pero no se puede impedir a la cónyuge negar que el hijo que se le imputa sea suyo. El hecho de que no se encuentre reglamentada, no impide que si hay una violación que la perjudique pueda intentar la acción (innominada), que le permita aclarar una situación jurídica.

"Para que un hijo pueda ser desconocido es necesario que haya nacido viable. Si nace no viable o muerto, se considera que nunca ha existido; no procede desconocerlo, puesto que no existe. El desconocimiento sería un escándalo inútil, produciendo como único resultado la deshonra de la madre.

Por consecuencia necesaria de esta regla, debe decirse que la acción de desconocimiento no puede intentarse antes del nacimiento del hijo; aún no se sabe si nacerá vivo o viable; es preciso esperar este acontecimiento, y cuando el hijo haya nacido, se sabrá si es susceptible de ser desconocido. La regla según la cual el hijo simplemente concebido se reputa nacido, únicamente es aplicable en interés del propio hijo".¹⁸

Conforme a nuestro artículo 337: "Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad".

Pero, "El marido no podrá desconocer que es el padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

- I.- Si se probare que supo antes de casarse del embarazo de su futura consorte, para esto se requiere un principio de prueba por escrito;
- II.- Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene la declaración de no saber firmar;
- III.- Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer;
- IV.- Si el hijo no nació capaz de vivir". (art. 328 C. Civil).

¹⁸ PLANIOL., Marcol. Ob. Cit. pags. 130 y 131

Si nace después de transcurridos trescientos días contados a partir de la autorización judicial de separación en casos de nulidad de matrimonio o divorcio, se toma en cuenta a partir del día de la muerte del marido o desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial en los casos de nulidad o divorcio.

Sin embargo, si el hijo nace después de transcurridos trescientos días de la separación judicial pero dentro de los trescientos días posteriores a la disolución legal del matrimonio por sentencia que cause ejecutoria, tiene todavía la certeza de paternidad en razón de que su madre aún no estaba casada en la época que él fue concebido.

D).- Prueba de la filiación matrimonial.

"La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres", "a falta de actas, o si éstas son defectuosas, incompletas o falsas, se puede probar con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio y, en defecto de ésta, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, no siéndola la testimonial si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión".

En el caso de falta o inutilización de uno solo de los registros, existiendo el duplicado, éste hará prueba, sin que pueda admitirse ninguna otra. (art. 341).

La posesión constante del estado de hijo de matrimonio es a falta de la prueba normal, la más valiosa por su seguridad y efectos, y sólo se pierde por sentencia ejecutoriada.

"Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido en la sociedad, quedará probada ésta calidad si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

I. Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con anuencia de éste.

II. Que el padre lo haya tratado como hijo nacido en su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.

III. Que el presunto padre tenga la edad exigida por el artículo 361". (es decir la edad para contraer matrimonio más la edad del hijo, contada desde su concepción).

La posesión de estado es "una reunión suficiente de hechos que indica la relación de filiación y de parentesco entre un individuo y la familia a la que él pretende pertenecer".¹⁹

La prueba de posesión de estado de hijo legítimo es plena, siempre y cuando no hubiere acta de nacimiento que la contradiga, es decir, la posesión de estado jamás podrá operar en contra de un acta de nacimiento que acredite lo contrario. En este caso primero habría que redargüir de falsa el acta, toda vez que la misma, por disposición legal hace prueba plena (art. 50 C.C.).

En relación con el papel que corresponde al acta de nacimiento, Marcel Planiol le atribuye un carácter normal como medio de prueba, agrega que es como el 'pasaporte' que la sociedad entrega a cada uno de sus miembros cuando nacen. Sin embargo el artículo 319 del Código Francés dice que el acta de nacimiento prueba la filiación. Planiol encuentra en esa declaración un error, agregando: "El acta de nacimiento no prueba totalmente la filiación, únicamente de fe, lo que es muy diferente, del hecho de la maternidad, es decir, del parto. El nacimiento de un niño, su sexo, la fecha del alumbramiento y el nombre de la madre es todo lo que contiene el acta de nacimiento. De ninguna manera prueba la identidad del hijo".²⁰

Pero el acta de nacimiento no da fe del hecho de la maternidad, es decir, del parto, y en este punto coincidimos plenamente con lo que señala Magallón Ibarra, cuando señala: "Muy fuera de esta posibilidad, que exigiría la asistencia del Juez

¹⁹ LEON, Henri y MAZEAUD, Jean. Lecciones De Derecho Civil. Parte Primera. Vol. III Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1970. Pág. 540.

²⁰ PLANIOL, Marcel. Ob. Cit. pag. 113.

del Registro Civil al parto, para dar fe del hecho del alumbramiento de acuerdo con nuestro sistema positivo, la actividad del funcionario del Registro Civil tiene una realidad bien distinta, ya que él va a dar fe de la declaración del nacimiento y de la presentación del niño ante él, sea en su oficina o en el lugar en que hubiere nacido.

Por lo tanto debe rechazarse que esa acta de nacimiento pruebe el hecho de la maternidad, o del parto, pues de lo que el juez del Registro Civil va a dar fe es de la presentación del niño".²¹

Pero podríamos tomar este documento como prueba de la filiación en las referidas técnicas de procreación asistida, si la consideramos, no sólo como una relación biológica, sino como un estado jurídico, es decir, como una situación permanente del hombre que el derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones o sanciones que se están renovando continuamente, de tal manera que durante todo el tiempo en que se mantenga esa situación, se continuarán produciendo esas consecuencias.²²

E)- Acción del hijo y sus descendientes para reclamar la filiación matrimonial.

El hijo tiene derecho a reclamar su calidad de hijo de matrimonio, mediante la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio.

Cuando una persona nacida de matrimonio carece de las actas del Registro Civil que dan prueba plena de su estado, tendrán que demostrar la posesión de estado, cuando la calidad de su filiación le sea disputada por terceros. En este caso la Ley otorga al hijo y a otros interesados la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio.

²¹ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T. III. Derecho de Familia. Editorial Porrúa S.A., México 1988, pag 437.

²² ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Pag. 602

Los sujetos que pueden ejercer la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio son los siguientes:

a).- El hijo o sus descendientes. "La acción que compete al hijo de reclamar su estado es imprescriptible para él y sus descendientes". (art. 347). "La posesión de hijo nacido de matrimonio no puede perderse sino por sentencia ejecutoriada, la cual admitirá los recursos que den las Leyes en los juicios de mayor interés". (art. 352).

b).- Los demás herederos del hijo. Podrán intentarla si éste murió antes de cumplir veintidós años o si cayó en demencia antes de llegar a esa edad, y murió después en el mismo estado.

Por lo tanto, con excepción de los descendientes del hijo que pueden intentar la acción si el hijo murió en cualquier edad sin habérlo intentado por sí, los demás herederos no podrán intentar la acción de reclamación de estado de hijo si éste no lo intentó en vida y murió después de los veintidós años en estado de plena capacidad jurídica.

Sin embargo, los demás herederos sí podrán continuar la acción intentada por el hijo a no ser que éste se hubiere desistido formalmente de ello, o nada hubiere promovido judicialmente durante un año, contando desde la última diligencia. También podrán contestar toda demanda que tenga por objeto disputarle la condición de hijo nacido de matrimonio.

c).- Los acreedores, legatarios y donatarios del hijo. Tendrán los mismos derechos que a los herederos concede la Ley, si el hijo no dejó bienes suficientes para pagarles. Las acciones que pueden intentar prescriben a los cuatro años contados desde el fallecimiento del hijo.

4.- HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO (FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL).

Son los engendrados por personas no ligadas por vínculo matrimonial. Se clasifican doctrinariamente en **NATURALES**: aquéllos cuyos padres se encuentran en condiciones de contraer matrimonio en el momento de la concepción del hijo y **NO NATURALES**, aquéllos cuyos padres no pudieron haberse unido legalmente cuando los concibieron.

La filiación natural se ha clasificado de la siguiente manera: natural, adúlterina e incestuosa.

"La filiación natural simple es aquella que corresponde al hijo concebido cuando su madre no se había unido en matrimonio, pero pudo legalmente celebrarlo con el padre, es decir no había ningún impedimento que originase la nulidad de ese matrimonio, si se hubiese celebrado.

La filiación natural se llama adúlterina, cuando el hijo es concebido por la madre estando ésta unida en matrimonio y el padre es distinto del marido, o cuando el padre es casado y la mujer no es su esposa. El hecho de que uno de los progenitores esté unido en matrimonio con tercera persona, hará que el hijo sea adúlterino. Por último, la filiación natural puede ser incestuosa cuando el hijo es procreado por parientes en el grado que la ley impide el matrimonio, sin celebrar éste. Es decir, entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado, entre hermanos, o sea, parientes en la línea colateral en segundo grado, sean hermanos por ambas líneas o medios hermanos y finalmente, entre parientes en línea colateral de tercer grado: tío y sobrina, o sobrino y tía, aún cuando este es un parentesco susceptible de dispensa."²³

Por lo tanto, la filiación extramatrimonial "es la relación jurídica entre progenitor e hijo, que surge por el reconocimiento voluntario realizado por el primero o por sentencia ejecutoriada imputando la filiación a cierta persona."²⁴

²³ Ibidem pag. 595.

²⁴ MONTERO DUHALT, Sara. Ob. Cit. pag. 302.

A).- Cómo se establece la filiación extramatrimonial con relación a la madre y cómo en relación al padre.

Nuestro derecho admite el estado de filiación sólo cuando se dé un reconocimiento voluntario o se declare judicialmente la paternidad o la maternidad, así que podemos encontrar en esta declaración un fundamento más de que la filiación no solamente se desprende del vínculo biológico, porque de lo contrario, no tendría objeto la existencia de la figura de la adopción.

Faltando un reconocimiento o una declaración judicial, no se da al estado de filiación, aún cuando la procreación resulte legalmente y produzca efectos jurídicos; especialmente para una clase de filiación cuyo reconocimiento o comprobación judicial no se consienten por la ley, o sea la filiación adulterina o incestuosa.

La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta respecto del padre por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad, en tanto que en la filiación legítima como en la natural el hecho de la maternidad resulta de la prueba de que una mujer dió a luz a un determinado hijo, y, que éste después se identifica como aquél que pretende el carácter de tal, para deducir algún derecho o ejercitar alguna acción, en materia de alimentos, de herencia, o simplemente para defender su estado de hijo y tener el nombre, la fama y la calidad de tal (esto a la luz de la legislación actual).

Por eso el artículo 360, aún cuando se refiera a la filiación natural, pero con aplicación a todo tipo de filiación materna, nos dice en su primera parte: "La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre del solo hecho del nacimiento". Como la paternidad natural es desconocida y solo indirectamente la podemos deducir a través de presunciones, puede resultar de una sentencia que así la declare, o cuando expresamente se lleva a cabo un reconocimiento por el que se atribuye la calidad de padre. En cuanto a la madre, la justificación del parto puede hacerse por el acta de nacimiento del hijo natural, si el nombre de la madre se hizo constar. Cuando es ella quien presenta al hijo, tiene la obligación de dar su nombre. Sólo en los casos en que el hijo se presente como de madre desconocida o que el padre presente al hijo para registrarlo o

reconocerlo, ya la partida de nacimiento no revelaría este hecho que se trata de acreditar en toda filiación, o sea el parto, es decir que una mujer dió a luz un determinado hijo. Entonces el parto tiene que probarse a través de testigos, por ejemplo, del partero, del médico, de la enfermera, de otras personas que hubieran comprobado la existencia del parto, porque puede haber suposición de infante, y una mujer atribuírse un determinado hijo que en realidad no dió a luz, lo que además constituye un delito especial.

La diferencia en cuanto a la prueba entre maternidad y paternidad nos obliga a estudiarlas separadamente. Pero existe un principio en el sentido de que la maternidad y paternidad en el matrimonio son indivisibles, de lo contrario no hablaríamos de filiación matrimonial. Es decir, no es posible ser hijo de una mujer sin serlo también de su marido.

Este principio se hace extensivo a los concubinarios en los términos del art. 383 C.C.

"La filiación de los hijos nacidos del matrimonio resulta con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento" (art. 360 C. Civil).

Por lo tanto en relación a la madre, el parto es un hecho que permite conocer la filiación, bien dentro o fuera del matrimonio. El alumbramiento se puede constatar como un hecho por prueba directa. Los romanos decían que el "parto sigue al vientre" (*partus sequitur ventrem*).

En la actualidad, debido a la posibilidad del empleo de un óvulo de una mujer extraña implantado en la consorte previamente fecundado con semen de su marido, se presentan serias dudas sobre la necesidad de adicionar normas legales para tener también como madre a la que se le implanta un óvulo extraño, pues en nuestro derecho la filiación se da por la concepción y por el parto.

B).- Diferentes formas de realizar el reconocimiento.

Las formas de establecer la filiación extramatrimonial son dos: Por un reconocimiento voluntario y la imputación de paternidad a través de un juicio de investigación respectivo, ya que sólo en el matrimonio se pueden dar los deberes

de fidelidad y exclusividad sexual, y por lo tanto se da la certeza de paternidad, no sucediendo lo mismo en el caso de una mujer no casada, porque esa obligación de fidelidad no se da.

"El reconocimiento es un acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne, irrevocable, por virtud del cual se asumen, por aquél que reconoce y en favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación. Por consiguiente, son elementos del reconocimiento, los siguientes: a) Es un acto jurídico, b) Unilateral o plurilateral, c) Solemne; d) Por virtud del mismo, el que reconoce asume todos los derechos y obligaciones que la ley impone al padre o a la madre en relación al hijo."²⁵

No es verdad que siempre los derechos y las obligaciones que nazcan del reconocimiento, tengan como su fuente el vínculo consanguíneo. Desde luego podemos considerar que respecto del padre, lo fundamental es que declare ser tal, y éste sí es un acto exclusivamente libre. De su voluntad dependerá ser o no considerado como padre, y en ese aspecto, el reconocimiento es acto jurídico, porque su voluntad es creadora de las obligaciones y de los derechos consiguientes, que el reconocimiento le atribuye.

En el reconocimiento como acto jurídico, los derechos y las obligaciones se imponen por la ley en virtud de la declaración de voluntad aceptando ser el padre o la madre, e independientemente de que exista o no el vínculo biológico.

Para que haya un reconocimiento se señalan varios requisitos que son:

a) Edad: Se requiere que la persona que pretende reconocer a un hijo tenga la edad mínima para contraer matrimonio más la edad del hijo de que se trate, contada desde su concepción.

b) Consentimiento: en este punto existen varios supuestos

Si el que intenta reconocer a un hijo es un menor de edad, requiere el consentimiento de las personas que sean sus representantes legales (art. 362).

²⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. Cit. pag. 727.

Se requiere también su consentimiento, cuando la persona que se va a reconocer es mayor de edad.

La madre debe dar su consentimiento para que su hijo sea reconocido por un hombre.

Sin este requisito, el reconocimiento que se haga quedara sin efecto (art. 379).

Lo mismo sucede con la mujer que sin ser realmente la madre del hijo que se pretenda reconocer, ha asumido ese papel (art. 378). Si se efectúa el reconocimiento sin su autorización, tendrá el derecho de contradecirlo.

c) Forma: el reconocimiento deberá hacerse en alguna de las siguientes formas:

- 1.- En el acta de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil.
- 2.- En acta especial de reconocimiento, ante la misma autoridad.
- 3.- Por escritura pública ante Notario.
- 4.- Por testamento.
- 5.- Ante Juez de lo Familiar, por confesión expresa y directa.

5.- INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.

"Es el derecho que tiene el hijo o la madre, de ejercitar una acción para que, si las pruebas que se presenten son suficientes a juicio del juez, se impute la paternidad a un determinado sujeto."²⁶

O bien: "el derecho que tienen los hijos habidos fuera de matrimonio de acudir a los tribunales, en los casos permitidos por la ley, para aportar las pruebas de su filiación a fin de que sea ésta declarada por los mismos y se obligue a los padres demandados a cumplir con los deberes, derechos y obligaciones que les impone la relación paterno filial."²⁷

Esta acción corresponde a los hijos habidos fuera de matrimonio, en forma paralela a la acción de reclamación que corresponde a los hijos de matrimonio.

En la historia de la ciencia jurídica y en los antecedentes de la legislación comparada existe una muy pronunciada corriente de opinión en el sentido adverso a la investigación de la paternidad.

²⁶ MONTERO DUHALT, Sara. Ob. Cit. pag. 311.

²⁷ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Ob. Cit. pag. 175

Pero la distinta posición que el legislador adopta frente a la investigación de la paternidad y de la maternidad, se explica claramente por la dificultad casi insuperable que presenta en la generalidad de los casos la prueba de la paternidad y la relativa facilidad con que puede llegarse a la de la maternidad.

"En el antiguo derecho existió la posibilidad de que las mujeres solteras que tenían hijos, pudieran elegir, generalmente dentro de aquéllos hombres con los cuales tuvieron relaciones, unas simplemente amorosas sin llegar a ser sexuales, otras siendo sexuales, al hombre que mejor les conviniera para padre de su hijo. Fueron una verdadera plaga, como lo decían los autores, las demandas de las madres solteras frente a hombres ricos, acaudalados, o que gozaban de cierta posición, y se llegó al extremo de aceptar que si se trataba del primer hijo, por existir la presunción, de que la mujer era virgen cuando tuvo relaciones con el hombre a quien imputaba la paternidad, bastaba su dicho para condenarlo provisionalmente al pago de todos los gastos que ocasionaba el embarazo y el nacimiento, pero tenía que rendir después pruebas convincentes respecto a la paternidad, para obtener una sentencia favorable. Por esto, en el Código Civil francés se consideró conveniente suprimir estas demandas escandalosas, y sólo en el caso de rapto se permitió la investigación de la paternidad".²⁸

En el Derecho Italiano se dice respecto de este asunto que, "aún permitida la investigación de la maternidad, se niega la de la paternidad fuera de los casos de rapto o estupro, aún cuando en el Código sardo autoriza también la primera, inspirándose en el Derecho romano, en otros dos nuevos casos, a saber, cuando el padre declare serlo en cualquier documento, o cuando a título de tal prodigue sus cuidados a algún niño. Los demás Códigos Italianos prohíben, a imitación del francés toda investigación de la paternidad, huyendo de entregar a un debate judicial peligrosísimo, semejantes hechos, con lo cual podría transformarse un acto de generosa beneficencia en un origen de deshonor, el hombre más recto y puro no estaría libre de las asechanzas de una mujer impúdica o de un faraute sin conciencia, y cabría fundar los juicios más varios y absurdos sobre hechos

²⁸ ROJINA VILLEGAS. Rafael. Ob. Cit. pag. 711

inocentes o tal vez dignos de loa. Por eso la prohibición en esta materia debe ser considerada cual una tutela de la estabilidad y del decoro de las familias.²⁹

Fue hasta 1912 cuando ya expresamente se permitió en Francia la investigación de la paternidad. Los casos en que la ley de 1912 permite investigarla son los siguientes: 1o. Concubinato notorio, 2o. Violación o rapto de la mujer, si su fecha coincide con la probable concepción del hijo; 3o. Seducción dolosa de la mujer, 4o. Existencia de un principio de prueba por escrito del que se desprendiera un reconocimiento expreso o tácito por parte del hombre respecto a su paternidad, 5o. Proveer por un determinado hombre a la subsistencia y educación del hijo.³⁰

La investigación de la paternidad en Suecia es libre, abierta, sin restricciones a la madre y al hijo. El actor sólo tiene que demostrar que el pretendido padre ha cohabitado con la madre en el período de la concepción (art. 262).

A).- Sistema seguido al respecto por el derecho mexicano.

En los códigos modernos, y así lo admite nuestro Código Civil vigente y lo reconoció la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, la paternidad sí puede investigarse en los casos en que haya elementos para poder sospechar que determinado hombre es el padre, como ocurre en el concubinato, y así como ocurre en el matrimonio se presume que es el marido quien engendra a los hijos que tenga su esposa, en el concubinato, dentro de la vida marital bajo el mismo techo, con el trato sexual continuo, se presume que el concubinario es quien engendra a los hijos que tenga la concubina después de los ciento ochenta días de iniciado el concubinato, o dentro de los trescientos días siguientes a la fecha en que terminó.

Este sistema admite en principio la investigación de la paternidad, y sólo excluye cuando concurren determinadas circunstancias que envuelven una gran dificultad para poder determinar aquélla. Estas circunstancias pueden quedar referidas a la época en que se ejercita el derecho, o a la época de la concepción. Estas últimas son principalmente el estar ligado uno de los padres por el lazo conyugal o el ser

²⁹ Ibidem. 719.

