



302709
**UNIVERSIDAD FEMENINA
DE MÉXICO**

21
24

**ESCUELA DE DERECHO
INCORPORADA A LA UNAM**

La Filiación de los Hijos Concebidos por Inseminación Artificial

**TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:**

LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA

Ma. de los Angeles Moreno González

DIRECTOR DE TESIS:

Lic. Irma Rubio Solís

México, D.F.

1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A TI :

POR HABERME DADO LA VIDA

Y PORQUE SOLO TU SABES LO QUE SUFRISTE PARA SACARME ADELANTE

GRACIAS MADRE

A USTEDES :

POR SU EJEMPLO PARA Luchar POR LO QUE PARECIA TAN DIFICIL

Y SOBRE TODO POR SU APOYO INCONDICIONAL Y LOGRAR CRECER MAS

GRACIAS HERMANOS

A USTEDES:

POR SU AYUDA, ENSEÑANZAS, CONSEJOS Y COMPAÑIA .

GRACIAS PROFESORES Y AMIGOS

*Y A TI DIOS POR PERMITIRME ESTAR HOY AQUI Y
SENTIR ESTO QUE ME HACE TAN FELIZ.*

I N D I C E
INTRODUCCION

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FILIACION

LEGISLACIONES ANTIGUAS

1.0 ROMA	1
1.1 EDAD MEDIA	7
1.2 DERECHO CANONICO	7
1.3 DERECHO FRANCES	7
1.4 LAS LEYES ESPAÑOLAS	7
1.5 EPOCA CONTEMPORANEA	9
1.6 LA FILIACION EN EL DERECHO MEXICANO	10
a) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS DE BAJA CALIFORNIA DE 1870	
b) CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1884	
c) LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917	
d) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1928	

CAPITULO II

LA FILIACION

2.0 CONCEPTO	12
2.1 NOCION NATURAL	12
2.2 NOCION JURÍDICA	12
2.3 CLASES DE FILIACION	13
a) filiación matrimonial	
b) filiación extramatrimonial	
c) filiación adoptiva	

<i>c. 1) filiación biológica y filiación adoptiva</i>	
2.4 PRINCIPIOS GENERALES DE LA FILIACION	15
<i>a) principio de igualdad</i>	
<i>b) principio de la verdad biológica</i>	
<i>c) principio de protección a la familia</i>	
<i>d) los hijos matrimoniales y extramatrimoniales</i>	
<i>e) consecuencias jurídicas</i>	
2.5 FILIACION MATRIMONIAL	20
<i>a) concepto</i>	
<i>b) plazos legales para establecer la certeza de paternidad derivada del matrimonio.</i>	
<i>c) acciones relativas a la filiación matrimonial</i>	
<i>c. 1 de desconocimiento o contradicción de la paternidad</i>	
<i>c. 2 de reclamación de estado de hijo de matrimonio</i>	
2.6 PRUEBAS DE FILIACION	24
<i>a) actas de registro civil</i>	
<i>b) posesión de estado de hijo</i>	
2.7 CONCEPTO DE LEGITIMACION	25
2.8 FILIACION EXTRAMATRIMONIAL	25
<i>a) Concepto</i>	
2.9 RECONOCIMIENTO	26
<i>a) Concepto</i>	
<i>b) Reconocimiento voluntario</i>	
<i>b. 1 Requisitos</i>	
<i>b. 2 Substanciales</i>	
<i>b. 3 Formales</i>	
2.10 NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO	28
2.11 IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO	28
2.12 IRREVOCABILIDAD DEL RECONOCIMIENTO	28

<i>2.13 INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD</i>	29
<i>2.14 INVESTIGACION DE LA MATERNIDAD</i>	29
<i>2.15 EPOCA DE EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD Y LA MATERNIDAD</i>	30
<i>2.16 LA FILIACION COMO ESTADO JURÍDICO</i>	30
<i>2.17 LOS HECHOS JURIDICOS DE LA PROCREACION LA CONCEPCION DEL SER, EL EMBARAZO Y EL NACIMIENTO</i>	31
<i>2.18 ESTATUS JURÍDICO DEL EMBRION HUMANO</i>	31
<i>2.19 EL DERECHO A LA VIDA</i>	35