³⁰ Ibid.

parientes en grado no dispensable. Las circunstancias que se refieren a la época del ejercicio del derecho son sobre todo, el estar casado el presunto padre o haber fallecido. Respecto de estas últimas algunas legislaciones prohíben la investigación de la paternidad cuando el padre está casado, y aún la de maternidad si la madre ha logrado después formar un hogar. La mujer honesta e inocente del pecado del mando, que cumple con su deber, se dice que tiene derecho a que no se perturbe la paz doméstica ni se menoscaben los derechos de sus hijos legítimos. Pero este argumento carece de relieve desde el punto de vista jurídico, ya que también tiene derecho el hijo a que su estado y condición sean reconocidos. Otra circunstancia impeditiva es el fallecimiento del padre. Al morir éste desaparece la base personal para el establecimiento de la obligatoriedad del reconocimiento, pero se olvida que si bien es el padre principalmente obligado, es también la sociedad a quien incumbe no dejar en el vacío moral y material a muchos de sus miembros que tiene derecho a mejor posición.

Otras circunstancias que impiden el reconocimiento es, en muchas legislaciones, el hecho de que los hijos sean habidos en adulterio o en el incesto. Nosotros tenemos casos idénticos y otros análogos a los señalados en la legislación francesa de 1812. Desde luego admitimos la investigación de la paternidad cuando haya no sólo violación o rapto sino también estupro, si la fecha del delito coincide con la probable de la concepción.

Además de estos tres casos para violación, rapto o estupro se podrá investigar la paternidad cuando exista concubinato notorio. Pero requerimos de manera expresa que ese concubinato sea viviendo ambos concubinos bajo el mismo techo. No admitimos el caso de la seducción dolosa, ni la simple obligación de dar alimentos y de cumplir con ellos, pero en cambio reconocemos que se investigue la paternidad ante la prueba de la posesión de estado frente a un presunto padre, que sólo se acredita en virtud de los alimentos sino sobre todo por el trato que dé al presunto hijo, considerándolo como tal.

Por último, admitimos como en la ley francesa, que la paternidad podrá investigarse si hay un principio de prueba; pero ya no requerimos que sea por escrito, pero sí habrá presunciones muy graves que puedan autorizar al juez a declararla.

El Código Civil para el Distrito Federal vigente señala en el artículo 382 que: "La investigación de la Paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, está permitida:

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

El artículo 383 admite en materia de concubinato las mismas presunciones que ya conocemos para el matrimonio: "Se presumen hijos del concubinario y de la concubina: I los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato. II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina."

En el artículo 384 se define la posesión de estado para investigar la paternidad, la cual no requiere los tres elementos clásicos de nombre, trato y fama, pues basta con el trato del presunto padre o de la familia paterna, pero se agrega que éste hubiera proveído a la subsistencia, educación y el establecimiento del hijo. "...la posesión de estado para los efectos de la fracción II del artículo 382, se justificará demostrando por los medios ordinarios de prueba que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia como hijo del primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento."

6.- LA INVESTIGACIÓN DE LA MATERNIDAD.

La investigación de la maternidad es absolutamente libre en principio y se puede acreditar por todos los medios ordinarios de prueba, justificando el parto y la identidad del hijo.

En el derecho francés no se admite una absoluta libertad de prueba en la investigación de la maternidad, pues no se reconoce la posesión de estado en cuanto a la madre, como prueba de la misma, a diferencia de lo que permite nuestro derecho. Tampoco exigimos nosotros que exista un principio de prueba por escrito, como lo requiere el artículo 341 del Código francés.

La investigación de la maternidad procede cuando la madre haya abandonado al hijo recién nacido o cuando se haya registrado falsamente como hijo de otra mujer. En estos casos tanto el hijo como los descendientes tendrán derecho a investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios de prueba.

Lo anterior no procederá cuando tenga por objeto atribuir la maternidad a una mujer casada (art. 385).

"No obstante lo dispuesto en la parte final del artículo anterior, el hijo podrá investigar la maternidad, si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal". (art. 386 C.C.) La sentencia criminal es la de adulterio de la mujer casada, para que ya exista una base a fin de que ese hijo pueda considerarse concebido en dicho adulterio.

Cuando el marido hubiese desconocido al hijo y existiere sentencia que declare la ilegitimidad del hijo, sí podrá investigarse la maternidad respecto a la mujer casada, porque debido a la impugnación que llevó a cabo el marido, quedó desconocida la presunción que establece que los hijos de la mujer casada, salvo prueba en contrario, se consideran hijos de su marido.

Están relacionados con los preceptos citados, los artículos 62, 62 y 64, así como el 374, que mantienen la misma idea, es decir, impedir, según los casos que se

investigue la maternidad, imputando el hijo a la mujer casada, o que se registre como un hijo distinto del marido, el que tuviese aquella; o bien que se pudiera reconocer por un hombre distinto del marido. Es decir, todo ello es en función de los intereses superiores del hijo y del marido para que el primero pueda defender su legitimidad y, el segundo, si no lo impugna, impedir que pueda ostentarse como padre, otro distinto del marido. El artículo 374 estatuye: "El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo".

Nuestro derecho en forma absoluta, permite que el hijo pueda investigar su maternidad aportando todos los medios ordinarios de prueba, sin requerir, como ocurre en el derecho francés que exista un principio de prueba por escrito.

En tanto que la paternidad sólo puede ser investigada en el juicio ordinario correspondiente, intentándose la acción en forma, para que la controversia exclusivamente se refiera al hecho de la paternidad y se demuestre que el caso se encuentra comprendido en uno de los seis, que enumera el artículo 382, la maternidad puede libremente comprobarse tanto en el juicio ordinario especial de investigación, en cuyo caso la controversia se referirá exclusivamente a la filiación materna, como en el juicio sucesorio de intestado o en el de alimentos, en donde la cuestión fundamental será el derecho del hijo para heredar a la madre o para exigirle alimentos y como un elemento de esa acción se acreditará previamente la maternidad.

El artículo 385 permite que la investigación de la maternidad se lleva a cabo por el hijo o sus descendientes. No todos los herederos por consiguiente pueden intentarla, sino exclusivamente sus descendientes.

A).- Qué se tiene que probar en este caso.

La maternidad es un hecho cierto de prueba fácil. Se prueba por el parto: madre es quien da a luz al hijo, y esto es un dato que consta de modo cierto y frente al cual pierde importancia el hecho anterior de la concepción. Lo que puede resultar

incierto es si el hijo de cuya legitimidad se trata es precisamente aquél que dió a luz la mujer; por eso cuando se trata de filiación natural y de hijo que investiga la maternidad, la ley exige que el hijo pruebe ser el mismo que la mujer dió a luz.

B).- Tiempo en que debe ejercitarse la investigación de la paternidad.

Tanto la acción de investigación de la paternidad como la acción de investigación de la maternidad, en principio sólo pueden intentarse en vida de los padres; pero si hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, éstos podrán intentar la acción dentro de los cuatro años siguientes a su mayoría de edad, es decir, hasta antes de que cumplan los veinticinco años. Dice al efecto el artículo 388: "Las acciones de investigación de la paternidad o de la maternidad sólo pueden intentarse en la vida de los padres. Si los padres hubieran fallecido durante la menor edad de los hijos, éstos tienen derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad".

El hijo mayor o menor de edad, podrá siempre investigar su paternidad o maternidad durante la vida de los mismos, a pesar de que hubiesen transcurrido los cuatro años siguientes a su mayoría de edad. Para el mayor de edad existe sólo ese límite, no en función de un término de prescripción, sino de la vida de los padres. En otras palabras, no se trata de un término de prescripción, sino de un caso de extinción de la acción que opera para el hijo mayor de veinticinco años, cualquiera que sea su edad, por muerte del padre o de la madre.

CAPITULO SEGUNDO

PANORAMA GENERAL DE LA FERTILIZACIÓN HUMANA ASISTIDA

I.- LA FERTILIZACIÓN.

1.- PRENSAS BÁSICAS PARA LA FERTILIZACIÓN.

Para poder engendrar un hijo y que éste sea viable, es necesaria la conjunción de una serie de condiciones, tanto físicas como emocionales en la pareja, que pueden ser resumidas de la siguiente manera:

a) En el testículo deben producirse espermatozoides, no sólo en cantidad suficiente, sino con características apropiadas en términos de capacidades migratoria y fecundante.

b) El líquido seminal que contiene estos espermatozoides debe depositarse en forma satisfactoria en las proximidades del orificio externo del cuello uterino.

c) El ovario debe producir un reclutamiento de folículos y la maduración de uno de ellos, que provea un ovocito en condiciones adecuadas para su fecundación. Para ello es indispensable un armónico estímulo hipotalamohipofisario.

d) El cuello uterino debe presentar condiciones fisiológicas óptimas para asegurar la penetración, almacenamiento y reactivación de los espermatozoides en la época ovulatoria.

e) Las trompas de Falopio deben ser anatómicamente y fisiológicamente normales, como para permitir el encuentro de los gametos y luego el transporte y nutrición del huevo fecundado hasta la cavidad uterina para su implantación.

f) El peritoneo pelviano no debe obstaculizar la puesta ovular ni la captación del ovocito por la trompa.

g) El endometrio tiene que estar adecuadamente preparado por estrógenos y progesterona para que el embrión anide y se alimente en las primeras etapas de su evolución.

h) El útero debe estar en condiciones anatómicas y funcionales que aseguren el desarrollo ulterior del embarazo.

i) Finalmente, si la pareja no es física, psicológica y sexualmente sana, hay mayores posibilidades de que exista alguna anomalía en el sistema.³¹

Si alguna de las condiciones señaladas no se presenta, nos encontraremos ante una esterilidad ya sea primaria o secundaria, como se señalará más adelante.

II.- PAREJA ESTÉRIL O INFÉRIL

De cada 100 parejas de la población general expuestas a embarazo, aproximadamente 50 lo logran dentro del primer semestre de búsqueda, y 30 en el segundo. El 20% de las parejas no logra el embarazo luego de un año de relaciones sexuales frecuentes y tampoco en el siguiente.

Esta relativa ineficiencia de la reproducción humana normal, nos obliga a plantear algunas preguntas que aclaren definiciones y terminologías.

¿A qué se llama pareja estéril? ¿A qué se llama pareja infértil?

³¹ ASCH, Ricardo. Avances en Reproducción Humana. Editorial Médica Panamericana. Buenos Aires. 1988. pag. 11.

"En la literatura no anglosajona, se ha utilizado uniformemente la palabra 'esterilidad', mientras que en la anglosajona, se prefiere como sinónimo la de 'infertilidad'.

Esto crea confusiones, pues para la literatura latina, la pareja infértil es aquella que tiene una incapacidad reiterada de llevar a la viabilidad a un feto, la forma clínica más común es el aborto habitual."³²

Sin embargo, existe unanimidad en cuanto a que "debe definirse como pareja estéril a aquella que luego de un año de relaciones sexuales frecuentes (2 a 4 por semana) sin medidas anticonceptivas no ha logrado un embarazo".³³

En México la esterilidad- infertilidad es una patología frecuente que afecta a gran número de parejas, de las cuales "en 50% de los casos, los factores causales se identifican en la mujer, 30% a los varones, 10% en ambos progenitores y en 10% restante no es posible identificar su causa".³⁴

Según la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, de nuestro país "la esterilidad es la incapacidad del varón para fecundar y de concebir en la mujer. La infertilidad es el fracaso para procrear, incluyendo el aborto y la muerte habitual del recién nacido y la subfertilidad es la capacidad reproductiva disminuida, ya que habiendo tenido hijos vivos existen períodos largos de incapacidad para procrear".³⁵

La esterilidad será primaria si no se ha logrado ninguna gestación, o secundaria si la pareja tiene al antecedente de algún embarazo previo.

Marcada esta diferencia, es conveniente señalar, que muchos textos usan los términos esterilidad e infertilidad indistintamente, para hacer referencia a cualquier anomalía ya sea absoluta o parcial que impida a una pareja tener hijos.

³² ASCII. Ricardo. Ob. Cit. pags. 12 y 13

³³ Ibid.

³⁴ Ginecología y Obstetricia de México. Vol. 60. enero. Asociación Mexicana de Ginecología y Obstetricia. Editorial Federación Mexicana de Asociaciones de Ginecología y Obstetricia. México. 1992. pag. 14.

³⁵ Ibid pag. 15.

En este punto hablamos de pareja estéril, en virtud de que el proceso reproductivo requiere de dos personas, hombre y mujer, aún cuando las causas pueden darse sólo en alguno de ellos, pero en una relación de pareja.

Al respecto señalan Videla, Savransky y Sas que "La esterilidad es una entidad única, constituye un obstáculo que se opone al deseo consciente, de dos personas, de crear juntos a otro ser humano implantado en su vínculo afectivo.

Este obstáculo, - señalan - no es un elemento reconocible, por lo menos con la facilidad que se supone, puesto que pertenece a dos y se inserta dentro de un campo dinámico de fuerzas positivas y negativas, que emergen de las tres áreas dominantes de la conducta humana: lo biológico, lo psicológico y lo social.

Si un hombre y una mujer se unen buscando resolver su historia personal a través del vínculo con el otro. ¿Cómo negar que la esterilidad es algo de ambos y que sus significados competen a esa unión? Si cuerpo y mente van desarrollándose dentro del mundo circundante.

Cualquiera que sea la interacción entre estos factores, cuando la imposibilidad de procrear sucede en el vínculo de los dos, será para nosotros una esterilidad vincular.³⁶

La esterilidad puede originarse por trastornos presentes, tanto en el hombre como en la mujer.

La esterilidad masculina puede ser provocada por un gran número de trastornos, los cuales sólo serán enumerados:

*Infecciones (por ejemplo el virus de la parotiditis).

Trastornos hormonales.

Traumatismos.

Varicocele.³⁷

Tumores.

Malformaciones congénitas.

Sustancias Tóxicas.

Testículos fuera del escroto.

Impotencia.

³⁶ SOTO LAMADRID. Miguel Angel. Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el Derecho. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1990. pags. 6 y 7.

³⁷ Se denomina así a la dilatación varicosa de las venas del cordón espermático.

Algunos factores impiden la producción parcial o total de los espermatozoides. Otros en cambio, interfieren su maduración o se oponen a su salida por la obstrucción de algún conducto. Finalmente algunos ocasionan esterilidad al alterar una glándula anexa.³⁸

"La esterilidad femenina puede deberse a ciertas enfermedades del ovario, a trastornos hormonales que afectan su funcionamiento (en ambos casos la consecuencia es la falta de producción de ovocitos), o a alguna patología localizada en las vías genitales (obstrucciones que impiden el encuentro del óvulo con los espermatozoides). Tales afecciones pueden originarse por alguna de las siguientes causas:

Infecciones.

Traumatismos.

Malformaciones congénitas.

Sustancias Tóxicas.

Posición defectuosa del útero.

Espasmos tubarios.³⁹

Existen otras causas de esterilidad más difíciles de diagnosticar, que, parece ser el resultado de interacciones defectuosas entre ambos miembros de la pareja, como son:

"Trastornos de la contractilidad uterina o tubérica.

Incompatibilidad inmunológica.

Falta de capacitación de los espermatozoides en el tracto genital femenino".⁴⁰

Todo lo anterior contribuye a la esterilidad o infertilidad, según el caso, en uno o ambos miembros de la pareja, motivo por el cual se han desarrollado en el campo de las ciencias médicas varias técnicas que los ayudarán a tener un hijo, mismas que se abordarán en el siguiente punto.

³⁸ HIB. José. Embriología Médica. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 1984. págs. 13 y 14.

³⁹ HIB. José. Op. Cit. págs. 14 y 15.

⁴⁰ Ibidem. pag. 316.

III.- INSEMINACIÓN Y FECUNDACIÓN ARTIFICIAL.

Las técnicas de reproducción humana mediante manipulación genética se basan en la inseminación artificial y la fecundación extracorporal o fertilización in vitro. Cada una de ellas contiene una serie de combinaciones, así, la inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga, como se verá más adelante. La distinción se ha realizado suponiendo que la mujer sea casada o no, de modo que el semen que se le inocula puede ser de su marido o de un tercero, también llamado donante, no obstante que en términos médicos, el término heterólogo se refiere a lo que sucede entre diversas especies, tal como sucede en los trasplantes de órganos de seres humanos. El término heterólogo se refiere al trasplante de órganos de animales en seres humanos, es decir entre diversas especies, es por ello que también se habla de inseminación artificial cónyuge (IAC) o inseminación artificial donante cuando el semen procede de un tercero ajeno a la pareja (IAD), pero en términos jurídicos "se toma como punto de referencia el matrimonio o el concubinato no la especie",⁴¹ y se usan los términos de Inseminación Artificial Homóloga e Inseminación Artificial Heteróloga.

1.- ANTECEDENTES DE LA INSEMINACIÓN Y FECUNDACIÓN ARTIFICIAL.

En este punto podríamos hablar de las experiencias que respecto a la inseminación y fecundación artificiales se tiene, partiendo de su uso en animales, que son múltiples y que fue el área en dónde se aplicaron por primera vez, o sus antecedentes bíblicos etc., pero preferimos partir de su uso en seres humanos, ya que ese es el motivo de este trabajo.

Se afirma que fue el biólogo británico John Hunter quien consiguió primero en 1776, la inseminación artificial en humanos.

En los Estados Unidos en 1884 el doctor William Pancoast, profesor en el Jefferson Medical College en Filadelfia, y en 1890 el doctor Robert Dickinson, dieron inicio a la inseminación heteróloga, es decir, con semen distinto al del cónyuge de la mujer inseminada.

⁴¹ SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Op. Cit. pag. 22.

A finales del siglo pasado, en Inglaterra, Walter Heape, comunicó haber logrado con éxito la transferencia de embriones en conejas. Por eso se le conoce con el nombre de "Santo Patrón de la transferencia de embriones", señalando con ello que fue él quien inició científicamente la producción industrial de animales. "En 1890, Heape, luego del apareamiento de una coneja angora con un macho de la misma raza, rescató de sus trompas de Falopio dos embriones, los cuales fueron transferidos a la trompa de una liebre belga, que pocas horas antes se había apareado. En el tiempo previsto ocurrió el parto de seis crías, dos de ellas con el fenotipo angora. De esa manera Heape aclaró sus dudas ¿El útero de una madre sustituta era capaz de gestar un embrión extraño? ¿el desarrollo de un huevo extraño en el útero de una madre sustituta podría afectar a sus propios retoños en una gestación simultánea? Quedaba demostrado que fisiológicamente era posible implantar embriones rescatados de una trompa extraña, es decir, transferir embriones con completo éxito".⁴²

Esta técnica se aplica ya en seres humanos y ha tenido un gran auge.

"La primera fecundación extracorpórea de ovocitos y la transferencia de preembriones en los mamíferos se reportó hace más de 30 años. Desde entonces más de 10,000 nacimientos se han reportado en todo el mundo, como resultado del éxito de la FIV.

La mayoría de los centros donde se practica la FIV usan estimulación ovárica para producir múltiples ovocitos, ya que los índices de embarazos son mayores con la transferencia de más de un preembrión.

Varios agentes son usados para la estimulación ovárica, tales como el citrato de clomifene (CC), gonadotropina menopáusica (hMG), y combinaciones de estos agentes con o sin coadyuvantes tales como la hormona liberadora de gonadotropinas (GnRH-a).

Después de la estimulación, la reacción es monitoreada mediante la medición de estrógenos y la visualización ultrasonográfica del crecimiento del folículo. En el tiempo necesario, la recolección de ovocitos se realiza mediante la aspiración del

⁴² SANCHEZ TORRES, Fernando. Ciencia y Reproducción humana. Empresa Editorial Universidad Nacional de Colombia, Colombia. 1991. pags. 106 y 107.

foliculo. Las condiciones de cultivo en el laboratorio para espermatozoides y ovocitos fueron perfeccionadas hace pocos años. Tanto el espermatozoides como los ovocitos son incubados por aproximadamente de 12 a 18 horas para que la fertilización tenga lugar, entonces, después de 48 a 72 horas adicionales el preembrion(es) resultante(s) es(son) generalmente transferidos a la cavidad uterina por medio de un catéter pequeño colocado transvaginalmente. La implantación de el preembrion debería empezar en el siguiente segundo o tercer día y la detección del embarazo es posible dentro de los 10 a los 14 días siguientes a la transferencia. Los índices de éxito con las técnicas de la FIV han mejorado constantemente desde el primer nacimiento en 1978. Los índices de partos varían, son a menudo de más de un 25% en cada ciclo en preembriones frescos, y depende de la experiencia del centro donde se practiquen, de la causa de la infertilidad y particularmente de la edad de la mujer.⁴³

El término FECUNDACION IN VITRO, se usa aquí para referirnos al procedimiento únicamente, sin incluir sus posibles variantes (por ejemplo donación de semen, donación de óvulos, útero subrogados etc.), o sus accesorios (por ejemplo experimentación de preembriones). Los gametos son obtenidos de la pareja con la posterior transferencia de preembriones utilizado como sustituto para la implantación en la fecundación tubárica o natural.

Normalmente cada mes un ovario de la mujer en edad fértil es escenario del desarrollo de un folículo y de su correspondiente ovulación. Para que esto ocurra ha sido necesaria la estimulación previa del ovario a cargo de las llamadas gonadotropinas hipofisarias, es decir, la hormona foliculoestimulante (FSH) y la hormona luteinizante (LH).

*Se debe a R. Grenblatt y colaboradores, de Augusta EE.UU. haber puesto en uso en 1961 una sustancia inductora de la ovulación, el citrato de clomifene, de estructura química relacionada con la molécula estrogénica dietilestilbestrol y con

⁴³ FERTILITY AND STERILITY. Vol. 62. Número 5. Noviembre 1994. SUPPLEMENT 1. Ethical Consideration of Assisted Reproductive Technologies. By American Fertility Society. Birmingham Alabama. pag. 35.

el clorotrianceno, que fue ensayado con éxito como agente contraceptivo en ratas, es decir, con acción contraria a la hallada más tarde en humanos. En ocasiones la acción ovulatoria inducida por el clomifene es tanta que lleva a una pluriovulación con el natural resultado: un embarazo múltiple".⁴⁴

En 1926 el médico israelí Bernhard Zondek había referido los efectos que sobre el ovario de algunos animales produce la estimulación con suero sanguíneo y orina de mujeres embarazadas y menopáusicas. A esas sustancias capaces de producir maduración ovular se les dio el nombre de gonadotropinas.

Ya en 1770, John Hunter, practicó la inseminación artificial homóloga en una pareja donde el varón presentaba un hipospadias, y desde entonces hasta hoy se ha ido perfeccionando la técnica y ampliando su margen de actuación.

En 1984 se informó del primer embarazo y parto después de un procedimiento de fecundación in vitro y transferencia de embriones (FIV-TE) en una paciente tratada de fallo ovárico primario con administración de esteroides.

En 1986 se informó del primer embarazo obtenido con el procedimiento GIFT con ovocitos donados y espermias del marido en mujeres con fallo ovárico prematuro.

2.- CONCEPTOS Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSEMINACIÓN Y FECUNDACIÓN ARTIFICIAL.

Existen muchas definiciones de lo que es la Inseminación Artificial, pero todas coinciden, palabras más, palabras menos en que "la inseminación artificial en los seres humanos es un método o artificio distinto de los usados por la naturaleza, para lograr introducir el espermia en el interior de los órganos genitales de la mujer."⁴⁵

Lo que caracteriza a este procedimiento es la ausencia de la relación sexual, no hay acto copulatorio que pueda facilitar el encuentro de los espermatozoides con el óvulo, haciendo posible la fecundación de éste, no queriendo decir con esto, que se trata de una reproducción asexual, como se ha intentado, que es

⁴⁴ SANCHEZ TORRES, Fernando. Op. Cit. pag. 74

⁴⁵ SOJOLAMADRID, Miguel Angel. Ob. Cit. Pag. 19

aquella en la que no intervienen elementos genéticos de otro organismo, sino por el contrario, en esta sí existe la unión de dos células que proceden de seres distintos, pero de la misma especie, (hombre y mujer) que dan como resultado un ser humano.

A pesar de que muchos autores han adoptado los términos fecundación e inseminación artificiales, es necesario señalar que la fecundación no es artificial, ya que ésta es el resultado de la fusión del elemento masculino, es decir el espermatozoide, con el elemento femenino u óvulo, para formar una sola célula, el huevo u ovocito, inseminar significa introducir el semen dentro de los genitales femeninos, independientemente de que se produzca la fecundación, pero ni el semen ni el aparato reproductor son artificiales, lo artificial únicamente es la manera de acercar el espermatozoide para que se produzca esta fusión, la cual se realizará de manera normal; por lo que nosotros consideramos, que lo más aceptable es usar la denominación de reproducción humana asistida, razón por la que denominamos así a este trabajo, no obstante que la mayoría de los autores manejan los términos de inseminación o fecundación artificiales.

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica de estas prácticas, en nuestra legislación aún no han sido reguladas, pero, el artículo 4o. de la Constitución Política señala lo siguiente:

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

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

Igualmente el Código Civil en el artículo 162 señala que: "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges."

Ya que ni la Constitución ni otra ley hace referencia al uso de estas técnicas en nuestro país, podemos señalar que cualquier persona puede hacer uso de ellas, en virtud de que, de acuerdo en lo señalado en estos artículos, existe un principio de libertad de procreación, independientemente del método utilizado para ello.

Pero, por lo que se refiere al procedimiento en la reproducción humana asistida, (incluyendo la inseminación y la fecundación artificial) es un acto jurídico del derecho familiar, ya que "dentro de la forma normal de convivencia conyugal se da el débito carnal que es uno de los 'deberes jurídicos' que integran la relación jurídica. Esta relación sexual hombre-mujer no es acto jurídico por la simple razón de que es parte de una relación jurídica; esta relación que se genera del acto jurídico boda, cuyo objeto es la 'comunidad íntima de vida' que como estado jurídico se establece. La inseminación natural, es pues, consecuencia de un 'deber jurídico'.⁴⁶

Podemos decir por lo tanto, que se trata de un acto jurídico formal. "Siempre se requerirá la forma escrita y para comprobar el consentimiento se requerirá la firma y huella digital de las partes. Con este último requisito se pretende evitar el desconocimiento de la firma, o posible falsificación de la misma, toda vez que la huella digital ratifica, o corrobora, el consentimiento que se hace manifiesto con la firma. En caso de duda o discusión se debe acudir a la identificación por medio de la huella digital."⁴⁷

Se trata de un acto jurídico familiar de naturaleza irrevocable. La irrevocabilidad le viene de la inseminación o implantación del óvulo fecundado. Antes de ese momento puede haber revocación del marido o de la mujer, lo que debe hacerse en forma fehaciente y por escrito. La irrevocabilidad deriva de la filiación que se genera, a semejanza de lo definitivo que es la concepción por medios naturales, al estar prohibido el aborto (salvo los casos de excepción que señala el Código Penal), y al estimar nuestra legislación que el concebido tiene personalidad jurídica.⁴⁸

⁴⁶ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales* Editorial Porrúa, S.A., México 1987. pág. 39.

⁴⁷ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. *Op. Cit.* pág. 41.

⁴⁸ *Ibid*

"Su objeto es crear una relación jurídica paterno filial, con los correspondientes deberes jurídicos personales y las obligaciones y derechos patrimoniales económicos, y la obligación y responsabilidad del médico que participa en la operación de inseminación o implantación del óvulo fecundado."⁴⁰

3.- INDICACIONES DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

Las indicaciones de esta práctica en la especie humana son las siguientes:

"Oligozoospermia Severa. La fertilización por procedimientos normales de FIV (Fecundación in vitro) está reducida debido a un recuento muy bajo de espermatozoides ($<5 \times 10^6/\text{ml}$). Aunque el PROST y el TEST permiten, con la transferencia tubérica de cigotos en pronúcleos o de embriones divididos, un aumento de la tasa de gestación, la tasa de fertilización sigue siendo insatisfactoria, cuando la muestra inicial de semen tiene una concentración de menos de $5 \times 10^6/\text{ml}$. Sin embargo, es poco habitual tener una reducción de la concentración espermática, sin disminución de la movilidad o aumento de las formas anormales. La obstrucción parcial puede provocar esta situación, pero entonces el potencial de fertilización y de conseguir el desarrollo de un recién nacido viable no se vería severamente comprometido.

Oligostenoteratozoospermia. En los casos de factor masculino severo, la combinación de, al menos tres defectos seminales se debe al fallo de los túbulos seminíferos. De cualquier modo, el potencial de concepción es dependiente de la severidad. Las formas leves de oligostenoteratozoospermia no siempre FVI. Por el contrario, los casos severos tienen más pronóstico respecto al tratamiento y a la consecución de un embarazo.

La inseminación artificial con donante (IAD) puede ser una alternativa. De cualquier modo, esta técnica, presenta una esperanza para el padre de concebir su propio hijo. En las situaciones límite, el intento repetido de FIV es todavía una indicación.

⁴⁰ Ibid.

Astenozoospermia. La astenozoospermia total puede ser debida tanto a factores ambientales como a congénitos. Los agentes ambientales, como por ejemplo tratamientos medicamentosos, pueden ocasionar un descenso de la movilidad. Esto se puede corregir eliminando la causa o introduciendo aditivos en los procedimientos de lavado de semen.

Las causas congénitas, como por ejemplo, la disquiesia ciliar con sus tres variantes principales, implica a los genes autosómicos recesivos. De este modo, el síndrome de cilios inmóviles presenta una cuestión ética sobre la conveniencia de tales genes.

Incapacidad para penetrar las membranas del ovocito. En algunos casos idiopáticos, ovocitos maduros y espermatozoides con buena movilidad no consiguen fertilización.

Los tests de penetración de la zona como el test de la hemizona pueden orientar sobre la capacidad de fertilización del semen.²⁰

4.- CLASIFICACIÓN DE LOS DIFERENTES TIPOS DE INSEMINACIÓN Y FECUNDACIÓN ARTIFICIAL.

A) Inseminación homóloga.

La inseminación artificial de cónyuge (IAC) ha sido utilizada durante muchos años como una alternativa más en el tratamiento de la infertilidad o esterilidad.

"La IAC es utilizada como herramienta terapéutica tanto por el andrólogo como por el ginecólogo. Al primero le permite solventar aquéllos casos de dificultad de depósito de semen en la vagina (disfunción eréctil, eyaculación precoz, alteraciones anatómicas, eyaculación retrógrada, etc.), así como aquéllos otros en los que el varón presenta características seminales alteradas y el tratamiento médico no permite una suficiente mejora del semen. Al ginecólogo, por su parte, le permite fundamentalmente solucionar las situaciones en las que existe un impedimento físico o psíquico para la realización del coito (vaginismo), así como

²⁰ REMON J. José y col. Avances en Reproducción Asistida. Editorial Díaz de Santos S.A. Madrid. 1992, pags. 208 y 209

en los casos en los que el cuello uterino constituye una barrera para el normal ascenso de los espermatozoides (ausencia o disminución del moco cervical, presencia de anticuerpos antiespermatozoide etc.)⁴¹

Es de vital importancia, en el pronóstico del tratamiento con IAC, la adecuada selección de los pacientes. La inclusión de casos en los que esta técnica se emplea de forma empírica enmascara la verdadera eficacia de la misma. Ello hace necesario un minucioso estudio del diagnóstico de infertilidad de la pareja. No obstante, el perfeccionamiento y progresiva simplificación de la técnica, así como su amplio margen de actuación, han hecho de ella uno de los métodos más utilizados en el tratamiento de la infertilidad.

La IAC tiene un papel muy importante en el tratamiento de las parejas infértiles. "La técnica más empleada actualmente para la IAC es la inseminación intrauterina de los espermatozoides (IUI). Entre sus indicaciones se incluyen disfunciones fisiológicas y psicológicas, tales como vaginismo, hipospadias severas, incurvación pensana, eyaculación retrógrada, así como disfunción eréctil, ya sea de tipo neurológica, psíquica o yagrogénica.

La indicación más frecuente de la IUI es la infertilidad debida a un factor masculino, lo que incluya oligozoospermia, astenozoospermia, volumen seminal alterado y la presencia de anticuerpos u otros factores tóxicos en el plasma seminal.

Otras indicaciones son una disminución o ausencia en la producción de moco cervical y orificio cervical externo puntiforme, en las cuales no existe exudado en la apertura externa del cuello del útero, dificultando el paso de los espermatozoides a través del canal cervical. Entre las anomalías anatómicas se incluye la estenosis, especialmente tras conización con destrucción de las criptas y glándulas mucosas.

⁴¹ REMONH. José. Op. Cit. pag. 210.

La IUI también ha sido utilizada en la infertilidad de causa desconocida cuando todos los parámetros clínicos detectables aparecen normales, obteniéndose resultados satisfactorios en algunos casos.⁵²

Por último, la esterilidad de causa inmunológica puede ser también indicación de IUI, ya sea por presencia de anticuerpos antiespermatozoide en el plasma seminal o suero del varón, en el moco cervical, o en el suero de la esposa. El fundamento de la inseminación con semen del cónyuge es aumentar el número de espermatozoides móviles que alcanzan la trompa en el momento de la ovulación, para así aumentar las posibilidades de gestación, ya que de los cientos de millones de espermatozoides que se eyaculan en la vagina, sólo algunos millones quedan atrapados en el moco cervical y sólo unos miles ascienden hasta la cavidad uterina. La importancia de este desgaste se ve agravada si existe alguna anomalía en las características del semen o del moco.⁵³

La inseminación artificial fue un término que se utilizó hasta hace no mucho con carácter exclusivo para significar la introducción, por medio de instrumentos, de semen en la vagina o en el útero, con el fin de producir el embarazo. Como se explicará más adelante, en el término se ha ampliado, pues la siembra del semen se hace ahora también por otras vías distintas de la vagina. Esta puede ser intravaginal, intracervical e intrauterina, como se señala a continuación.

Inseminación intravaginal. Este método es empleado fundamentalmente en los casos de incapacidad de depósito del semen en la vagina, ya que sea por un vaginismo severo o por una alteración física en el varón, como una disfunción eréctil o un hipospadias.

El procedimiento es muy sencillo y no precisa de la preparación de la muestra del semen, pudiendo ser realizado por la propia pareja.

⁵² REMONÍ José. Op. Cit. pags. 384 y 385.

⁵³ *Ibidem.* pags. 386 y 387.

Con la paciente en decúbito supino y en Trendelenburg, se deposita la muestra de semen en el fondo de la vagina con la ayuda de una jeringa. Esta posición debe mantenerse durante, aproximadamente, 20 minutos tras la inseminación.

Inseminación Intracervical. La inseminación intracervical se acompaña a su vez de un depósito paracervical de semen. Para su realización es requisito imprescindible la presencia de un moco cervical adecuado.

Un volumen de 0,2 a 0,5 ml. de eyaculado es introducido en el tercio externo del canal cervical mediante una fina cánula acoplada a una jeringa; el resto de la muestra de semen es depositado en la parte externa del cuello uterino y en el fondo del saco posterior de la vagina. Para evitar la pérdida de semen y el contacto prolongado de éste con el pH ácido de la vagina, se puede acoplar una cúpula de plástico al cuello uterino, donde queda contenido el esperma. La paciente permanece unos minutos en decúbito supino. La cúpula de plástico es retirada por la propia paciente 6 horas después de la inseminación.

Inseminación Intrauterina. Esta técnica es la más recomendable en los casos de infertilidad de causa masculina, cervical o inmunológica, y requiere de una preparación previa del eyaculado.

Inicialmente practicada con semen completo, la demostración de que el plasma seminal inhibe la capacitación y que ésta se produce en el cérvix obligó a la realización de técnicas de aislamiento y capacitación espermática.

Inseminación Intraabdominal. Algunos autores han comunicado una tasa de gestación de un 10-18 por 100 en casos de esterilidad de tipo cervical, masculina o idiopática, depositando los espermatozoides, previamente separados del plasma seminal, directamente en el fondo del saco de Douglas, a través de la vagina. Existen muchas controversias respecto a este procedimiento, puesto que además de lo cruento de la técnica, se ha demostrado que en algunos casos el líquido peritoneal puede resultar tóxico para los embriones y empeorar la movilidad de los espermatozoides.⁵⁴

⁵⁴ REMONIL, José. Op. Cit. págs 389 y 390

Esta inseminación artificial con semen del marido (IAC) se practica en los casos en que a pesar de que ambos cónyuges son fértiles, la fecundación no es posible a través del acto sexual. Ello puede deberse a las causas que se señalaron, pero también a otras anomalías, como trastornos endocrinos o del metabolismo. Es decir, la inseminación Homóloga o con semen del marido, supone malformaciones o defectos funcionales que no impiden totalmente la producción de gametos en ambos miembros de la pareja, y que se han intentado ya los métodos quirúrgicos y farmacológicos sin ningún resultado positivo.

En este tipo de fecundación no pueden existir conflictos jurídicos, ya que la concepción del hijo se realiza naturalmente, es decir no existe un factor extraño que pueda contradecir la paternidad.

B) Inseminación heteróloga.

Es la inseminación artificial con semen de un donante (IAD) y se ha practicado tradicionalmente cuando el marido es estéril- azoospermias o necrospermias- y también en casos de incompatibilidad del factor Rh; Incluso, si el marido es portador de anomalías cromosómicas transmisibles, aunque fuese fértil.

En estos casos se apela al semen fecundante de un tercero, donante. A tal efecto se recurre a los denominados " bancos de semen ", en los cuales se conserva fresco o congelado y debidamente clasificado de acuerdo a las características físicas del donante -Fenotipo- el esperma de donantes, generalmente anónimos.

La decisión personal de matrimonio infecundo (por esterilidad del marido) de recurrir a este procedimiento para concebir un hijo, constituye el ejercicio de una opción personal que, siendo libremente adquirida por los dos cónyuges, queda reservada a la esfera de su autonomía personal.

"En los casos de azoospermia, es decir, la ausencia total de espermatozoides, la inseminación heteróloga constituye la única forma de que la pareja pueda acceder a la paternidad, partiendo de la esterilidad del varón, la que también pudiera haberse originado en un tratamiento químico o radioterápico, en la

esterilización voluntaria o accidental o en la esterilidad idiopática, es decir por causa desconocida.⁵⁵

La pareja en la cual la mujer es fértil y el marido irremediablemente estéril, podría optar entre varias alternativas que pueden ir desde la asunción de ser un matrimonio sin hijos, realizar una adopción o bien, divorciarse. "Al respecto afirma Guttmacher: 'Si bien no lo considero imposible, puedo decir que para la mentalidad americana, el divorcio por falta de descendencia es poco frecuente. Sin embargo, la inseminación heteróloga constituye una opción perfectamente válida. La American Society for the Study of Sterility, ha afirmado: 'La inseminación con donante anónimo proporciona al marido la oportunidad de compartir con su mujer los problemas de la gestación y del parto'. Además, es frecuente ver a un marido recorrer las salas del hospital, compartiendo las alegrías o tristezas de su mujer mientras ella se halla en trance de dar a luz, aún cuando el hijo no sea suyo".⁵⁶

C) Fecundación extracorporal o *in vitro*.

"La fecundación *in vitro* (FVI) consiste básicamente en reproducir, con técnicas de laboratorio, el proceso de fecundación del óvulo que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio, cuando obstáculos insuperables impiden que este fenómeno se realice *intra corpore*."⁵⁷

"La principal indicación para la FIV es el fracaso en la terapia convencional para engendrar un hijo por parte de una pareja infértil. La indicación original para el uso de estas técnicas fue el daño o destrucción tubárica irreversible, como consecuencia de una enfermedad tubárica inflamatoria o la extracción quirúrgica de las trompas de Falopio debido a una enfermedad tubárica o un embarazo ecléptico. Otros factores pélvicos en la mujer son indicados para el uso de la FIV incluyendo la endometriosis pélvica y enfermedades pélvicas contagiosas. En general, los factores pélvicos femeninos son el segundo diagnóstico más común

⁵⁵ SOTO LAMADRID, Miguel Angel, Op. Cit. pag. 25

⁵⁶ SOTO LAMADRID, Miguel Angel, Op. Cit. pag. 26.

⁵⁷ *Ibidem*. Pag. 33.

en los pacientes sometidos a la FIV. Las anomalías de el útero o del aparato reproductivo si se deben a un factor congénito o a la exposición a algún medicamento (dietilietilbestrol), son también indicaciones aceptadas para la FIV. Para los desordenes de poca ovulación también son causa de aceptación ya que la FVI ha demostrado ser una útil innovación.

Otra indicación para el uso de la FIV proviene de un factor masculino. La pareja de un hombre cuyo espermatozoide no puede originar descendencia a través de la fertilización en vivo puede ser sujeto de una FIV.⁵⁸

Las condiciones inmunológicas en cualquiera de los miembros de una pareja que no responde a la terapia convencional son otras indicaciones para al FIV. Solamente después de una amplia y minuciosa investigación que debilite una etiología en cualquiera de los miembros de la pareja, ésta debe ser aceptada para el uso de estas técnicas. En este caso la FIV puede probar el diagnóstico así como la deficiencia resultante en la terapia.⁵⁹

La fecundación extracorporeal o in vitro (FVI) suele practicarse en los casos de obstrucción de las trompas -obstrucción tubérica- que impide el encuentro de óvulo y espermatozoides mediante el coito, en cuyo caso se procede, previa una superovulación provocada en la mujer, a la extracción de los óvulos para su fecundación utilizando semen del marido o de un tercero.

En estos casos la fecundación del óvulo se obtiene en el laboratorio en razón de existir la imposibilidad de que el semen lo fertilice naturalmente en el interior del tercio externo de las trompas de Falopio.

Desde el punto de vista terapéutico, si el problema consiste en la obstrucción irreparable de las trompas de Falopio, pero su ovulación y su capacidad de gestar no están comprometidas, la solución clínica sería la fecundación homóloga

⁵⁸ Fertility and Sterility. Supplement. 1, vol 62, núm. 5, Noviembre 1994. By American Fertility Society Birmingham Alabama pag. 35.