CAPITULO III

LA INSEMINACIÓN

<i>3.0 INSEMINACIÓN HOMOLOGA</i>	37
<i>3.1 INSEMINACIÓN HETEROLOGA</i>	37
<i>3.2 TECNICAS DE REPRODUCCION ARTIFICIAL</i>	38
<i>3.3 FECUNDACION O FERTILIZACION IN VITRO</i>	39
<i>3.4 MARCO JURÍDICO DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL</i>	43
<i>a) Fundamento legal</i>	
<i>b) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</i>	
<i>c) Ley General de Salud</i>	
<i>d) Reglamento de la Ley General de Salud</i>	
<i>e) Código Civil vigente para el Distrito Federal</i>	
<i>3.5 NATURALEZA JURÍDICA DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL</i>	50
<i>3.6 BANCOS DE SEMEN Y SU IMPORTANCIA</i>	52
<i>3.7 LA SITUACION DE LA INSEMINACIÓN EN MEXICO</i>	53
<i>3.8 FORMAS DEL CONSENTIMIENTO</i>	53
<i>3.9 PROYECTOS DE REFORMAS AL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE JALISCO Y NUEVO LEON</i>	55
<i>3.10 LO QUE HAY QUE SABER</i>	57

CAPITULO IV

PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

4.0 LA LEGISLACION FRENTE A LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ARTIFICIAL	60
4.1 LA INSEMINACION	63
<i>A) Dentro del matrimonio</i>	
<i>B) Fuera del matrimonio</i>	
4.2 LA MATERNIDAD SUBROGADA O GESTACION POR ENCARGO	71
4.3 LA PATERNIDAD Y LA FILIACION EN RELACION A LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA	74
4.4 ATRIBUCION JURIDICA DE LA MATERNIDAD O PATERNIDAD	77
4.5 VINCULACION DE LOS GAMETOS Y LA PATRIA POTESTAD EN LA REPRODUCCION ASISTIDA	78
4.6. LA REPRODUCCION ASISTIDA Y EL DERECHO HEREDITARIO	79
4.7 LOS DONADORES EN LA REPRODUCCION ASISTIDA	80
4.8 LA ADOPCION Y LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA	81
4.9 PROPUESTAS DE ADICIONES AL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL	82
4.10 COMENTARIOS ADICIONES Y PROPUESTAS A LA LEY GENERAL DE SALUD	83
4.11 CONFLICTOS DE LEYES DERIVADAS DE LA REPRODUCCION ASISTIDA	85
CONCLUSIONES.	88
BIBLIOGRAFIA.	90

UNIVERSIDAD FEMENINA DE MEXICO

Al día de hoy, sin duda has realizado un enorme esfuerzo que en breve se verá recompensado. eres candidato a disertar en un examen profesional.

Con gusto y satisfacción te felicitamos y deseamos la mejor de la suerte, aprovechando para hacer de tu conocimiento algunas pequeñas acciones que deberás llevar a cabo previamente.

1º Verificar fecha, hora y lugar de Examen Profesional en la Dirección de Servicios Escolares.

2º Prepararse para el Examen Profesional.

2.1 Estudiar formalmente para la defensa y disertación del trabajo de tesis.

2.2. En caso de optar por una breve exposición- presentación, recuerda:

+ Tienes **20 min. máximo** para la exposición.

+ En caso de requerir proyector, pantalla, señalizador, etc. solicitarlo con **10 días de anticipación** en Sala de Firmas.

3º Confirmar como recordatorio al Sinodo, día y hora de examen, **10 y 3 días**, previamente al evento.

3.1 En caso de que un Sinodo titular cancelara el compromiso, es deber de la sustentante confirmar de inmediato a los suplentes y dar aviso a la Dir. de Servicios Escolares..

4º Presentarse al Examen Profesional en la fecha indicada **40 minutos** antes de la hora señalada

5º Recoger el acta de Examen Profesional **1 mes** después de la fecha de presentación del examen.

6º Recoger el tarjetón oficial después de **2 meses** o cuando sea llamado por la Dir. de Servs. Escolares de la UFM, mismo que la titulado deberá entregar en la UNAM a fin de recoger el Título Profesional.

DISPOSICIONES GENERALES

1.- La Universidad se reserva el derecho de corroborar o disprobar cualquier documento que así considere.

2.- No existe autorización para Exámenes Profesionales Cerrados o de presentación individual, es decir que la sustentante deberá asistir acompañada de 2 familiares o amigos como mínimo.

2.- El veredicto del jurado es inapelable para aprobar o suspender al sustentante.