⁵⁹ Ibid. pags. 35 y 36.

o heteróloga in vitro de uno o varios de sus óvulos, y la transferencia posterior de los mismos al útero de la mujer (FVITE).

Si el defecto consiste en disfunciones graves de la ovulación, no susceptibles de corrección alguna, entonces la recomendación médica sería la de obtener la donación de un óvulo ajeno o de un embrión residual de otra pareja que se haya sometido a la FVITE, en caso de que el marido sea también estéril, siempre que no haya contraindicaciones para el embarazo y el parto.

A su vez el embrión propio de una pareja puede ser implantado en el útero de otra mujer debido a la imposibilidad o dificultades que sufre la madre biológica para llevar a buen término el embarazo, lo que podrá hacerse obviamente mediante una FVI. Esto origina una inevitable distinción entre madre biológica y madre portadora (o subrogante).

Dentro de las técnicas de reproducción Asistida que se realizan in vitro se encuentra como acabamos de señalar, la donación de ovocitos, ya que es el único método para conseguir un embarazo en el caso de mujeres sin gónadas con fallo ovárico primario o adquirido. Además en los casos de respuesta pobre a la hiperestimulación ovárica controlada y repetidos intentos fallidos de fertilización in vitro.

Cuando la cuestión radique exclusivamente en la infertilidad, es decir, en la incapacidad de la mujer para retener el cigoto y sobrellevar la gestación, entonces podría recurrirse al arrendamiento de útero a fin de sustituir esa función, aportando la pareja infértil el material genético.

En los casos extremos, cuando la esterilidad de la mujer sea absoluta, la maternidad subrogada con aportación de óvulo y vientre por parte de otra mujer, usando espermatozoides del marido de la mujer estéril para inseminar e la subrogatoria podría ser la solución, independientemente de que sea aceptado socialmente, por cuestiones morales o religiosas.

Los embriones humanos pueden ser congelados con resultados satisfactorios mediante procedimientos en los que se utilizan 1,2 propanodiol (PROH), dimetilsulfóxido (DMSO) o glicerol como agentes crioprotectores. Cada uno de éstos crioprotectores alcanza su nivel máximo de eficacia cuando se usa un determinado estadio del desarrollo del embrión, concretamente en el estadio de pronúcleos o de división temprana.

La transferencia intratubárica de gametos ha sido aplicada en la mayoría de las categorías de infertilidad previamente tratada por FIV excepto la infertilidad tubárica. En la infertilidad sin causa aparente o endometriosis, el óvulo es tomado por la fimbria o el sitio de la transferencia de gametos puede ser deficiente. En este caso la Transferencia Intratubárica de Gametos (GIFT) puede superar anomalías. En casos de oligospermia severa el contacto con una fracción concentrada de espermatozoides con motilidad.

*Recientemente se comenzó a emplear un nuevo método: la transferencia intratubárica de gametos. (TIG o GIFT, por sus siglas en inglés) técnica que fue ideada por el médico argentino Ricardo Ash, y que consiste en captar los óvulos de la mujer a través de la laparoscopia y, al mismo tiempo, el espermatozoides del marido. En la misma operación se coloca a ambos gametos en una cánula especial, debidamente preparados, y se les introduce en cada una de las trompas de Falopio, lugar donde se produce naturalmente la fertilización.

Si todo transcurre normalmente, los espermatozoides penetran en uno de los óvulos formándose el embrión. Este descenderá dentro de las trompas hacia el útero, de forma tal que la concepción se producirá íntegramente en el cuerpo de la mujer.

El éxito de esta técnica alcanza entre el 35 y el 40% de los casos, y está indicada para tratar la esterilidad por factores masculinos, como problemas en la cantidad o movilidad de los espermatozoides y trastornos que impiden su ascenso por el canal femenino así como para solucionar las esterilidades sin causa aparente y la

endometriosis. El único requisito imprescindible para que esta técnica obtenga buenos resultados, es que la mujer presente trompas sanas.⁶⁰

Ya en este tipo de prácticas como podemos observar, existe una disociación del elemento genético, y no podemos seguir atribuyendo la maternidad a la mujer que da a luz, como lo señala nuestra legislación. Es necesario modificar la ley en este aspecto.

⁶⁰ SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Op. Cit. pag. 30
57

CAPÍTULO TERCERO

REPERCUSIONES DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN LA SOCIEDAD Y EN EL ÁMBITO JURÍDICO.

I.- ASPECTO MORAL DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Las actitudes morales que se originan cuando hablamos de las técnicas a que nos hemos referido y del desarrollo de la ciencia, se vuelven cada vez más del dominio público y han provocado muchos debates y controversias. Algunos aspectos provocan emociones profundas, y desde la antigüedad, han ejercido una influencia dominante sobre el pensamiento y la actitud tradicional y religiosa.

Estas prácticas se han considerado como inmorales, no sólo en nuestro país, sino alrededor del mundo, principalmente en la religión católica⁶¹, pero existen también argumentos a favor, como se señalará más adelante.

Así por ejemplo, cuando en Argentina trascendieron periódicamente los primeros casos de fecundación in vitro, Jorge Lambías escribió: "No obsta la verificación científica de que algo sea prácticamente realizable para que sea moralmente lícito recurrir a procedimientos aptos para obtener la fecundación de un huevo humano pero refidos con el modo natural de realización del acto generacional. El fin bueno no justifica el uso de medios malos. Es comprensible la intención generosa de quienes intentan remediar la imposibilidad de procrear de una pareja, provocada por la impotencia de alguno de sus integrantes o por la esterilidad del varón, o por la conformación de los órganos de la mujer que

⁶¹ Los Sumos Pontífices Pío XII y Juan Pablo II, expresaron en la Carta de los Derechos de la Familia: "El respeto por la dignidad del ser humano excluye toda manipulación experimental o explotación del embrión humano. Todas las intervenciones sobre el patrimonio genético de la persona humana que no estén orientadas a corregir las anomalías, constituyen una violación del derecho a la integridad física y están en contraste con el bien de la familia".

"Como principio general está la reprobación del onanismo (que se ha formado como masturbación) lo que aparece desde el antiguo testamento, que será necesario para el caso de la inseminación o concepción artificial. En los decretos del 24 de septiembre de 1665 y 18 de marzo de 1666, se condenaban como pecados la masturbación, la sodomía y la bestialidad.

impiden su fecundación. Pero no basta la generosidad de esa intención para justificar arbitrios que lesionan la moral social y degradan la honestidad del acto sexual, ya por la injerencia extraña a su realización que repugna a su natural privacidad, ya por la masturbación inicial que supone el trámite de la fecundación in vitro, sin apuntar la secuela ruinoso para la unión de los esposos que pueda traer para ellos la inseminación heteróloga a que se hubiese recurrido".⁶²

"En el III Congreso Nacional de Derecho Civil realizado en Córdoba, Argentina, al proponer Díaz de Guijarro 'un régimen que fije las consecuencias legales de la inseminación artificial', Borda respondió indignado: "nos negamos a legitimar un procedimiento que rebaja y prostituye el misterio de la concepción, divorciándolo del acto de amor y convirtiéndolo en un experimento de laboratorio".⁶³

Sin embargo, como ya señalábamos, existen autores que opinan lo contrario, Zannoni por ejemplo, niega que la masturbación del marido para obtener el indispensable semen sea inmoral, y sostiene: "recordemos, sin embargo, que no es la masturbación el único medio para lograr la eyaculación del esperma; existen otros, como masajes y medios eléctricos, que logran excluir, para los demasiado escrupulosos, la simple masturbación".⁶⁴

Gafo señala por su parte que: "desde el punto de vista moral, no debe calificarse de masturbación el acto para obtener el semen que se utiliza en la inseminación artificial. No se trata de un comportamiento sexual individualista, que busca una personal satisfacción erótica o la superación de tensiones sexuales, sino un comportamiento encaminado hacia la procreación".⁶⁵

La propia Iglesia Católica, más tarde cambió su opinión respecto de estos actos, según se observa en el decreto del Santo Oficio, del 4 de marzo de 1679, que dice: "La masturbación no está prohibida por derecho de la naturaleza. De ahí

⁶² MENDEZ COSTA, María Josefa, La Filiación. Editorial Rubinzal Culzoni SCC. Santa Fe: Argentina, 1986, pág. 214.

⁶³ SOTO LAMADRIL, Miguel Angel. Op Cit. pág. 86.

⁶⁴ Ibid. págs. 87 y 88.

⁶⁵ Ibid. pág. 72.

que si Dios no la hubiese prohibido, muchas veces sería buena y algunas veces obligatoria bajo pecado mortal'.⁶⁶

Aún la fecundación artificial con gametos de los cónyuges se ha considerado inmoral.

Lo mismo sucede con la fecundación dentro del matrimonio, hecha con el elemento activo de un tercero, ya que se señala "que sólo los esposos tienen derecho recíproco sobre sus cuerpos para engendrar una nueva vida, derecho exclusivo, intransferible e inajenable entre el esposo legítimo y el niño, fruto del elemento activo de un tercero (aún con el consentimiento del esposo), no existe lazo alguno de origen, ningún lazo moral y jurídico de procreación conyugal".⁶⁷

En relación a la fecundación in vitro, las opiniones empiezan a dividirse, para algunos, "los experimentos en este campo prometen aportar nuevos conocimientos sobre el proceso del nacimiento de la vida que podría facilitar la fecundación in vitro. Podría facilitar la prevención de muchos azares que corre la vida fetal en sus inicios y una mejora general de las condiciones en que se desarrolle la vida durante sus primeras etapas".⁶⁸

Ha surgido también la cuestión de la ilicitud sobre el posible alquiler del útero de una mujer. Esta es una cuestión nueva de la que no hay precedentes ni en la legislación civil ni en la canónica. Como se trata de casos nuevos, moralmente debe recurrirse a analogías que pueden dar una solución, y se ha señalado el ejemplo de las nodrizas.

"Nunca nadie puso objeción contra el hecho de que la mujer alquilara por dinero sus pechos para emamantar a una criatura. Es una práctica universal que debemos tomar como indicio".⁶⁹

⁶⁶ Ibidem, pág. 26.

⁶⁷ Ibidem, pág. 27.

⁶⁸ Ibidem, pág. 29.

⁶⁹ Ibidem, pág. 31.

En 1959, se celebró en Lübeck el LXII Congreso de Médicos alemanes, y se decidió que la inseminación artificial homóloga no atenta contra la ética profesional, ni es conveniente formular una prohibición general en su contra, porque no constituye en realidad una lesión de la dignidad humana. "... La inseminación artificial que se realiza entre los cónyuges, para salvar los obstáculos orgánicos o funcionales que se oponen a la prolongación del vínculo conyugal hacia el área paterna, es, moralmente, un ámbito límite en el que no cabe ya la discusión, sino sólo la discreción".⁷⁰

Por mi parte, considero que en el caso de la inseminación artificial, va a nacer un hijo verdaderamente deseado, y no un mero producto de la casualidad o, incluso, contrario a la voluntad inicial de sus padres, como ocurre en muchos casos en que la procreación se realiza por copulación. Este último aspecto debe tenerse también en cuenta al hacer una valoración global las técnicas de reproducción humana asistida, como un gran argumento a favor, ya que el hecho de engendrar a una criatura o el hecho de darle a luz, no significa ser padre, se requiere una serie de actitudes para considerarse como tal.

Cabe señalar que aún cuando éstas técnicas de procreación están consideradas como inmorales, no todo lo que se considera ilícito o inmoral deja por ese hecho de realizarse y practicarse. Es un hecho que se están realizando operaciones de esta naturaleza y que cada vez son más los hijos que ingresan en un matrimonio por este procedimiento. Por tanto el Derecho tiene que dar respuesta a estas situaciones, independientemente de que pudieran considerarse ilícitas por la norma jurídica.

⁷⁰ Ibid. pág. 89.

II.- CONDICIONES DE LEGALIDAD PARA REALIZAR LA FERTILIZACIÓN HUMANA ASISTIDA.

La mayoría de los países latinoamericanos carecen de una legislación específica sobre el tema, además de que persiste en ellos el nexo biológico como fuente indiscutible de la filiación, aunque otorgan excepcionalmente efectos a la voluntad, permitiendo el vínculo adoptivo.

Las disposiciones de nuestra legislación, en materia de reproducción humana asistida son realmente nulas, por lo que considero conveniente señalar en cuáles leyes es conveniente reglamentarse.

Por lo que se refiere al Código Civil, es necesaria, una modificación respecto a la filiación, en virtud de la íntima relación que existe entre los términos de paternidad y maternidad y el de filiación, y la modificación que éstos han sufrido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, al haberse modificado en sus cimientos los principios *pater is quem nuptias demostrant* y *mater semper certa est*.

En cuanto a su reglamentación en el Código Penal, también es necesario, ya que en esta ley aún no se regula algún delito de este tipo, solamente la violación de la honestidad corporal de las personas, la que en este caso se daría por falta de consentimiento en la aplicación de éstas técnicas. En este aspecto, "debe determinarse la responsabilidad de los sujetos, que pueden ser el varón o la mujer, el médico que realiza la operación y el tercer interesado en la fecundación de la mujer, o sólo los dos últimos".⁷¹

También debe regularse lo relativo a la utilización de embriones o de gametos sobrantes, tema muy discutido, pero que no será objeto de estudio en este trabajo, por la extensión del mismo, y porque el tema fundamental es el de la filiación.

⁷¹ Ibid. pag. 17.

Asimismo la responsabilidad de los donantes en caso de ocultar información en cuanto a enfermedades hereditarias, o de enfermedades que pudieran ocasionar un peligro grave al niño producto de la inseminación, o el caso en que el médico o el personal indicado no realicen los actos necesarios para la elección del donante

El Código Penal en el art. 277 señala que cometen un delito los que "Con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes:

1.- Atribuir un recién nacido a una mujer que no sea realmente su madre,..."

En el caso de la maternidad subrogada, en donde existe disociación de madre genética y madre gestante, se podría incurrir en un delito, de acuerdo a la fracción primera del artículo señalado, si tomamos como punto de partida lo que se señala en nuestra legislación civil, esto es, que la maternidad se determina por el parto, lo que no sería correcto, ya que también esta ley se creó cuando aún no se realizaban estas técnicas de reproducción; entendiéndose que no podría haber disociación en cuanto a la mujer que aporta el material genético, es decir, el óvulo y la que gesta y da a luz el niño. Por lo tanto, es necesario adicionar esta fracción, excluyendo los casos de maternidad subrogada o de donación de óvulos.

Por último, parece evidente que la Ley General de Salud debe tener una reglamentación especial para la operación de inseminación o concepción artificial, la forma y manera de hacerse y los aspectos jurídicos que deben satisfacerse para seguridad de los consortes y del producto mismo, ya que en forma muy escueta esta Ley señala en la última parte del art. 466, que "la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge", y si bien no especifica el tipo de inseminación, ni admite expresamente que la autorización del marido constituya una nueva fuente de la paternidad, sugiere, al menos, que el legislador ha tomado conciencia del tema (si no es que lo ha copiado de otras legislaciones), pero es demasiado escueto, sin embargo es un buen punto de partida para que pueda regularse en otras leyes, en virtud de permitirse su aplicación, tal y como lo indica este precepto.

II.- PRINCIPIOS INSPIRADORES EN EL PROCESO DE INSEMINACIÓN Y FEGUNDACIÓN HUMANA ASISTIDA.

Como principio fundamental para el uso de estas técnicas, debe tenerse presente la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, y el libre desarrollo de la personalidad.

En la misma forma como el Estado no puede prohibir a las parejas tener o no tener hijos, no les puede prohibir, tampoco el recurso de la inseminación artificial, y cualquier prohibición sería absolutamente inútil.

Ya comentábamos anteriormente que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 4o. señala que: "...El hombre y la mujer son iguales ante la ley.

Ésta protegerá la organización y desarrollo de la familia.

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

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud..."⁷²

En virtud de lo anterior, al no prohibirse el uso de éstas técnicas, podemos considerarlo una garantía individual, derivada del derecho a procrear, y no existe por tanto, ninguna razón para impedir que sea usada tanto por parejas en matrimonio, por las mujeres solas, y menos aún que tengan acceso a ellas las parejas (independientemente de su estado civil) que padezcan alguna enfermedad hereditaria o que sean estériles, en virtud del derecho a la salud⁷³ que también otorga nuestra Constitución.

Mientras exista un derecho constitucional a la intimidad jurídicamente determinado, tocante a fundamentales actividades humanas, el acceso a medios de reproducción artificial parece estar constitucionalmente asegurado como una interpretación lógica de la libre autonomía de la persona.

⁷² El 27 de diciembre de 1982 se adicionó el artículo 4o. de nuestra Carta Magna, durante el gobierno del Lic. Miguel de la Madrid Hurtado.

⁷³ Las expresiones "derecho a la salud o derecho a la protección de la salud", son utilizados indistintamente en los estudios y textos legales relativos a este derecho.

La Organización Mundial de la Salud, considera que "la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades".⁷⁴

En este sentido Nino considera que, "siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos por supuesto) no deben interferir con esa elección, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida, y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente, impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución."⁷⁵

De esto se deriva otro principio fundamental para el uso de estas técnicas, que es el consentimiento, el cual debe ser libre, consciente y formal.

Por lo que se refiere a la inseminación artificial heteróloga y a la fecundación in vitro con donación de gametos, la permisibilidad en cuanto a la investigación de la paternidad y/o maternidad, no puede ser la misma, prevaleciendo como principio rector que impulse la reglamentación de la fecundación asistida, la prohibición de que se determine legalmente la filiación en su contra, en aras del interés del propio hijo, es decir, de la estabilidad de la relación familiar en la que vive. Se razona, desde la óptica de la disociación de la figura de la paternidad, en la que se destaca que lo esencial no es el componente biológico, sino el afectivo, el educacional, por lo que no es sensato, que se intente constatar aquél vínculo iure sanguinis, cuando el donante, en ningún momento, ha pretendido desencadenar un vínculo filial para con el hijo. No puede tampoco decirse que quede subsumido en la obligación de velar por los hijos y prestarles alimentos, entre otras funciones dimanantes, por el simple hecho de ser progenitor genéticamente.

Evidentemente, ésta no es la misma situación del progenitor biológico, que voluntariamente ha eludido las responsabilidades paternas, y que, por tanto, asiste el derecho a la madre o al hijo de reclamar a aquél sus obligaciones como

⁷⁴ SOBERÓN ACEVEDO, Guillermo y col. Derecho Constitucional a la protección de la salud. Editorial Miguel Angel Porrúa. México. 1983. pags. 15 y 16

⁷⁵ NINO, Carlos S. Ética y Derechos Humanos. Editorial Paidós. Buenos Aires Argentina. 1984 pag. 134.

padre; no puede pensarse tampoco, que tengamos que conceptualizar la relación entre la mujer receptora (si está casada), y el donante de espermatozoides como algo ilícito.

Gafo señala que "en la categoría de derecho humano, no entra adecuadamente la simple procreación (derecho a procrear), lo que sí cabe dentro de la categoría de derecho humano, es el ejercicio responsabilizado de la función procreativa (derecho a fundar una familia)" ⁷⁶

IV.- PROBLEMÁTICA DEL CONSENTIMIENTO EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

En virtud de ser la voluntad al centro de toda esta problemática, consideramos que debe ser ésta reconocida en el moderno derecho de familia como una entidad jurídica autónoma, capaz de constituir el vínculo paterno-filial, aún en ausencia del elemento genético, tal y como ocurre en la adopción, porque las nuevas técnicas de reproducción asistida sólo tienen a la voluntad como punto de referencia, es decir, de la voluntad de una persona depende que se realicen todos los procedimientos encaminados a obtener el nacimiento de un ser, persona que debería ser considerado padre formal.

La filiación, como es sabido, es una relación fundamentalmente jurídica, y los términos paternidad, filiación, padre o hijo, expresan sobre todo categorías jurídicas estructuradas sobre roles culturales. Aún cuando el Derecho selecciona, para establecer la filiación, unos criterios de los cuales los básicos son los biológicos, éstos no siempre actúan necesariamente.

De este modo podemos señalar que la filiación no es necesariamente una situación derivada de un hecho biológico, padre y progenitor no son sinónimos, como ya argumentábamos en capítulos anteriores. El concepto de Padre posee una carga de sentido socio-cultural y jurídico de la que carece el término progenitor.

⁷⁶ ILLUDÓ YAGÜE, Francisco. Fecundación Artificial y Derecho. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1988. pag. 20.

Diez Picazo, considera que "la regla B es padre/madre de A, en realidad significa que B tiene que cumplir respecto de A el conjunto de deberes con el correlativo conjunto de derechos, o el conjunto de funciones o el conjunto de papeles que la sociedad y el ordenamiento jurídico esperan y definen con esa denominación."⁷⁷

El consentimiento para la inseminación debería ser un acto jurídicamente vinculante entre los cónyuges. Importa el compromiso de asumir la paternidad y la maternidad, aún cuando los componentes, sean, respecto de uno de ellos extraños.

1.- CONSENTIMIENTO EN LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA DENTRO DEL MATRIMONIO.

Creo que en cuanto a la Inseminación homóloga tanto dentro, como fuera del matrimonio no existen conflictos, en virtud de no haber discrepancia entre la figura de padre progenitor y la del padre formal. La problemática surge cuando existe tal discrepancia, y que es el tema que abordaremos a continuación.

Refiriéndose Stoyanovith a la intervención y consentimiento del marido de la madre en la inseminación Artificial con Donante, dice que "es él quien ha decidido que ese hijo debía nacer",... "si hubiera dicho que no a la petición de la madre, el hijo no hubiera nacido. Es pues, el que ha engendrado la idea del futuro hijo".⁷⁸

Quizá podría considerarse una ofensa para el cónyuge que no consiente la inseminación artificial con elemento genético de un tercero anónimo, pero cuando media el consentimiento del marido, es indudable que no hay ofensa, infidelidad ni injuria. Desde luego se descarta el adulterio, pues no se presenta ayuntamiento carnal de la mujer con persona distinta de su marido.

⁷⁷ MONTES PENADÉS, V.L. Conf. El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana. Segundo Congreso de Filología. Congreso Mundial Vasco.

⁷⁸ Ibid.

En caso de no haber consentimiento del marido, se cometería una injuria grave que autorizaría el divorcio o también produciría efectos en relación a la descendencia, ya que se considera que dentro del matrimonio debe existir fidelidad y el hecho de la procreación suponía la cópula de dos personas de distinto sexo.

En este caso de inseminación, también se comprende el elemento femenino extraño, y la ausencia del consentimiento femenino, produciría de la misma manera un ilícito, al obligar a la mujer a ser fecundada contra su voluntad y pasar todos los trabajos y molestias del embarazo, lo que debería constituir un delito, no sucediendo lo mismo, reitero, con la fecundación por copulación, porque en materia de fecundación natural la atribución de la paternidad está en función no sólo de la derivación genética, sino también de la voluntariedad del acto necesario para que pueda tener lugar la transmisión genética.

Expuesto lo anterior, al existir el consentimiento, "la paternidad del marido de la madre se apoya en su voluntad de asumir el rol paterno, exteriorizado a través de su conformidad para el empleo del procedimiento fecundante, y ésta intención debe ser reconocida por el ordenamiento jurídico como origen del lazo paterno-filial. Pese a que se ha acudido a la sustancia de un tercero, se observa una voluntad conjunta: la de ambos cónyuges, destinada a suplir la imposibilidad biológica del marido y dar origen a una nueva vida, de donde se desprende lo que Díaz de Guijarro ha llamado la 'responsabilidad procreacional', o sea, 'la asunción consciente de la paternidad'. Esta responsabilidad nace del haber querido que la mujer conciba; por lo que el consentimiento del esposo tendría la categoría de 'acto jurídico familiar' ⁷⁹

Claro está, que para que la voluntad del marido en este tipo de concepción, signifique la determinación de una relación jurídica de filiación, al orden legal debe darle el interés suficiente para lograrlo, regulándolo. El niño entonces, tendrá derecho a que se reconozca su vínculo con el esposo de la madre y a

⁷⁹ SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Op. Cit. pag. 78.
68

conservar dicha relación filial. Podría considerárselo como un efecto del matrimonio y una nueva fuente de paternidad y legitimidad.

Ya se ha legislado al respecto en otros países⁶⁰, tal es el caso del Informe Warnock, del Reino Unido, que sugiere, entre otras reformas legales, en su recomendación 53, que la ley debe ser modificada en el sentido de permitir que el marido sea registrado como padre, pero es el art. 9o. del Proyecto Preliminar de Recomendaciones del Consejo de Europa, sobre los problemas derivados de las técnicas de procreación artificial, el que propone un modelo completo y coherente para resolver, no sólo el problema de la filiación, por lo que toca al marido, sino también en relación al padre genético, es decir, al donante, y se señala lo siguiente: "Si la mujer estuviese casada, el cónyuge será considerado como el padre legítimo, y si hubiese dado su consentimiento, ni él, ni ningún otro podrán disputarle la paternidad del niño por el sólo hecho de la procreación artificial", dice esta disposición, agregando que: "ninguna relación de filiación podrá establecerse entre los donantes de gametos y el niño concebido como resultado de la procreación artificial. Ningún procedimiento por manutención podrá ser dirigido contra un donante o de éste contra el niño."⁶¹

⁶⁰ Diversos países han elaborado proyectos de ley, que intentan regular los supuestos de filiaciones señaladas y sus consecuencias. En relación a la denominada inseminación artificial existen ya diversos códigos que se ocupan de regular el problema de la acción de impugnación de la filiación por el marido de la madre. Además de la Ley Sueca de 1966, el artículo 1839 del Código Civil portugués y el artículo 256.2 del Código suizo, impiden al marido de la madre que ha consentido una inseminación artificial la acción de impugnación de la paternidad matrimonial; el Código Civil suizo es aún más explícito que el portugués y se refiere especialmente al hecho de que la inseminación de la esposa haya sucedido por el hecho de un tercero. Veintinueve Estados en Estados Unidos han regulado de alguna forma los problemas relativos a la inseminación artificial desde que en 1964, Georgia aprobó la primera ley; algunos de ellos han adoptado la sección 5a. de la Uniform Parentage Act, que propone un modelo de regulación desarrollada por la National Conference of Commissioners on Uniform State Law en 1973. La norma general en todos ellos es que el marido de la madre inseminada, aunque sea a través de un donante es el padre legal del niño.

En Suecia se ha dictado una Ley de inseminación artificial que fue redactada el 20 de diciembre de 1964 y entró en vigor el 1 de marzo de 1966.

En Italia se han presentado varias proposiciones de iniciativa partidaria o ministerial.

En Francia se presentó también el 18 de mayo de 1964 una Proposición de Ley relativa al Estatuto del concebido y a las experimentaciones e investigaciones que conciernen a la creación de vida humana, tras la creación por decreto de 23 de febrero de 1963 de un Comité Nacional de Ética.

⁶¹ SOTO I. MADRID, Miguel Angel. Op. Cit. pag. 131.

2.- CONSENTIMIENTO EN LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA FUERA DEL MATRIMONIO.

La protección que se otorga constitucionalmente a la familia, no está refida con una idea de familia de hecho o de familia entendida como círculo de personas que conviven, sin perjuicio de que esa convivencia no se haya fundado en matrimonio válido y eficaz.

Este caso es similar al supuesto de la fecundación homóloga en pareja no casada, que el consentimiento equivale a un reconocimiento, y el mismo sería por sí mismo, un título suficiente para que se determinara legalmente la filiación. Pues bien, por la misma argumentación, cabría llegar a las mismas conclusiones para el supuesto del consentimiento del conviviente en una relación estable de pareja (aunque no necesariamente en matrimonio) para que la mujer resulte inseminada heterológamente.

En tal sentido, al hijo le correspondería la determinación legal de la filiación extramatrimonial. Del mismo modo que a la pareja casada, se negaría la acción de impugnación a ambos miembros de la pareja donataria de la inseminación, en razón de que dicha actuación supone un claro y abusivo ejercicio de un derecho contrario a los imperativos de la ética y del orden social.

La posesión de estado en las técnicas de reproducción asistida posibilitaría que, en base a la firmeza y estabilidad que confiere a las relaciones familiares, se reforzara el rol de quien figura formalmente como padre; consecuentemente, no se trataría de beneficiar al progenitor biológico, que sería el donante de gametos, sino que la aplicación de la posesión de estado tanto en la inseminación como en la fecundación in vitro, protegería la relación de estado familiar creada, y negaría cualquier injerencia de un tercero que se atribuyera una infundada relación paterno o materno filial con el hijo, por lo que aquélla ampararía a quienes social y formalmente se comporten como tales, es decir, como padre o como madre, existiendo el trato de hijo, aunque se prescindiera de la verdad genética o consanguínea. "La finalidad de dicha institución es amparar a quien social y afectivamente se comporta y asume su rol de padre, otorgando toda su

protección a dicha relación de estado familiar permanente y continuada en el tiempo, acreditando una decidida voluntad paterna-materna." ⁸²

El consentimiento del varón para la fecundación, prestado ante el Centro o establecimiento autorizado, tendría el valor de reconocimiento en cualquier hipótesis.

"El elemento tractus (comportamiento como padre o madre) es decisivo a la hora de enjuiciar relaciones paterno filiales y sus posibles consecuencias en torno a los hipotéticos conflictos tanto de paternidad, otorgando preferencia a la paternidad asumida que a la abstracta y ambigua paternidad genética en la inseminación humana, como asimismo a los conflictos de maternidad: maternidad gestante versus maternidad genética en la fecundación in vitro, de tal manera que puede resultar relevante a la hora de determinar la filiación." ⁸³

Sería útil frente a la filiación por naturaleza, un especie de filiación civil, formal, no biológica o genética, para los supuestos de fecundación asistida con la aportación de gametos o colaboración en la gestación de tercera persona. al modo de la filiación adoptiva, también meramente civil sin perjuicio de que funcionalmente constituyan paternidad y maternidad jurídica (con todos los efectos y responsabilidades correspondientes) las de quienes son considerados como tales, sin ser progenitores.

Desde luego, dicho consentimiento podría ser revocado antes de proceder a la inseminación o fecundación.

V.- CONSECUENCIAS DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA FILIACIÓN.

El sistema tradicional del Derecho de Familia, se rompe en la actualidad con las distintas posibilidades de influir en la concepción y en los nacimientos, por medio del control de la natalidad y la procreación por medios artificiales. Esto implica que los problemas tradicionales deben ser examinados desde puntos de vista distintos.

⁸² LLEDO YAGÜE, Francisco. Op. Cit. Pág. 49.

⁸³ Ibid. pag. 42.

Debe advertirse que una gran parte de la doctrina que se ha ocupado de estos temas, no ve más allá de la filiación tal y como hoy está concebida en nuestra legislación, e intenta adaptar estos esquemas tradicionales a un nuevo modo de concepción de los seres humanos al que se ha llegado por medio de los avances de la ciencia.

Debemos entender que el derecho no es producto inmóvil, estático y perenne, sino que debe adaptarse a las demandas sociales, debe ofrecer la respuesta más idónea para solucionar lo que sucede o sucederá, igual con la regulación o sin ella, como lo habíamos comentado.

Es necesario que los juristas tengan en cuenta la sociedad real y no se cierren ante una sociedad ideal, formada por normas jurídicas estables, normas que fueron creadas para regular otras formas de vida, debido a la época de su creación.

Los juristas deben poner en práctica la interpretación de las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, y esto revela en última instancia las verdaderas insuficiencias del sistema, que aún cuando parezca haber preceptos que puedan ser aplicados a éstas técnicas, se trata en definitiva de mejorar el ordenamiento vigente (haciéndolo idóneo en la medida de lo posible para nuevos supuestos) y contribuyendo a la preparación de una modificación de sus normas ajustada a las necesidades reales.

El avance científico, produce el cambio de las tradicionales estructuras del derecho, y este planteamiento no debe hacernos cerrar los ojos, porque hay quien puede excusarse en que el problema afecta en realidad a un bajo número de personas; incluso, puede llegarse a despreciar esta cuestión como objeto de estudio, alegando que cómo es posible gastar tanto dinero en intentar ofrecer hijos a parejas estériles cuando existen otros problemas más graves a los que no se ofrece solución. Ciertamente cualquier técnica de reproducción afecta a un número limitado de personas en cada país, debido a que éstas prácticas son

relativamente recientes, pero no por ello debemos dejarlas a un lado y regularlas hasta que exista un gran número de problemas.

En la actualidad, aunque paradójicamente, "la filiación no sólo se da por la relación biológica, sino también por disposición legal, como en el caso de la adopción, donde hay la relación paterno filial sin procreación biológica. Podría también aceptarse que hubiera una 'procreación legal' o 'institucional', cuando la ley reconozca haber 'procreación' del marido, cuando en el matrimonio, previo consentimiento libre del hombre, se insemine a la mujer con semen de un tercero."⁸⁴

Por tanto, deberá agregarse un artículo en la parte relativa a la patria potestad que prevenga que el donador no tendrá la patria potestad del nacido con su semen en caso de reproducción asistida, o más bien, establecerse que el donante de gametos en una reproducción asistida, no tendrá filiación con el producto de la misma.

Diez Picazo señala que: " en el concepto de filiación en sentido jurídico, desde hace unos diez años, se está imponiendo un sentimiento cultural que desplaza el sentido biológico.

Dicha reflexión aplicada a la fundamentación de las nuevas técnicas reproductoras implica que hay que diferenciar el rol de padre del rol de progenitor. Es decir, aquél que ex voluntate, asume dicha función social aunque sanguíneamente el patrimonio genético del hijo no lleve su impronta, de aquél otro que simplemente aporta el material genético sin pretender ninguna relación jurídico filial con el ser que nazca fruto de la donación de gametos (esperma u óvulos)."⁸⁵

En relación tanto con la madre como con el padre, las atribuciones o roles de padre y madre pueden ser distintos a los de la concepción que tradicionalmente venía ostentándose.

⁸⁴ SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Op. Cit. pag. 49.

⁸⁵ *Ibid.* pags. 23 y 24.

Es decir, con relación a la madre puede plantearse un conflicto de maternidades, al disociarse el elemento genético del biológico y poder hablarse de maternidad genética (quien aporta el óvulo) y maternidad biológica (quien soporta la gestación).

Evidentemente, la mujer puede haber alumbrado al hijo en cuestión y no ser, sin embargo, su madre genética (al habérsele implantado un óvulo ajeno); no obstante, biológicamente no cabe duda de que será su madre. Incluso cabe, ejemplificativamente hablando, que el hijo no quede integrado en el círculo familiar de la mujer que lo ha gestado, sino que lo ceda a otra (alquiler de úteros y/o contrato por incubación en útero ajeno).

Como consecuencia, debemos aceptar la paternidad formal en base a la importancia de la relación socio-afectiva, reforzada dicha situación familiar por la posesión de estado constante de padre, de modo que, siguiendo esta reflexión, la realidad genética debe ceder ante la verdad manifestada por la atribución del rol de padre o madre, voluntariamente asumido.

El derecho tiene que ceder ante la efectiva protección y amparo de quienes socialmente han asumido, constante y voluntariamente el rol de padres, aunque genéticamente no lo fueran, siendo éstos quienes de forma efectiva potenciarán y consolidarán la formación y desarrollo integral de la persona que queda insertada en la relación familiar, que no necesariamente tendría que desencadenarse en función de la consanguinidad, sino de la asunción voluntaria de la paternidad y/o maternidad, ya que como acertadamente expresaba Zarraluqui, "la vida de los hombres emana de tres fuentes, que confluyen para integrar su devenir: el medio ambiente en que se desarrolla su existencia, su libre voluntad electiva y la herencia genética que recibe de sus progenitores".

"Hemos de jugar, como dice LaCruz, con los factores anímicos y sentimientos que impulsaron al legislador a hacer verdad el adagio romano de que la adopción imita a la naturaleza." ⁶⁶

⁶⁶ LLEDO YAGÜE, Francisco. Op. Cit. Pág. 121.

Dice Trabucchi que, para la definición del concepto de paternidad, se exige, más allá de la presencia del factor físico, una correspondencia de orden social, que se define como elemento de autorresponsabilidad."⁶⁷

En las fecundaciones asistidas con aportación de gameto de tercera persona, el elemento más relevante- en cuanto causa última u eficiente- del nacimiento, y en la determinación de la paternidad/maternidad del nacido, es la decisión o acto de voluntad de que ese ser nazca, manifestado a través del consentimiento para la IAD o FVI; en cuanto a la paternidad en concreto, el prestado por el marido o compañero de la mujer inseminada o en la que se implanta el embrión. Ese debe constituir el criterio de atribución de paternidad y el que debe permitir la inscripción en el Registro Civil del nacido así, para lo que debe ser suficiente, tanto en la filiación matrimonial como en la extramatrimonial, el documento auténtico en que se presta aquél consentimiento unido a la prueba de la efectiva IAD o FVI, para lo que debería bastar el certificado médico de haberse llevado a cabo.

1.- DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL Y NO MATRIMONIAL.

En este caso podemos seguir los mismos principios señalados en el artículo 324, ya que, si partimos de que puede haber otra fuente de filiación, que es la voluntad (pero solamente para este tipo de prácticas, no así para la reproducción que se produce por copulación), el hecho de que un hijo nazca dentro de matrimonio, se considerará como matrimonial y en el caso de que nazca fuera de matrimonio, se considerará extramatrimonial, porque ciertamente, no haya presunción o si la hay es falsa, ya que desde el principio se conoce la certeza de la generación, puesto que, sin duda, se sabe que genética o biológicamente, el padre no es el progenitor, sino el que asume voluntariamente, es decir, consintiendo la atribución de la paternidad. Por lo tanto, no puede ir en contra de sus propios actos, desconociendo o impugnando la paternidad formal que jurídicamente se le atribuye al hijo.

⁶⁷ *Ibid.* Pág. 53.

En consecuencia podemos decir que en el caso concreto de la heteroinseminación, cuando la mujer miembro de la pareja que acude a la fecundación asistida se hace inseminar con el esperma de un donante, partiendo de que existe acuerdo o consentimiento explícito de su marido, el hijo que nacerá dentro del matrimonio, cae amparado bajo la presunción del art. 324, y tiene por padre al marido de su madre.

Consiguientemente, en defecto del acuerdo del varón, en este caso del esposo, éste podrá impugnar la paternidad matrimonial que ostenta el hijo, demostrando que él no pudo ser el padre y que no prestó su consentimiento para la inseminación. Es evidente que el hijo nacido utilizando las técnicas de inseminación artificial heteróloga, constante matrimonio, está amparado en la presunción de paternidad matrimonial, aunque ciertamente ésta resulte falsa, ya que, se sabe de antemano que el esposo no es el progenitor del hijo que ha fecundado a su cónyuge.

Bercovitz señala que "se trata de una filiación que, en principio, resulta más firme que la filiación matrimonial normal, puesto que la presunción de paternidad puede respaldarse en cualquier momento (si ello es necesario) con el historial clínico, o expediente de la inseminación artificial llevado a cabo".⁶⁸

2.- ACCIONES DE RECLAMACIÓN E IMPUGNACIÓN EN UNA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

Se discute en la doctrina si el padre puede impugnar y desconocer la paternidad en un caso de inseminación artificial. Por algunos se argumenta que debe darse prevalencia absoluta al elemento genético; en este caso con o sin contrato y al no ser biológicamente su hijo, siempre tendrá expedita la vía para el desconocimiento. Otro sector de la doctrina señala que habiendo el consentimiento, y no habiéndose revocado antes de la inseminación de su mujer, no es posible el desconocimiento por diversas razones: "En primer lugar, porque ni la inseminación artificial ni el consentimiento del marido, constituyen objetivamente un acto ilícito, aún cuando puede ser discutible, en el supuesto, su

⁶⁸ BERCOVITZ, R. Conf. Filiación inducida y las clasificaciones legales. II Congreso Mundial Vasco.

valoración moral o ética. En segundo lugar, porque el marido que luego de consentir en la inseminación heteróloga planteara el desconocimiento del hijo, obraría deslealmente contrariando una conducta anterior, contradictoria con su posterior pretensión impugnatoria. Siendo así se estaría ante un típico supuesto en que corresponde aplicar la doctrina de los 'actos propios', que desarrolla un auténtico principio general de Derecho con sustento en la buena fe."⁶⁹

En el caso de donación de óvulos también debe establecerse, que la donante quede excluida por ese sólo hecho de la patria potestad, y no podrá reclamar la maternidad ni tendría derecho a la investigación o reconocimiento del hijo que no es suyo.

Por eso, "las acciones de investigación o impugnación de la paternidad, por lo que toca a las nuevas técnicas, deben partir de un elemento distinto, el verdaderamente relevante en este tipo de filiación, el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera...

Pudiera parecer, a primera vista - sigue diciendo-, que sobrevaloro el elemento voluntarista, frente al dato genético o biológico que tanto peso tiene en materia de filiación. Más no creo que haya tal sobreestimación de consentimiento, - responde-, pues al margen de las situaciones en estudio ese factor tiene una gran importancia en nuestro actual ordenamiento sobre filiación. Si se considera padre al reconocedor de un hijo que sabe con seguridad que no es obra suya, o al marido que no quiere impugnar la paternidad del hijo a él atribuido, no obstante estar seguro de su imposible procreación ¿Cómo dar menos importancia al acto de voluntad (que es asunción de paternidad) del varón que decide que nazca un hijo consintiendo la inseminación de su esposa con semen de un tercero?

Tratándose de un nacimiento no accidental, sino perfectamente planificado, como ocurre en la fecundación asistida, el elemento volitivo ha de tener una trascendencia particular.

⁶⁹ ZANNONI Eduardo A. Inseminación artificial y fecundación extraterina Editorial Astrea, Buenos Aires 1978, pág. 57 y ss.