3.- El pasante que resulte suspendido en el Examen Profesional, podrá presentarse nuevamente y por una vez más, pero siempre y cuando hayan transcurrido 6 meses, haya realizado las modificaciones indicadas por el sinodo durante el primer examen y haya cubierto los derechos correspondientes.

MOTIVOS DE SUSPENSIÓN

Será motivo de suspensión:

- a)** Cuando el sustentante tenga un retraso de 30 minutos respecto a la hora indicada.
- b)** Cuando el sustentante presente un comportamiento inadecuado en el examen.
- c)** Cuando el sustentante se presente inadecuadamente vestido.
- d)** Cuando haya interpelaciones por parte del público invitado.
- e)** Cuando se incurra en alguna falta que contemple el reglamento general de alumnos.

INTRODUCCION

La sociedad mundial vive una tecnificación a gran escala, la ciencia avanza en varios y muy diversos aspectos y especialidades, por su parte la biología determina severos cambios en la vida de las personas y al cambiar éstas, el derecho se debe preocupar por los nuevos modos de vida, para regularlos y orientarlos., pero no sólo los ya realizados, si no además prever esos cambios que habrán de presentarse y dictar medidas anticipadamente al cambio de la vida de las personas.

Muchas fantasías que antes parecían irrealizables se han visto concretizadas y materializadas significando con ello grandes y loables triunfos para el genio humano.

Todos esos adelantos y logros en un área del mundo científico repercuten necesariamente en todas las restantes ramas científicas, que crean dogmas no regulados hasta principios de siglo.

Vivimos pues la época del dominio humano y la época del que hacer científico sin límites ni ataduras. Nuestros ojos cada vez mas habituados al avance inevitable de la medicina, permiten en la actualidad, a quienes limitados por causas fisiológicas, psicológicas. etc., no pueden naturalmente ser padres., y gracias a esos avances lo logren aunque en alguno de los casos y quizás el mas importante sea sólo biológicamente o genéticamente.

Tal es el tema de procreación humana, sobre el cual versa el presente trabajo.

Pero no se puede adoptar una actitud meramente explicativa, si no que por el contrario debemos criticar las consecuencias que estos avances en la especialidad señalada implican en la esfera jurídica.

Precisamente derivada de esa visión surgen diversas interrogantes e inquietudes sobre los aspectos de la filiación tanto dentro del matrimonio como fuera de el , entre el producto de la concepción y la madre que ha sido fecundada la cual es la que gesta al niño y no la que se ostentará jurídica y socialmente como tal, toda vez que el nasciturus haya nacido.

O el caso en que el material empleado para la concepción del producto ya de la madre , o del padre haya sido sustituido por el de un tercero.

La madre sustituta o el tercero donador tiene algún derecho filial en relación con el nasciturus, puede en algún momento reclamar la misma, o en su caso como podrá el sustituido reclamar los mismos derechos.

La legislación Civil para el Distrito Federal es omisa en estos aspectos, lo cual significa que existe una laguna en este espacio y un atraso en lo general.

Consientes del dinamismo cambiante del derecho , característica y elemento fundamental de la ciencia jurídica se propone su regulación en el Código Civil en el capítulo de familia, entre otros, para que de esta se deriven las reformas conducentes y adecuadas en la legislación Mexicana.

Por todo ello se pretende demostrar y delimitar los conceptos básicos sobre el tema, para posteriormente analizar las normas vigentes de la materia y finalmente hacer la o las proposiciones que fueran necesarias o convenientes.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FILIACION

A través de la historia de la Humanidad, observamos que los hijos extramatrimoniales han sido considerados por las diversas civilizaciones en forma injusta respecto a los beneficios o derechos otorgados a los hijos habidos en matrimonio.

Sin embargo, tales consideraciones han variado en los distintos países, siendo sus legislaciones de algunos menos rigoristas que las de otros países.

LEGISLACIONES ANTIGUAS

Y en via de ejemplo haré una breve referencia:

1.0 ROMA

El Derecho Romano "primitivo" fue extremadamente injusto en cuanto a las consideraciones de los hijos extramatrimoniales.