Si el dato biológico queda desplazado por el volitivo en algún supuesto (como los citados, relativos al reconocimiento de complacencia o del marido que no impugna, -no obstante que la participación del progenitor genético fue consciente, deliberada y activa) a pesar de lo cual no será padre jurídico o legal, ¿Cómo habría de triunfar aquí, en la determinación de la paternidad, la sola aportación genética del donante, que no busca ni desea al hijo, ni su participación es per se apta ni suficiente para el nacimiento, ya que es otro quien decide el nacimiento del hijo, aceptando incluso esa extraña aportación genética?

De acuerdo con la interpretación y atribución de paternidad que sugiero, me parece, además demás justa, más fácil de inscripción de la filiación en el Registro Civil y la posibilidad para el nacido de tener un padre afectivo y legal.⁸⁰

Si el esposo pretendiere impugnar la filiación matrimonial que ostenta el hijo en las circunstancias referidas, es decir, mediante una inseminación heteróloga consentida por él, no podría hacerlo, ni su esposa, ya que también consintió en la operación, pues sería una clara actuación en contra de los propios actos.

Delgado Echeverría opina que: "La razón estriba además de la referida doctrina de los propios actos, ejercicio abusivo y antisocial del derecho, ejercicio contrario a la ética... Si se estimara que tal tipo de inseminación es contrario a la moral social, el marido no podría ser oído cuando invoca su propia torpeza, más, aunque se estime que hay una moral liberal que autoriza tal inseminación, parece que sería éticamente rechazable el comportamiento de quien después de consentirla y provocar una nueva vida, revoca el consentimiento y quiere que intervengan los Tribunales para el éxito de su veleidad.

Consecuentemente con estas premisas, la acción de impugnación debería negarse al marido que consintió la inseminación, aún cuando ésta no se haya producido de acuerdo con las condiciones de su consentimiento (por ejemplo, el

⁸⁰ RIVERO HERNANDEZ, Francisco. Conf. La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial, en el II Congreso Mundial Vasco, "La filiación a finales del siglo XX."

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

hijo no se le parece en absoluto, o padece enfermedad hereditaria), sin perjuicio de la eventual responsabilidad médica."⁹¹

En relación a la pregunta atinente a si el hijo podría reclamar la filiación que por naturaleza genética, le corresponde, e impugnar concurrentemente la filiación matrimonial contradictoria, y que por ende proclama el Registro, la respuesta sería la siguiente: en este caso también se prohibiría para el hijo tal acción, ya que si el ordenamiento admite la paternidad desvinculada del dato genético y autorizada por la ley, como un instituto jurídico que tiene base suficiente en la existencia del matrimonio de la madre, y la voluntad del marido de ésta a aceptar como suyo al hijo, no podrá investigar esa paternidad que, ya desde el principio no se funda en el dato genético, sino en la voluntad y el efecto. Hay entonces, una verdadera paternidad legal, aunque no genética, un vínculo en primer grado creado por la ley sobre bases distintas de la procreación, correlativamente, no habría lugar a una acción de impugnación de la paternidad cuando la generación haya sido sustituida por otros motivos, con lo cual vemos cómo la verdad genética cede ante la verdad formal, y que, el principio de estabilidad familiar no se debe entender en función de la familia del progenitor (donante de gametos) sino por el contrario de la familia en la que el hijo convive y desarrolla su personalidad. El interés prevaeciente será amparar la realidad socioafectiva institucional y registralmente consolidada y, por tanto, apoyar sin reservas, a quienes actúan como padres, aunque fisiológicamente no fueran los efectivos progenitores. A tal efecto, el recurso de la posesión de estado es decisiva en tanto cuanto constata la realidad sociocultural, dando prevalencia a un comportamiento o tractus paterno/materno-filial de carácter permanente. Así pues, debemos concluir, entendiendo que la realidad genética no es, ni debe ser siempre en todo caso un inalterable fundamento de paternidad, máxime en todos estos supuestos en los cuales se parte como principio de la separación del aspecto unitivo del reproductor, y que, por tanto, el vínculo de la filiación se haga

⁹¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J. Conf. Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida, en especial, la determinación de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde. II Congreso Municipal Vasco.

depender, no tanto de la mera relación genética, sino de la verdad afectiva y cultural, auténtica base subyacente en la relación de la filiación.

En conclusión, ni el varón conviviente, ni la mujer inseminada, pueden impugnar el reconocimiento cuando en el presente supuesto su voluntad no resultó en ningún momento viciada.

Tampoco tendría caso la legitimación del hijo en el supuesto de que se impugnase la paternidad formal de quien en la situación de hecho se comporta como padre.

No hay justificación en el planteamiento de la acción de impugnación por parte de los herederos forzosos, de quien aparece como progenitor, por ejemplo un ascendiente y/o descendiente (supongamos que aquél antes de resultar impotente tenía un hijo), de modo que podrían aducir estos legitimarios, como fundamento de su acción, que la paternidad no se corresponde con la realidad biológica. Naturalmente no tendría éxito su pretensión cuando se sabe sin lugar a dudas, la certeza de la generación, en base al pertinente expediente médico en el que consta el consentimiento a la práctica inseminatoria heteróloga por parte de la pareja receptora, por lo que resultaría dicho planteamiento de la acción, por aquéllos, contrario a la buena fe y rechazable de plano el principio de prueba de los hechos en que pretenden fundar su demanda, que no será admitida a trámite, y si la fecundación se hizo con el consentimiento del marido habiendo éste firmado el contrato o habiendo pruebas de que aceptó, ningún heredero podrá contradecir la paternidad.

En tal sentido, no puede predicarse la misma responsabilidad a quien copulando llegó a procrear, en una relación querida o no, directa e inmediata con la mujer que, en razón a la casualidad afectiva en el proceso fecundante, sin intervención de otros elementos que el propiamente hecho natural derivado del acto coital, llegó a ser padre, que por el contrario, insistir en la igualdad de trato para el donante de gametos que en ningún momento es el responsable directamente de la fecundación efectiva por el acto procreativo.

Consideramos necesario introducir en la legislación vigente la idea de un consentimiento que impida el ejercicio de las acciones de impugnación o que, por lo menos, sólo permita establecer la verdad biológica sin romper el vínculo de paternidad o maternidad.⁸²

⁸² En Suiza, el art. 256 de. C.C. impide al marido intentar la acción de impugnación si ha consentido la concepción por obra de un tercero. El Código Civil portugués, en el artículo 1.839, dispone que no sea permitida la impugnación de la paternidad con fundamento en la inseminación artificial al cónyuge que la ha consentido.

En el Derecho alemán la inseminación practicada con semen de un tercero donante no impide al marido impugnar la paternidad del niño aun cuando haya dado su consentimiento a la operación.

CAPÍTULO CUARTO.

LA MATERNIDAD SUBROGADA.

En el capítulo segundo, se señalaron las causas de la esterilidad, tanto femenina como masculina, y las diversas técnicas de reproducción asistida.

Respecto a la maternidad subrogada existen varias indicaciones médicas para su uso. La primera de ellas es cuando una mujer está imposibilitada para proporcionar, ya sea el elemento genético o el de la gestación, debido a varias causas, por ejemplo: cuando una mujer ha sufrido una histerectomía combinada con extirpación de los ovarios.

La segunda indicación es la imposibilidad de proporcionar el elemento genético, debido a una menopausia prematura o por el deseo de no transmitirle al bebé un defecto genético.

Una tercera indicación es la imposibilidad de gestar. Por ejemplo una mujer que padece una grave hipertensión o una malformación uterina o no tiene útero, debido a una intervención quirúrgica,⁹¹ las que padecen cardiopatías, reñopatías, diabetes, tuberculosis y otras enfermedades mayores. El embarazo significa un esfuerzo físico adicional para la mujer que sufre estas patologías y puede desestabilizar el delicado proceso metabólico del cuerpo, poniendo en peligro su propia vida y la del bebé.⁹²

⁹¹ Fertility and Sterility, Supplement 1. Official Journal of the American Fertility Society Ethical Consideration of Assisted Reproductive Technologies. Vol. 62. No. 5. November 1994 Editorial. American Fertility Society. Birmingham Alabama. pag. 73s.

⁹² HUNT ANTON, Linda. La decisión de ser madre para la mujer de hoy. Editorial Gedisa. España. 1993. pag 80.

I.- SUPUESTOS DE GESTACIÓN SUBROGADA

Para algunos autores, "la maternidad subrogada consiste en la fecundación extracorporal e implantación del embrión o embriones en un útero distinto del de la dadora de los óvulos a tal fin, con la obligación de entregar el hijo después del nacimiento."⁶⁶

En Estados Unidos, la literatura jurídica ha definido la maternidad sustituta o suplente en los términos siguientes:

"La maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial, que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La madre subrogada es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar la criatura y darla a luz o procrearla. Una vez nace la criatura, la madre subrogada o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre ella(la criatura), para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte."⁶⁶

También "se alude a maternidad subrogada -traducción de la expresión en inglés: surrogate motherhood o 'gestación por cuenta de otro,' en aquéllos supuestos en que el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer que lleva a cabo el embarazo y da a luz el hijo en beneficio de la pareja. Del mismo modo se reconocen casos de mujeres que han consentido ser inseminadas para concebir el hijo, que una vez nacido, se obligan -gratuitamente o por un precio- a entregarlo al matrimonio constituído por el dador de semen y su esposa."⁶⁷

⁶⁶ ZANNONI Eduardo A. Derecho Civil. Derecho de Familia. Vol. III. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1989. pags. 486 y 487.

⁶⁶ SILVA RUIZ P. F. Conf. Inseminación Artificial, fertilización "in vitro" y maternidad sustituta, suplente o subrogada en los Estados Unidos. II Congreso Mundial Vasco.

⁶⁷ ZANNONI. Op. Cit. pags.490 y 491

Para Zannoni, la maternidad subrogada o la maternidad sustituta, se da en el primer caso, ya que en el segundo, la mujer inseminada es genéticamente la madre del hijo concebido, pues ella aporta el óvulo que es fecundado con el espermia ajeno.

Para nosotros, tanto una como otra, suponen una maternidad subrogada, y por lo tanto, la madre es la mujer que ha decidido que tal criatura naciera.

Estas prácticas, han tenido gran auge principalmente en los Estados Unidos de América, en donde declara Zannoni, "se conocen incluso verdaderos 'programas' de maternidad subrogada en beneficio de parejas en que, pudiendo o no aportar el embrión propio, las mujeres no están en condiciones de sobrellevar el embarazo. Estos 'programas' incluyen la formación de verdaderos 'equipos' de madres sustitutas que se ofrecen a gestar en beneficio de otros y que incluso, establecen relaciones con la pareja en favor de la que, en el futuro, dará a luz."²⁸

Jaime Vidal Martínez llama "sustituta o madre subrogada, a la mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena. Una madre subrogada es una mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado que no es su esposo y procrear un hijo. Una vez que éste haya nacido, la madre cede su custodia en favor del padre y, además, renuncia a sus derechos maternos sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo".²⁹

De acuerdo a las definiciones anteriores, son dos alternativas que caben dentro de este nuevo modo de reproducción:

a) Un primer supuesto, que sería el de la pareja que decide utilizar este método, pero siendo ella la misma productora del embrión que va a ser implantado en la matriz de la madre sustituta.

²⁸ Ibidem. pags.490 y 491.

²⁹ VIDAL Martínez. Conf. Las nuevas formas de reproducción humana. Conf.II Congreso Mundial Vasco

b) Una segunda hipótesis sería aquella en la que la madre de alquiler lo es, no sólo de su vientre, sino también del óvulo, de forma que se habrá producido una inseminación artificial heteróloga, es decir, con semen del varón que forma la pareja que se ha decidido por buscar una madre sustituta.

El Grupo de Trabajo del Comité de Expertos sobre el progreso de ciencias biomédicas celebrado en Estrasburgo del 3 al 6 de febrero de 1987, que en su principio 14 (regla 4) mantiene la no utilización de este método, la no validez de los acuerdos sobre el mismo, permite excepcionalmente la realización de la fecundación en una madre de sustitución en los siguientes supuestos:

"a) Si la madre de sustitución no obtiene ninguna ventaja material de la operación.

b) Si la madre de sustitución puede al nacer, quedarse con la guardia del niño."¹⁰⁰

Por último, puede haber un tercer supuesto de gestación subrogada, que es cuando los gametos o el embrión que ha de ser implantado para su gestación, no provienen, ni de la pareja solicitante, ni de la mujer que va a gestarlo. En este caso, no considero necesaria la aplicación de estas técnicas, porque si bien es cierto que todo padre deseado también sería genéticamente, en este caso podría recurrirse a la adopción. Es por ello que nos enfocaremos más a los dos primeros supuestos.

2.- ASPECTOS JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Debido al avance científico, al igual que en la paternidad, la determinación de la maternidad ha sufrido graves cambios desde sus cimientos. Los principios *mater semper certa est* y *partus sequitur ventrem*, han sido superados por las técnicas de referencia. Lo que años atrás era fácil de comprobar, como lo era la maternidad, en nuestros días ya no lo es.

¹⁰⁰ MORENO-LUQUE CASARIEGO C. Conf. Reflexiones en torno a la gestación por cuenta ajena. II Congreso Mundial Vasco. pag.

En el caso de la subrogación que vendría a ser la implantación del embrión producido con óvulo de una mujer en el útero de otra, a fin de que ésta realice en su seno todo el proceso de gestación, el niño sería genéticamente hijo de la donante del óvulo, pero obstétrica o biológicamente, habría sido madurado en el seno de la mujer que, al dar a luz, sería considerada por el Derecho - tal y como ahora están las cosas- como madre, ya que el hecho del parto y la identidad del hijo son los presupuestos legales de la maternidad.

Lo mismo sucede en el supuesto en que el óvulo provenga de la mujer que se ha comprometido a gestar a un bebé para otros.

La solución a esta cuestión ha puesto de manifiesto la existencia de opiniones contrarias, de manera que frente a quien entiende que ante la laguna legal existente, se podría determinar en nuestro ordenamiento, según las presunciones de maternidad, siendo una de ellas el parto, la madre legal sería la que alumbró al hijo, mientras que otros sostienen que la madre sería la genética o biológica, por ser ésta quien cede el óvulo y porque la concepción se produce por la fecundación del mismo con el espermatozoide de su pareja, por lo que la herencia genética que el niño lleva es la de éstos. Desde un punto de vista genético, parece ésta última postura acertada, ya que no hay duda de que los genes que recibe el niño son los de sus procreadores, a pesar de que la que realmente gesta y pare al niño, es la madre uterina. No podemos negar la disociación que existe entre lo genético y lo obstétrico, ya que ésta, oscurece el presupuesto biológico que tiene en cuenta la legislación vigente, como soporte de la filiación materna, y tampoco podemos seguir con la idea de aplicar preceptos que fueron creados para otras condiciones, a estos cambios.

*Es cierto que el nacimiento constituye, ante todo, un pasaje material experimentado por el cuerpo del recién nacido -realidad anatómica del nacimiento-; sin embargo, todas las culturas han instituido ritos de pasaje que representan un nuevo nacimiento de carácter simbólico que duplica la realidad de

la llegada al mundo: al reconocer al niño, al introducirlo a la familia y en una genealogía, se lo hace entrar a la humanidad. De este modo, puesto que el ser humano sólo es tal en una cultura, su nacimiento no se limita a ser un momento biológico, sino que exige una inscripción simbólica. Esta, al mismo tiempo, transforma a los padres biológicos, a los procreadores, en padres educadores.¹⁰¹

Como dice Silvia Tubert citando a Freud, "el individuo lleva una doble existencia, en tanto él mismo es su propio fin, y en tanto es un eslabón de una cadena. El nacimiento de un niño es un acontecimiento individual, familiar, social, que conviene a la continuidad de la especie y que inscribe, al mismo tiempo, a los procreadores en una función social, la de padres que transmiten un nombre, no sólo un capital genético sino una herencia cultural."¹⁰²

Durante tanto tiempo se ha concebido a la maternidad como un función de carácter instintivo, profundamente arraigada en la estructura biológica de la mujer, independientemente de las circunstancias temporales y espaciales en las que tiene lugar, que nos resulta difícil reconocer que, en tanto fenómeno humano, la maternidad es una construcción cultural. El hecho de que la procreación sea un proceso natural puede inducirnos a pensar que al fenómeno fisiológico de la concepción y la gestación debe corresponderle el deseo de tener un hijo y determinadas actitudes hacia el mismo. "Pero esta identificación de la maternidad social con la reproducción biológica es el producto de un sistema de representaciones, de un orden simbólico que crea una ilusión de naturalidad, obturando al corte radical con su propia naturaleza, que la inserción en la cultura instaure en el ser humano. La función biológica de la reproducción adquiere en el orden simbólico que define a la cultura, un valor que remite a campos semánticos complejos, definidos por articulaciones significantes, y no a un objeto supuestamente natural."¹⁰³

¹⁰¹ TUBERT, Silvia. Op. Cit. pag. 5.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ TUBERT, Silvia. Op. Cit. pag. 49.

También señala TUBERT, que Lévi Strauss asigna a los sistemas de parentesco un estatuto de 'sistemas simbólicos', que operan de manera inconciente en los sujetos que obedecen a sus leyes, y rechaza la tesis expuesta por Radcliffe-Brown, entre otros investigadores, de que "la familia biológica es el punto a partir del cual toda la sociedad elabora sus sistemas de parentesco. Si bien es cierto que los nexos biológicos están presentes en la estructura social, -dice- lo que confiere al parentesco su carácter de hecho humano, no es lo que conserva de la naturaleza, sino el movimiento esencial por el cual se separa de ella."¹⁰⁴

"Un sistema de parentesco no consiste en los lazos objetivos de filiación o de consanguinidad dados entre los individuos; existe solamente como producto humano; es un sistema arbitrario de representaciones y no el desarrollo espontáneo de una situación de hecho."¹⁰⁵

"Los sistemas de parentesco corresponden al funcionamiento estructural de las relaciones de parentesco, pero en tanto son indisolubles de un sistema de denominaciones (significantes), como padres-hijos, esposas-esposo etc. su condición de operatividad es la existencia de un lenguaje diferente de la comunicación animal. Pero el lenguaje es, precisamente, lo que establece la discontinuidad entre lo natural y lo cultural, entre lo orgánico y lo subjetivo."¹⁰⁶

Es una falacia pensar que un sistema de parentesco se sustenta en el hecho biológico de la generación.¹⁰⁷

Resulta inaceptable, entonces, la afirmación de que la maternidad humana se funda en la relación natural biológica, de la madre con su hijo, en tanto que la paternidad es una función social construida por la cultura."¹⁰⁸

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibidem pag. 50.

¹⁰⁸ Ibidem pag. 51.

Si dirigimos una mirada a la historia, observaremos que el lugar y la valoración de la maternidad en el ámbito sociocultural se modifica y varía en función de las distintas épocas y contextos, respondiendo a intereses económicos, demográficos, políticos etc.

En virtud de lo anterior, considero necesario hacer una reforma a nuestra legislación, y en materia civil podría crearse una nueva fuente de filiación, en donde la voluntad procreacional tendría gran importancia, tanto para determinar la paternidad como la maternidad.

Esta voluntad procreacional permitiría dar respuesta desde una nueva perspectiva a los interrogantes relativos a la atribución de la maternidad. Cabría hablar de voluntad procreacional y de su ausencia frente a la dadora o donante de óvulos, y de la gestante.

Tanto la maternidad como la paternidad deben dejar de considerarse como una relación meramente genética y/o biológica, por el contrario, aunque no siempre, debe establecerse una relación socioafectiva.

En tal sentido, no todo padre es necesariamente progenitor y a contrario sensu, exceptuándose el supuesto de la autoinseminación, ningún progenitor resultará investido de la función social y jurídica del padre. En las técnicas de reproducción asistida, a quien meramente aporta la semilla germinal, o gesta y de a luz a un ser humano, no se le debe imputar ninguna responsabilidad paternofamiliar, si así se ha convenido.

3.- ACCIONES DE RECLAMACIÓN E IMPUGNACIÓN EN RELACIÓN A LA MATERNIDAD SUBROGADA.

La fertilización in vitro con óvulo donado y posterior implantación de embriones en el útero de quien dará a luz al hijo, plantea la posibilidad de especular acerca de los límites a la atribución legal de maternidad por la prueba del parto. Tales límites, resultarían ante el planteo de una acción de impugnación de la

maternidad, deducida contra la mujer que ha dado a luz al hijo, pretendiendo probarse que éste no fue concebido por ella, sino mediante un óvulo ajeno.

Tales conflictos podrían originarse en la acción deducida por el marido de la mujer casada, o sus herederos, por el hijo, eventualmente por la mujer misma, y por otros terceros con un interés legítimo, de acuerdo a lo que actualmente establece nuestra legislación civil.

El conflicto supone que la maternidad biológica está determinada, genéticamente por el aporte de los óvulos fecundados, y, en consecuencia, no es madre la que, a pesar de haber recibido el embrión, sobrellevado el embarazo y dado a luz al niño, no concibió a este con su aporte genético. En suma, si esto fuere así, aunque la maternidad está determinada legalmente por el parto, genéticamente se determina por la concepción de óvulo propio.

Por esta razón, es necesario asumir que en esta hipótesis, el nexo filial no tiene sólo un fundamento biológico, pues este existe con ambas protagonistas, sino que indispensablemente tendrá que tomarse en cuenta otro elemento: la voluntad, la *Voluntad procreacional*, como sostienen Grosman y Martínez Alcorta citados por Zannoni,¹⁰⁹ ya que "de no resolverse el dilema con este nuevo enfoque, -señalan- subsiste el riesgo de encorsetar las nuevas formas de procreación en los viejos moldes donde no era imaginable otro modo de fecundación que la originada en la unión sexual a través de la cual hombre y mujer conforman el embrión que germina en el cuerpo de aquella."¹¹⁰

Debido a la lógica identificabilidad de los gametos y su indudable proveniencia, no puede en principio traerse a colación la vieja regla pauliana de *partur sequitur ventrem*. La razón estriba en que en el campo de la procreación asistida existe una prueba directa de la generación, es decir, de la progenitura, que no coincide (exceptuándose la inseminación homóloga) con quien se le inviste jurídicamente en el rol de madre. Aunque a decir verdad, entiendo que, de aplicar dicha conceptualización presuntiva, ésta sería de aquéllas de las que no admitirían prueba

¹⁰⁹ ZANNONI. Op. Cit. pag 497.

¹¹⁰ *Ibidem*.

en contrario, (iures et de iure), en razón el conocimiento pleno de todas las circunstancias. Por lo tanto, madre es la que se comporta como tal, es decir la que decidió inicialmente esta práctica.

4.- TIPOS DE CONTRATOS EN RELACIÓN A LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Este singular contrato se ha venido a denominar también "locación de vientres y/o más conocido como maternidad subrogada (surrogate motherhood)".¹¹¹

Es conveniente reflexionar sobre los problemas jurídicos que pueden surgir como consecuencia de un convenio de gestación por cuenta de otro, sea o no con aportación de óvulo. En este sentido, es importante destacar las ideas surgidas del grupo de trabajo constituido en la Dirección General de los registros y del Notario de España, que distingue:

a) Contrato de maternidad para otra (con prestación de óvulo y vientre): sobre el mismo se defendió su nulidad, incluso aunque no se convenga un precio, por considerarse que es imposible contratar sobre materias disponibles, manteniéndose que la verdadera madre biológica no debe quedar en modo alguno vinculada por este contrato.

b) Contrato de servicios de incubación en útero ajeno: aquí la opinión generalizada es que este tipo de servicios no es materia susceptible de un contrato de lucro. Se niega acción a la mujer gestante para poder reclamar a la otra, lo que ésta le prometió por el embarazo.

Sin embargo, para determinar qué tipo de contrato es, necesitamos enfocarlo desde diferentes puntos de vista. A continuación haremos un breve análisis de los contratos con los que se le ha querido comparar. (y digo breve porque no pretendo hacer un examen exhaustivo de cada uno de los contratos que veremos, sino únicamente marcar las diferencias y semejanzas esenciales de dichos contratos con el de maternidad subrogada).

¹¹¹ LLEDO YAGÜE, Francisco.. Conf. El Alquiler de úteros y El Problema de las Madres Sustitutas o por Encargo. II Congreso Mundial Vasco.

A).- Compraventa

La compraventa ha sido definida por nuestro Código Civil en los siguientes términos: "Habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero." (art. 2248).

De acuerdo con esta definición no podemos decir que el contrato de maternidad subrogada sea de compraventa, ya que en primer lugar, nadie puede comprar lo que ya es suyo, que es lo que sucedería en el caso en que la pareja que solicita los servicios de una mujer para gestar un embrión sean los dueños de los gametos, o del embrión.

Tampoco podría hablarse de compraventa en el caso en que la mujer que gesta el embrión sea la que haya proporcionado también el óvulo, ya que éste elemento genético por sí mismo, no se está vendiendo, el embrión no sería únicamente de la mujer que lo está gestando, ha intervenido otro elemento, un espermatozoide que proviene del varón que ha solicitado los servicios de esta mujer, que no es su esposa. Lo que se le solicita a la mujer gestante no es a su hijo, en el sentido amplio de la palabra, sino un ambiente adecuado para que éste pueda nacer.

En el caso en que el embrión que se implanta en el útero de la mujer gestante, que tampoco es miembro de la pareja que quiere tener un hijo, provenga de terceras personas, no me parece pertinente el uso de estas técnicas. En este caso sería lo mismo acudir a la adopción.

No podríamos entonces decir que los elementos personales de este contrato sea la parte compradora y la parte vendedora.

En cuanto a la obligación que se deriva en un contrato de compraventa es una obligación de dar, por ser un contrato traslativo de dominio, pero en el caso de una maternidad subrogada las obligaciones que surgen son varias, que serían: una obligación de hacer, que consistiría en gestar a un embrión, una obligación

de no hacer, cuando es necesario que la mujer gestante se abstenga de fumar, ingerir bebidas alcohólicas etc., presentar cierta diligencia para no dañar al producto, y una obligación de dar cuando nazca el bebé, es decir entregarlo a la pareja solicitante.

Finalmente el contrato de compraventa es un contrato oneroso, no podemos decir lo mismo de la maternidad subrogada, porque en la mayoría de los casos este es un contrato gratuito o en ciertos casos solamente se da una especie de compensación. Aún cuando en verdad se diera un pago a la mujer no podría decirse que es un contrato oneroso ya que ¿Cuál sería la ganancia, en términos económicos para la pareja solicitante?

B).- Prestación de servicios.

Este contrato se define como "un contrato por virtud del cual una de las partes, llamada profesionista, mediante una remuneración que toma el nombre de honorario, se obliga a desempeñar en beneficio de la otra, a la que podríamos llamar cliente, ciertos trabajos que requieren una preparación técnica, y en ocasiones, un título profesional para su ejercicio."¹¹²

Algunos autores señalan que se trata de arrendamientos de servicios y obras¹¹³. Lledó Yagüe señala, que "si tuviéramos que encasillar dicho contrato de incubación en útero ajeno, dentro de los negocios jurídicos de lege lata aplicables, concluiríamos que la figura contractual más afín resultaría ser el arrendamiento de servicios y obras."

¹¹² LOZANO NORIEGA, Francisco. Cuarto curso de Derecho Civil. Contratos. Editado por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C. México 1990. pag. 294.

¹¹³ En el Derecho Romano, todos estos contratos que nuestro Código Civil llama "contratos de prestación de servicios", eran llamados como todavía en algunos Códigos modernos, por ejemplo, en el francés, en el italiano y en el español, "contratos de arrendamiento de servicios." La Comisión Redactora del Código Civil de 1870, en la Exposición de Motivos decía que le parecía un atentado contra la dignidad humana llamar a estos contratos de "arrendamiento", porque el arrendamiento decía, se debe referir a cosas, y no podemos considerar sin degradar al hombre como una cosa al trabajo, el cual no es una mercancía que se alquila, que se dé en arrendamiento, sino que la dignidad humana exige una denominación diferente para estos contratos; y los llamó "de prestación de servicios".

De acuerdo con la primera definición (que es como se maneja en nuestro Código Civil), no podríamos decir que el contrato de maternidad subrogada se pueda regir por las reglas que rigen a este contrato, ya que una madre gestante no requiere de alguna preparación ni de algún título en específico, es decir, no hay un título profesional de maternidad o paternidad, ya que para ser madre, desgraciadamente no hay ninguna escuela que te enseñe como ser madre, ni te proporcione un título de padre o madre. y si se argumenta que deba permitirse la maternidad en casos específicos, no se quiere decir con ello que pueda haber una explotación comercial con el cuerpo femenino.

Es cierto que tanto la maternidad subrogada como la prestación de servicios comprenden una obligación de hacer, pero en la maternidad subrogada o delegada, también se comprende una obligación de no hacer y otra de dar. Debe reglamentarse este contrato, no como un contrato de contenido patrimonial, sino extrapatrimonial.

Los elementos reales de este contrato son: El servicio profesional y los honorarios. "Por servicio profesional no hay que entender precisamente actos jurídicos, ya que pueden ser también actos materiales o simplemente hechos, pero siempre han de ser propios de una profesión determinada, ya que el profesionista debe tener una calidad especial consistente en los conocimientos técnicos o la ciencia específica debidamente comprobados a través de las autoridades que le expidieron el título profesional."¹¹⁴

El otro elemento real de este contrato son los honorarios estos pueden consistir en algún bien o en algún determinado servicio que pague el cliente a cambio de los servicios profesionales, aunque ordinariamente la retribución consiste en una suma de dinero. Si no hay pago de honorarios, porque las partes convienen en que la prestación de servicios profesionales sea gratuita, (como generalmente ocurre en los casos de maternidad subrogada porque generalmente se trata de

¹¹¹ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos civiles Editorial Porrúa. México. 1980. pag 255.

un familiar o una amiga quien lleva a cabo el embarazo) se trataría de un contrato innominado similar a la donación y al comodato o a otro contrato.

C).- Contrato de obra a precio alzado.

Dentro de los contratos de prestación de servicios con los que se le ha querido comparar, está el contrato de obra a precio alzado. "El contrato de obra a precio alzado o por ajuste cerrado, es el contrato por el que una persona llamada 'empresario' se obliga a ejecutar, bajo su dirección y con materiales propios, una obra que le encarga otra persona llamada 'dueño de la obra', la cual se obliga a pagarle un precio global."¹¹⁸

Aún cuando el ser humano es la obra más grande de la creación, éste no fue hecho por un ser humano. Según la definición anterior, el empresario -que queriéndose comparar en este contrato sería la mujer gestante-, debe ejecutar la obra con materiales propios, ¿qué sucedería en el caso en que los gametos no pertenecieran a la mujer gestante? No debemos olvidar que los gametos fecundantes masculino y femenino pueden provenir de la misma Pareja Dueña; es decir, con palabras del propio código y aplicando la analogía para nuestro caso, la materia con la que se ejecutaría la obra, pudiera ser tanto del dueño (pareja estéril) o bien del propio empresario (mujer gestante).

D).- Arrendamiento de útero.

El Artículo 2398 del Código Civil vigente para el Distrito Federal dice que: "Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto."

¹¹⁸ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. Cit. pag 261.

Mencionamos anteriormente que la denominación de arrendamiento de servicios es impropia, por lo tanto no podemos denominar a este contrato de esta manera. Sin embargo, el denominado alquiler de útero -subrogación, es la expresión utilizada, por ejemplo, en el informe Warnock, en su capítulo 8.¹¹⁶

E).- Contrato innominado.

Aún cuando ciertos contratos regulados en el Código Civil presentan ciertas analogías con este contrato, no podemos aplicarlas al mismo, ya que caeríamos en el mismo error de querer adaptar las leyes que fueron creadas para regir otro tipo de contratos, a contratos que son recientes, y mucho menos, querer aplicar normas destinadas a contratos de carácter meramente patrimonial a contratos que tienen un contenido extrapatrimonial como éste, o el contrato de matrimonio o la adopción. En el contrato de maternidad subrogada, más bien se da una prestación gratuita de una conducta de contenido complejo, que comprende deberes de diligencia, vigilancia médica, régimen alimenticio, vida ordenada, comunicación de incidencias etc., y que no es susceptible de clasificación entre los tipos conocidos, al modo de un atípico arrendamiento gratuito de obra o de servicios, se trata de un contrato sui generis. Indudablemente, nos encontramos ante actos jurídicos hoy atípicos pero tipificables en el futuro y pertenecientes al derecho de familia, y deseo que en un futuro no muy lejano, pueda dársele la denominación y el tratamiento adecuados a este contrato.

Recordemos que "el contrato es la fuente ordinaria o normal de las obligaciones (Salleilles), que no está limitada a los bienes, sino que se extiende a las personas y a la familia, pues en el orden extrapatrimonial, el matrimonio y la adopción son también contratos (Joesserand)."¹¹⁷

¹¹⁶ En el Reino Unido de la Gran Bretaña se formó en el Departamento de Sanidad y Seguridad Social una Comisión investigadora sobre fertilización humana y embriología bajo la presidencia de la investigadora Mary Warnock, (motivo por el cual lleva su nombre) y, que emitió en julio de 1984 el muy conocido "Report of the Committee of Inquiry into human fertilization and embryology" (Informe Warnock).

¹¹⁷ SANCHEZ MEDAL, Ramón. Op. Cit. pag. 3.

II.- EL PROBLEMA DE LA MUJER SOLTERA EN RELACIÓN A LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Aun cuando existen razones para pensar que el hecho de que un hijo que nazca en el seno de una familia, es decir, dentro de matrimonio, asegura que la personalidad del hijo se desarrollará, y la tarea socializadora de la pareja, que en principio se confía a la familia, será adecuadamente cumplida, también hay familias monoparentales y parejas no casadas que cumplen esta función.

Al igual que la mujer sola puede concebir por obra y gracia de una relación sexual, no permanente ni estable, no veo cómo se puede impedir, o no veo por qué esto mismo, no lo logre a través de una técnica Inseminación Artificial con donante (IAD). Ciertamente, en tal caso, no estaríamos ante un "tratamiento", o ante una "terapéutica", sería indiferente que lo estuviéramos o no. Ello tendría otras consecuencias, pero no veo una razón de fondo para impedirlo, ya que actualmente la maternidad soltera se ha vuelto un fenómeno muy común, y en un alto grado, aceptado por nuestra sociedad (obviamente no podemos olvidar a los moralistas y escrupulosos), ni estimo que una prohibición fuera realmente efectiva. No veo por qué debería negarse el derecho de tener un hijo realmente deseado, porque si de prohibiciones y sanciones se trata, debería sancionarse más fuertemente, a los padres que maltratan a sus hijos y todavía más, el abandono de menores.

La maternidad fuere cual fuere su origen o su causa, es digna de protección, siempre y cuando el hijo sea bien recibido en esa familia, aún cuando sea monoparental. El derecho debe procurar al hijo protección integral, sea cual fuere el estado civil de la madre, y proteger del mismo modo al hijo habido como consecuencia de la aplicación de las técnicas referidas.¹¹⁸ Por lo tanto será

¹¹⁸ El Grupo Parlamentario Socialista ha presentado recientemente una proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en la que en la Disposición Adicional primera se admite el posible acceso de la mujer sola a estas técnicas, haciendo una serie de distinciones:
1. Puede acudir a todas ellas la mujer sola, que padezca una esterilidad irreversible justificada. En este caso, los gastos correrán a cargo de la sanidad pública, tanto en centros públicos como concertados o vinculados a ella. Puede acceder por tanto: 1o. A inseminación artificial con semen de donante, acudiendo a un banco de esperma normalmente congelado y con las mismas

indiferente que la fecundación se obtenga por medios absolutamente naturales o por lo que se ha denominado "fecundación asistida".

"Una mujer sola, soltera, viuda o divorciada, que no pueda o no quiera casarse, ni tampoco mantener relaciones sexuales con un varón por las razones que sean, puede ser que, sin embargo, no desee renunciar a su instinto maternal, lo cual, en este momento puede llevarse a cabo, dejando a salvo objeciones de conciencia del equipo médico que debiera proceder a su realización, sin tener en cuenta los efectos que para el hijo pudiesen derivarse, ante la total ausencia reguladora al respecto."¹¹⁹

garantías y requisitos que en todos los demás casos a que acude en pareja, matrimonial o no, salvo la necesidad de consentimiento del varón. 2o. A fecundación in vitro, con semen de donante de banco de espermia y transferencia posterior del embrión o embriones resultantes (mejor sería hablar de preembriones). 3o A la transferencia intratubérica de gametos, en las mismas condiciones anteriores.

Se admite, por tanto, en casos de esterilidad irreversible en igualdad de condiciones, a la que acude con pareja heterosexual estable.

2. La mujer sola, no estéril, podrá recurrir a la inseminación artificial con semen de donante con gastos a su cargo.

Esto deberá extenderse a la fecundación in vitro y/o a la transferencia embrionaria en dos supuestos:

a) En la prevención de enfermedades congénitas, sobre todo, en enfermedades genéticas transmisibles por la mujer, como sucede en el caso de la hemofilia, por ejemplo.

b) En los bancos de embriones existen algunos de los que los progenitores no desean implantar y que su futuro se encamina a la destrucción, en cuyo caso, en aras de salvar la vida y si se admite de frente la posibilidad de una familia monoparental, no me parecería desacertado el que la mujer sola no estéril pudiera acceder a él para su gestación y acceso su maternidad.

3. Para acceder a la utilización de estas técnicas en la mujer sola, los centros y servicios habrán de recibir de la mujer previamente la información documental de que no está casada ni constituye pareja estable, así como de que pueda mantener y educar dignamente a la posible descendencia, facilitándole el adecuado ambiente de bienestar y evitando que así los nacidos puedan ser vejados o discriminados socialmente por causas ostensibles o notorias con ellas relacionadas.

Se plantea en este apartado el problema principal para asegurar el futuro bienestar del hijo. La determinación de la idoneidad de la solicitante puede resultar dificultosa, máxime cuando en la realidad se acude a centros que normalmente no corresponden al lugar donde se reside, dada su novedad y escasez. Por ello, pienso, que sería necesario, arbitrar un sistema previo de información judicial, referente a la información proporcionada por la presunta candidata, similar al expediente que se realiza para contraer matrimonio, pero todavía más exhaustivo, completado con informe de un psicólogo, declaración en renta, cualidades morales, personales e informes testificales de sus vecinos, compañeros de trabajo, etc., teniendo siempre en cuenta las relaciones presentes o pasadas, en pareja homosexual, estable o no, que hubieran podido llevar a cabo.

4. Los hijos nacidos por estas técnicas se registrarán como sin padre, sin referencia a su origen biológico. En este punto, incidirán temas generales, tales como el secreto y el anonimato del donante, y la reforma de la investigación de la paternidad, tanto a nivel constitucional como en el Código Civil, que será necesario llevar a cabo, si se admiten y regulan tales técnicas en los supuestos de aportación de gametos de donantes."

¹¹⁹ DE LEÓN, Arce A. Conf. La mujer sola, sin pareja, ante las nuevas técnicas de procreación humana. II Congreso Mundial Vasco.

El hecho de que una mujer sola,- entendiendo como tal, la que no tiene pareja estable de sexo masculino- desee tener un hijo mediante el acceso a estas técnicas es poco frecuente, pero no imposible. Está científicamente demostrado que el instinto maternal es muy fuerte en la mayoría de las mujeres, y tanto en supuestos de esterilidad o nó, la mujer puede desear someterse a uno de estos tratamientos para poder así tener descendencia. Las razones pueden ser múltiples y poderosas, pueden basarse en el hecho de no haber encontrado la pareja adecuada, haberla perdido sin obtener descendencia, no desear relaciones sexuales por cuestiones traumáticas previas (por ejemplo, violaciones), pretender un resultado genético seleccionado en la vía paterna, etc.¹²⁰

Las razones que pueden empujar a una mujer sola a desear un hijo pueden ser totalmente legítimas y responder a deseos totalmente normales, tales como una serie de mecanismos psicológicos que la lleven a rehusar relaciones sexuales; un espíritu excesivamente independiente que la impulse a conservar a ultranza una actividad difícil de compatibilizar con el matrimonio; el hecho de no haber encontrado al hombre adecuado o haberlo perdido sin descendencia, así como el aseguramiento físico y genético de su hijo.¹²¹

La principal objeción que se puede establecer, es el choque de intereses entre el futuro hijo y la madre. El del primero, a nacer con ambos progenitores y, el de la segunda, el del procrear su propia descendencia. Sin embargo, lo que en principio entra en el terreno del deber ser: padre y madre que cumplen sus funciones tutelares pensando siempre en el interés del hijo, en la realidad, el ser cotidiano de todos los días, nos demuestra, que no siempre es así, y que cada vez más existen situaciones, en las que es necesario separar al hijo de uno de sus progenitores, o, incluso de los dos, para que su desarrollo integral pueda llevarse a cabo en las mínimas condiciones, como sucede en los supuestos de privación de la patria potestad, por citar algún ejemplo.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ Ibid.

Es importante señalar que "la civilización actual, el progreso científico, no está destruyendo la familia, lo que ocurre es que se están transformando las obligaciones familiares, surgiendo nuevas formas de organización familiar".¹²²

III.- EL PROBLEMA DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES ANTE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Durante los últimos 150 años, las sociedades de Europa y Norte América principalmente, y en general del mundo entero, han experimentado graves cambios en su organización social y familiar, caracterizados por la desintegración familiar y ahora la presencia del divorcio y de las segundas nupcias; también hay muchas familias de madres solteras y familias compuestas.

Esta evolución se ha acompañado por una gran tolerancia hacia estas diferentes estructuras familiares. De manera similar las minorías sexuales han aumentado su confianza, misma que les ha conducido a hacer valer sus derechos para un reconocimiento social, motivado por un nuevo camino de tolerancia hacia las minorías.