*No fue sino hasta que apareció el Edicto **Unde Cognati**, como tal rigor empezó a atenuarse al establecerse las obligaciones surgidas por el parentesco natural, particularmente el consanguíneo, que se establecía por el sólo hecho de la concepción en relación con la madre y los parientes maternos.*

*Este es el fundamento de la máxima romana "**Mater semper certa est**", consagrada en el Digesto.*

Más tarde empezaron a fijarse las siguientes diferencias en cuanto a la calificativa de los hijos extramatrimoniales. Tal clasificación resulta muy importante, ya que influyó y dejó precedente en todas las legislaciones latinas del siglo pasado, y a saber se trata de los siguientes conceptos:

"LIBERI NATURALIS: *O sea los hijos nacidos de una concubina.*

ADULTERINI: *Cuyo padre o madre estaba casado con persona distinta a la que los engendró.*

INCESTUOSI: *Producto de uniones prohibidas por vínculos de parentesco consanguíneo.*

SPURI: Clasificados así por la vida promiscua o deshonesta de la madre. Algunas legislaciones contemporáneas estiman a tales hijos como "manceres" o "manchados". En nuestro país no se presentó éste último clasificado.¹

Los primeros es decir los *liberi naturalis* se aceptaron como parientes del padre o de la madre, quienes podían legitimarlos y así, tener derecho a la herencia de sus progenitores, aunque en porción inferior a la de los hijos legítimos. Los demás estaban privados de todo derecho de índole familiar, hasta de los más elementales, como lo era el solicitar alimentos.²

Para los romanos, la filiación es el lazo natural que une a un infante con sus autores y produce efectos más o menos extensos, según la naturaleza de la unión de donde resulta la concepción del infante.

Por consiguiente, "la filiación más plena es aquella que emana de las *"iustas nuptiae"* y que vale para los hijos la calificativa de *"liberi iusti"*".³

Así queda configurada la filiación legítima.

Por otra parte, para que la filiación pueda producir cualquier efecto, debe ser legalmente cierta, y conforme a los principios romanos, dicha certeza existía legalmente con respecto a la madre en base a que el parto era un hecho fácil de constatar; la paternidad resultaba incierta, pero el matrimonio la aportaba o del mismo se derivaba dicha presunción.

Uno de los fines sociales del matrimonio es determinar legalmente la filiación, con tal veracidad, que en la mayoría de los casos era exacta; pues conviniendo estas dos ideas: de que la mujer cohabitara exclusivamente con su marido, sin hacerlo con ninguna otra persona; era ello base para que los romanos establecieron la siguiente presunción: *"pateris est quem nuptiae demonstrant"*.⁴

Dicha presunción, respecto a que el marido de la esposa sea el padre del hijo, se encuentra consagrada en el Digesto, Libro Quinto, Título "De Injus Voc", Ley II,

¹ Enciclopedia Jurídica OMEBA Tomo XII pag. 216

² Peña Guzmán, Luis Alberto y Arguello. Luis Rodolfo Derecho Romano pag. 458

³ Bravo González Agustín Derecho Romano Privado pag. 119

⁴ Bravo González Agustín Derecho Romano Privado pag. 119

Párrafo 4o., estatuido por Paulo: "Quia semper certa est (mater) etiamsi vulgo concepteri: pater nero is est quem nuptia demonstrat"

Esta presunción no se impone de manera absoluta y concluye cuando el hijo no ha sido concebido durante el matrimonio de sus padres, o si por ausencia o enfermedad del marido ha sido imposible toda cohabitación durante la época de la concepción.

Para resolver todos los problemas que derivan de lo antes expuesto, y saber si la mujer ha podido concebir durante el matrimonio, los jurisconsultos determinaron en base a ello que los límites extremos(mínimo-máximo) de la duración del embarazo, en base a los estudios de los médicos griegos: el mínimo es de 180 días y el máximo de 300 días; de tal forma que el hijo será "Justus" si nace en 181 días lo más pronto, contados a partir de la celebración del matrimonio, o el de 301 días a más tardar, después y comprendido el caso de la disolución de las "Iustas Nuptiae".

Capitolino y Apuleio cuentan que desde Marco Aurelio, la filiación se hacía constar en los Registros Públicos: el padre tenía la obligación de declarar el nacimiento de sus hijos en un término de 30 días, en Roma, al "praefectus aeron", y en provincia a los "tabulari publici".⁵

Es probable que éste uso sea el más antiguo dentro de la historia del mundo jurídico.