Los doctores en medicina reproductiva, también están siendo desafiados por peticiones especiales, muchas veces por mujeres solteras o parejas homosexuales que buscan una inseminación artificial con donante.

Las parejas homosexuales explican su deseo de beneficiarse con una inseminación con donante, en forma tan parecida a la manera en la que las parejas heterosexuales usan los bancos de semen: ellos explican su deseo de un hijo, algo que será un proyecto común para ambos, afirmar su amor. Ellos hablan de su soledad, sufrimiento y sentimiento de pérdida y los largos períodos de deliberación antes de acudir al banco. También están interesadas en educar a un niño en un ambiente como el de ellos. Todos sus intereses surgen como un 'dejá

¹²² Ibid.

vu' (ilusión de haber experimentado una situación que en realidad se presenta por primera vez).¹²³

Existen estudios sobre el desarrollo de niños educados por parejas homosexuales. Es interesante advertir que estos niños no presentan ningún problema particular, y especialmente ninguna dificultad psicológica o de aprendizaje, ni dificultades en el área de identidad sexual, ni en el comportamiento sexual, ni en preferencias de orientación sexual. Esto ha sido estudiado entre los niños por medio de su preferencia en juguetes, juegos y la manera en que visten, y en adolescentes por su comportamiento y fantasías eróticas.¹²⁴

Cuatro estudios que comprendieron a más de 100 niños, han llegado a las mismas conclusiones (Gree, 1979; Hotfer, 1981; Kirkpatrick 1981; Golombok , 1983).

Estas observaciones muestran o ilustran una afirmación o declaración de un psicólogo francés de que la homosexualidad: 'ni es una enfermedad ni es transmisible'.

En Estados Unidos se ha aceptado la inseminación artificial en las parejas homosexuales. La Unidad de Esterilidad e infertilidad de Oxford ha decidido dar la bienvenida a estas peticiones de inseminación artificial hechas por parejas homosexuales (lesbianas).

Entre 1988 y 1993, se aceptaron 38 solicitudes especiales para IAD, cuando en el mismo período, se recibieron 500 nuevas parejas al año que padecían esterilidad; 21 mujeres solteras, 15 parejas homosexuales y dos parejas bisexuales no analizadas en este documento.¹²⁵

¹²³ Human Reproduction, Vol.9, No. 11, November, 1994, Oxford University Press, Pag. 1969.

¹²⁴ Ibidem, pag 1972.

¹²⁵ Ibid.

El acuerdo de donantes de espermatozoides para tomar parte en este programa ha sido visto y 69% de ellos han dado su consentimiento para mujeres solteras y 62% para parejas homosexuales.

Las razones más comunes para el uso del banco, han sido las negaciones de dormir con un hombre y/o romper la fidelidad de su pareja (12/15), la renuencia moral a usar sin el conocimiento de él/ella, una pareja temporal (8/15) y el temor del SIDA (7/15).

El número de familias homosexuales que educan niños en los Estados Unidos, es ahora de 1.5 millones.

El artículo de Englert presenta el controvertido tema de si a mujeres heterosexuales solteras y lesbianas debía permitírseles tener acceso a las técnicas de reproducción asistida, particularmente con inseminación de donante, para facilitarles concebir un niño, sin incluir un compañero masculino. A las mujeres lesbianas se les ha negado el acceso de la inseminación con donante, sobre las bases de que ellas no brindarían un apropiado ambiente familiar para el niño, expresamente que el niño tendría dos madres, el niño sería genéticamente ajeno a una de ellas y el donante sería desconocido para ambas. Para las madres solteras se ha argumentado que la carencia de un padre, junto con el uso de un donante anónimo es probable que conduzca a dificultades psicológicas para el niño. Referente a esto también se ha expresado sobre la conveniencia de una mujer que no está involucrada en una relación tan íntima con un hombre para ser madre.

La investigación de el desarrollo psicológico de los niños que surgen de madres lesbianas y el grado de parentesco en familias lesbianas, ha dejado de proporcionar una base empírica para la hipótesis comúnmente sostenida de que los niños mostrarían géneros atípicos de desarrollo, que desarrollarían problemas de conducta y emocionales, que experimentarían dificultades en relaciones de pareja y que las mamás no serían efectivos padres. Los estudios de familias lesbianas han generalmente comparado niños en familias lesbianas con hijos de

familias encabezados por una madre soltera. Estos dos tipos de familias son parecidos en que los niños son educados por mujeres sin la presencia de un padre, pero difieren en la orientación sexual de la madre.

Al examinar el proceso involucrado en el desarrollo sexual, una distinción es generalmente hecha entre la identidad del sexo, rol sexual y la orientación sexual; la identidad sexual es un concepto personal como masculino o femenino. el rol sexual incluye los comportamientos y actitudes que son consideradas ser propias para los hombres y mujeres en una cultura particular, y la orientación sexual se refiere a una atracción sexual de la persona hacia compañeros de otro género (orientación sexual heterosexual), o el mismo género (orientación sexual homosexual).

La identidad sexual de niños criados por madres lesbianas, está de acuerdo con su sexo biológico. En ninguno de los niños estudiados se mostró evidencia de confusión en la identidad de género: todos los niños están seguros de que ellos son hombres y todas las niñas están seguras de que son mujeres. Ninguno de los niños desean ser de otro sexo.

Un estudio de hijos adolescentes de madres lesbianas y heterosexuales encontró solamente un niño de madre heterosexual que se identificó como homosexual. En esta investigación de la familia, parejas y relaciones íntimas de adultos que habían crecido en familias lesbianas, la hipótesis de que madres lesbianas tendrían hijas lesbianas e hijos homosexuales no fue apoyada por los resultados del estudio.

Aún cuando todos estos estudios nos demuestran que las parejas homosexuales pueden brindar a sus hijos un ambiente adecuado para su educación, la sociedad mexicana aún no aprueba este tipo de relaciones, como se hace en otros países, pero creo que en cuanto nuestra cultura acepte estos patrones de conducta, se aplicarán a estas parejas, y creo que en cierta forma, podría ser regulado mediante una legislación al respecto.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La filiación desde el punto de vista jurídico, reconoce la realidad biológica por la que unos seres descienden de otros, pero no toda filiación biológica necesariamente es jurídica, se requiere adicionalmente el matrimonio de los padres o el reconocimiento legal; la filiación adoptiva tampoco tiene nexo alguno con la biología. Hay también casos como el reconocimiento o confesión de la paternidad, que pueden ser contrarios a la realidad: un hombre puede atribuírse la paternidad de un hijo sin que en realidad lo haya engendrado y la ley le da efectos a ese reconocimiento, por las obligaciones que le impone a aquél que quiere ser padre.

SEGUNDA.- En nuestra legislación todos los hijos son iguales en derechos y en dignidad, pero se conservan algunos calificativos y se hace mención a hijos adulterinos, incestuosos y naturales, lo que es necesario modificar y sólo referirnos a hijos habidos de matrimonio y a hijos habidos fuera de matrimonio para que se hable de una verdadera igualdad.

TERCERA.- El consentimiento del marido en la inseminación de su esposa con semen de un donante debe ser tomado como un reconocimiento de paternidad.

CUARTA.- Debe existir un pronunciamiento de ley sobre el tema de la maternidad subrogada. En caso de no llegar a existir dicho pronunciamiento, debe buscarse la manera de solucionar el conflicto de intereses que se plantea entre el/los padres genéticos y la madre gestante.

QUINTA.- Al aceptar la realidad de estas técnicas y someterlas al sistema jurídico, debe elegirse entre aplicarlas como derivadas de una hipótesis de la procreación, inserto en los derechos de la personalidad, o bien en hacerlas derivar del derecho a la salud. Si se elige la primera solución, se debe ser

coherente e incluir en el uso de tales técnicas a las mujeres solteras sin pareja y también los casos de inseminación post mortem.

SEXTA.- En el caso de la maternidad subrogada, deben primar los padres que desearon tener al hijo sobre la mujer que únicamente lo gestó, y ello sin distinguir si el embrión es fruto de éstos o ha habido una donante de óvulo, o incluso si la madre gestante también ha aportado el elemento genético.

SÉPTIMA.- El aforismo de que madre es la que da a luz, funciona únicamente para los casos de procreación natural, es decir, esto no tiene porqué aplicarse por analogía a las nuevas técnicas de maternidad subrogada.

OCTAVA.- Los términos fecundación e inseminación artificiales son incorrectos; la fecundación no es artificial, inseminar significa introducir el semen dentro de los genitales femeninos, independientemente de que se produzca la fecundación, pero ni el semen ni el aparato reproductor son artificiales; lo artificial únicamente es la manera de acercar el espermatozoide para que se produzca esta fusión, la cual se realizará de manera natural; por lo anterior, nosotros consideramos que lo más conveniente es usar la denominación de reproducción humana asistida.

NOVENA.- En nuestro país, ni la Constitución ni otra ley secundaria hacen referencia al uso de estas técnicas; podemos señalar por tanto, que cualquier persona puede hacer uso de ellas, en virtud del principio de libertad de procreación que sí se señala en nuestra Carta Magna y en el Código Civil, independientemente del método utilizado para ello.

DÉCIMA.- En el caso de usar cualquiera de las técnicas de reproducción humana asistida, va a nacer un hijo verdaderamente deseado y no un mero producto de la casualidad o, incluso, contrario a la voluntad inicial de sus padres, como ocurre en muchos casos en que la procreación se realiza por copulación.

DÉCIMA PRIMERA.— Es necesario modificar nuestro Código Civil respecto a la filiación, en virtud de la íntima relación que existe entre los términos de paternidad y maternidad y el de filiación, y la modificación que éstos han sufrido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, al haberse modificado los principios *pater is quem nuptiae demonstrant y mater semper certa est*.

DÉCIMA SEGUNDA.— Entre otras leyes, la Ley General de Salud debe tener una reglamentación especial para la operación de estas técnicas de reproducción humana asistida, determinando la forma y manera de hacerse y los aspectos jurídicos que deben satisfacerse para seguridad de los progenitores y del producto mismo,

DÉCIMA TERCERA.— La investigación de la paternidad y/o maternidad, cuando haya donación de gametos debe prohibirse, ya que lo esencial no es el componente biológico, sino el afectivo, el educacional, por lo que no es sensato que se intente constatar aquel vínculo *iure sanguinis*, cuando el donante, en ningún momento, ha pretendido establecer un vínculo filial para con el hijo.

DÉCIMA CUARTA.— La voluntad debe ser reconocida en el moderno Derecho de Familia como una entidad jurídica autónoma, capaz de constituir el vínculo paterno-filial, aún en ausencia del elemento genético, tal y como ocurre en la adopción, ya que de la voluntad de una persona depende que se realicen todos los procedimientos encaminados a obtener el nacimiento de un ser, y tal persona debería ser considerado "padre formal".

DÉCIMA QUINTA.— La filiación no es necesariamente una situación derivada de un hecho biológico; padre y progenitor no son sinónimos. El concepto de padre posee una carga de sentido socio-cultural y jurídico de la que carece el término progenitor. En el concepto de filiación en sentido jurídico, debe imponerse un sentimiento cultural que desplaza el sentido biológico. En la definición del concepto de paternidad, se exige, más allá de la presencia del factor físico, una

correspondencia de orden social, que se define como elemento de autorresponsabilidad.-

DÉCIMA SEXTA.- Sería útil frente a la filiación por naturaleza, un especie de filiación formal, no biológica o genética, para los supuestos de fecundación asistida con la aportación de gametos o colaboración en la gestación, de tercera persona, al modo de la filiación adoptiva, con todos los efectos y responsabilidades correspondientes para quienes son considerados como tales sin ser progenitores, ya que son éstos quienes de forma efectiva potenciarán y consolidarán la formación y desarrollo integral de la persona que queda insertada en la relación familiar, que no necesariamente tendría que desencadenarse en función de la consanguinidad, sino de la asunción voluntaria de la paternidad y/o maternidad.

DÉCIMA SÉPTIMA.- No puede haber impugnación de la paternidad en los casos de recurrir al uso de las técnicas de reproducción asistida con donante, ya que no hay presunción de paternidad, o si la hay es falsa; tampoco puede haber impugnación de la maternidad, ya que desde el principio se conoce la certeza de la generación, puesto que, sin duda, se sabe que genética o biológicamente el padre no es el progenitor, sino el que asume este carácter voluntariamente. Por lo tanto, quien consintió en tener al menor como su hijo, no puede ir en contra de sus propios actos, desconociendo o impugnando la paternidad formal, con todas sus consecuencias jurídicas.

DÉCIMA OCTAVA.- Aún cuando ciertos contratos regulados en nuestro Código Civil presentan ciertas analogías con el contrato de maternidad subrogada, no podemos aplicarlas al mismo, ya que caeríamos en el error de querer adaptar leyes que fueron creadas para regular otro tipo de contratos a contratos que son recientes, y mucho menos querer aplicar normas destinadas a contratos de carácter meramente patrimonial a contratos que tienen un contenido extrapatrimonial como éste.

DÉCIMA NOVENA. - En el contrato de maternidad subrogada, más bien se da una prestación gratuita de una conducta de contenido complejo que comprende deberes de diligencia, vigilancia médica, régimen alimenticio, vida ordenada, comunicación de incidencias etc., y que no es susceptible de clasificación entre los tipos conocidos, al modo de un atípico arrendamiento gratuito de obra o de servicios, se trata de un contrato sui géneris.

VIGÉSIMA. - Existen estudios sobre el desarrollo de niños educados por parejas homosexuales, estos niños no presentan ningún problema particular y especialmente ninguna dificultad psicológica o de aprendizaje, ni dificultades en el área de identidad sexual, comportamiento sexual, ni en preferencias de orientación sexual, ya que no es una enfermedad, solamente una variación de la función sexual, producida por cierta detención del desarrollo sexual,

BIBLIOGRAFÍA.

1. ASCH, Ricardo y COSTA Anibal. Avances en Reproducción Humana. Editorial Médica Panamericana. Buenos Aires. 1988.
2. AUSTIN, C.R. y col. Control Artificial de la Reproducción. Ediciones Científicas La Prensa Médica Mexicana S.A. México. 1982.
3. BORREL MACIA, Antonio. La persona humana. Derecho sobre el propio cuerpo vivo y muerto. Derecho sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres. Editorial Bosch. España. 1953.
4. CASTAN TOBENAS, José. Derecho Civil Español y Foral. T.V. Vol. II. Editorial Reus. Madrid. 1958.
5. CESTAN, Saul. Derecho de Familia y Familia. Vol. I. FCU. Montevideo Uruguay. 1982.
6. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales. Editorial Porrúa S. A. México. 1987.
7. DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Editorial Porrúa S.A. México. 1981.
8. DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Contratos en particular. Vol. 4º. Sexta Edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1986.
9. DE PINA, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1992.
10. DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. T. II. Vol. 2º. Derecho de obligaciones, Derecho de familia, Derecho hereditario. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1978.
11. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Personas y Familia. Editorial Porrúa S.A. México. 1983.
12. GUITRON FUENTEVILLA, Julián. Tesis. Editorial Promociones jurídicas y Culturales S.C. México. 1991.
13. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. El Patrimonio pecuniario y moral o derechos de la personalidad y Derecho Sucesorio. Editorial Cajica S.A. México. 1980.
14. IIBB, JOSÉ. Embriología Médica. Editorial El Atenco. Buenos Aires. 1984.
15. HENDRIK M., Ruitenboek. La homosexualidad en la sociedad moderna. Editorial Siglo XXI. Buenos Aires. 1973.
16. HUNT ANTON, Linda. La decisión de ser madre para la mujer de hoy. Editorial Gisa. España. 1993.
17. KARCHMER K., Samuel. Temas selectos en Reproducción Humana. INPER. México. 1989.
18. LEON, Henri y MAZEAUD, Jean. Lecciones De Derecho Civil. Parte Primera. Vol. III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1970.
19. LLEDÓ YAGÜE, Francisco. Fecundación Artificial y Derecho. Editorial Tecno S.A. Madrid. 1988.
20. MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Editorial Porrúa S.A. México 1988.
21. MENDEZ COSTA, María Josefa. La Filiación. Editorial Rubinzal Culzoni SCC. Santa Fe Argentina, 1986.
22. MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. S.A. México. 1992.
23. MOTO SALAZAR, Efraín. Elementos de Derecho. Editorial Porrúa S. A. México. 1955.

24. NINO Carlos S. *Ética y Derechos Humanos*. Editorial Paidós. Buenos Aires Argentina. 1984.
25. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. *Derecho de Familia*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Madrid. 1989.
26. PEREZ PEÑA, Efraín. *Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología en la reproducción*. Salvat Mexicana de Editores S.A. de C.V. México. 1981
27. PLANIOL, Marcel y Ripert, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Introducción, familia, matrimonio. T.I. Editorial Cajica S.A. Puebla. 1983.
28. QUINTERO MONASTERIO, Rubén. *Inseminación Artificial humana. Su valor en el tratamiento de la Infertilidad*. Editorial. Universidad Central de Venezuela. Organización de Bienestar Estudiantil. Venezuela 1974.
29. RAMSEY, Paul. *El hombre fabricado*. Ediciones Guadarrama. Madrid. 1973.
30. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano. T.II. Derecho de Familia*. Editorial Porrúa S.A. México. 1987.
31. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *De los contratos Civiles. Teoría General del contrato. Contratos en especial. Registro Público de la Propiedad*. Editorial Porrúa México. 1973.
32. SÁNCHEZ TORRES, Fernando. *Ciencia y Reproducción Humana*. Empresa Editorial Universidad Nacional de Colombia. Colombia. 1991.
33. SERNA MEROÑO, Encarnación. *La Reforma de la Filiación*. Editorial. Montecorvo S.A. Madrid. 1985.
34. SOBERÓN ACEVEDO, Guillermo y col. *Derecho Constitucional a la protección de la salud*. Editorial Miguel Angel Porrúa. México. 1983.
35. SOTO LAMADRID, Miguel Angel. *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el Derecho*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1990.
36. TOZZINI, Roberto I y col. *Esterilidad e Infertilidad Humanas*. Editorial Médica Panamericana. Buenos Aires. 1980.
37. TUBERT, Silvia. *Mujeres sin sombra. Maternidad y tecnología*. Editorial Siglo XXI. S.A. España. 1991.
38. VERDÚ, Vicente. *Nuevos Amores, Nuevas Familias*. Tusquets Editores. Barcelona. 1992.
39. VERRUNO, Luis y col. *Banco Genético y el Derecho a la identidad*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1988.
40. VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Las Nuevas Formas de Reproducción Humana*. Cuadernos Civitas. España. 1988.
41. ZANNONI Eduardo A. *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*. Editorial Astrea. Buenos Aires 1978.
42. ZANNONI Eduardo A. *Derecho Civil. Derecho de Familia. T.II*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1989.

REVISTAS.

43. *Ginecología y Obstetricia de México*. Año. XXXII. Vol. 42. No. 253. Noviembre. Asociación Mexicana de Ginecología y Obstetricia. Editorial Federación Mexicana de Asociaciones de Ginecología y Obstetricia. México. 1977.
44. *Ginecología y Obstetricia de México*. Vol. 60. enero 1992. Asociación Mexicana de Ginecología y Obstetricia. Editorial Federación Mexicana de Asociaciones de Ginecología y Obstetricia.
45. *La familia y la Técnica actual*. Año. XIV. No. 41. Revista del Instituto de Derecho Comparado de México. Mayo-Agosto.

46. *Human Reproduction*. Vol. 7. Núm. 4 Abril. 1992. Oxford University Press.
47. *Human Reproduction*. Vol. 7 Núm. 7 Agosto. 1992. Oxford University Press.
48. *Human Reproduction*. Vol. 7. Núm. 9. Octubre. 1992. Oxford University Press.
49. *Human Reproduction*. Vol. 9. Núm. 11. Noviembre. 1994. Oxford University Press.
50. *Fertility and Sterility*. Supplement. 1. Official Journal of the American Fertility Society. Ethical Consideration of Assisted Reproductive Technologies. By American Fertility Society. Birmingham Alabama. 1994.
51. *Fertility and Sterility*. Vol. 62. Num. 5. Noviembre. 1994. Oficial Journal of the American Fertility Society. Ethical Consideration of Assisted Reproductive Technologies. By American Fertility Society. Birmingham Alabama. 1994

CONGRESO DE FILIACIÓN. La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. (ponencias y comunicaciones presentadas en el Congreso de Filiación, celebrado en el Palacio de Villa Sueso de VitoriaGasteiz entre los días 28 de septiembre y 2 de octubre de 1987.)

TESIS.

HURTADO PÉREZ, Laura Coral. *Contrato de Maternidad delegada*. UNAM. 1990.

DICCIONARIOS.

Diccionario Jurídico Mexicano. T. VII. Editorial. UNAM. Del Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1994.

LEGISLACIONES.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Penal.

Ley General de salud.