Los principales efectos legales de las iustae nuptiae con relación a los hijos, o sea de la filiación legítima en Roma eran los siguientes:

- 1.- Da lugar a la agnación o parentesco civil.*
- 2.- Obligación recíproca de darse alimentos y que para el hijo comprende además el beneficio de la educación.*
- 3.- El infante debe respeto a sus ascendientes.*
- 4.- El padre comunica a sus hijos la calidad de ciudadanos romanos y condición social.⁶*

El Derecho Romano consagró diversos modos de adquirir la patria potestad (paterna) y su mayor relevancia la tuvo el matrimonio legítimo, por ser tal hecho la

⁵ Ventura Silva Sabino Derecho Romano pag. 183

⁶ Bravo Gonzáles Agustín Derecho Romano Privado pag. 120

*forma natural de originar la potestad paterna; así mismo se estimó que podría existir sobre aquellos hijos nacidos de un matrimonio que no tenía carácter de legítimo, bien sea por haber sido contraído por error entre personas que carecían del *Ius Connubium*, pero que era menester proteger, en defensa de la integridad del grupo familiar y la descendencia.*

También se admitió que la patria potestad se adquiriera sobre hijos nacidos extramatrimonialmente, producto de uniones irregulares como el concubinato, mediante la legitimación, que introdujeron los emperadores romanos y cristianos, favoreciendo las legítimas nupcias.

Es así como la legislación romana aceptó como fuente de la patria potestad algunas causas ajenas a las derivadas de la gestación, manifestadas bajo la forma de actos jurídicos, cuyo efecto era hacer que la persona alieni o sui iuris, ingresaran a la familia del pater, mediante la adopción o la adrogación.

*En síntesis, el título natural mediante el cual, una persona romana adquiría la calidad de miembro de una familia, colocándose bajo la potestad paterna, era la procreación derivada de un *iustum matrimonium*; por consiguiente, la consecuencia jurídica del mismo, en relación con los hijos, era la filiación legítima.*

Desde éste punto de vista, la filiación es el nexo existente entre el engendrado y sus progenitores; se trata de una relación causal, que además de propiciar el estado civil de las personas, establece un vínculo que liga a alguna de ellas con el grupo social al que pertenece y del que surgen ciertos atributos, como los de ser sucesor, solicitar alimentos, etc.

*Los hijos naturales originalmente en el Derecho Romano fueron considerados como si no tuvieran padre; más tarde los hijos nacidos de una concubina o "*liberis naturalis*", podían gozar del beneficio de la legitimación por el subsiguiente matrimonio de sus padres; quedando excluidos de dicho beneficio, los nacidos de uniones entre personas que legalmente no podían contraer matrimonio entre sí, como los adulterinos, los incestuosos y los espurios, que eran los demás hijos ilegítimos.*

1.1 EDAD MEDIA.

El la Edad Media el catolicismo suavizó las disposiciones existentes respecto a los hijos extramatrimoniales, en las leyes romanas .

1.2 DERECHO CANONICO.

Reconoció el derecho a alimentos de todos los hijos; favoreció el que los hijos quedaran legitimados por el subsiguiente matrimonio de sus padres, como una forma para consolidar la familia y subsanar los errores cometidos por los progenitores. A los únicos que les era negado tal beneficio era a los nacidos

1.3 DERECHO FRANCES.

De dicha época siguió los lineamientos del Derecho Romano aunque con mayores ventajas puesto que establecía los deberes morales de los padres para con todos los hijos, independientemente a la condición de su nacimiento; estimando además que los alimentos eran una obligación sagrada.

1.4 LAS LEYES ESPAÑOLAS.

El FUERO JUZGO es la versión castellana del Código visigótico "Liber Judicum", y se trata de una compilación de leyes hecha en los siglos V y VI, y la versión se realizó en el siglo XIII por orden de Fernando III "El Santo". Se trata de una de las más antiguas muestras de las lenguas romances.

En dicha ley , se habla de que los hijos nacidos después de la muerte del padre, deberían ser heredados en iguales proporciones que los hijos nacidos anteriormente; en caso de no haber dejado otros hijos mas que el que viniera en camino, el padre podía dar la cuarta parte de sus bienes a quien deseara y las otras tres cuartas partes de su heredad serán destinadas al hijo no nacido. Un matrimonio sin hijos podía hacer donaciones hasta la quinta parte de sus bienes, pero si posteriormente tenía descendencia, las donaciones quedaban sin efecto, para pasar s ser parte de sus hijos, es decir, del patrimonio de los mismos; pero las donaciones realizadas entre los maridos antes de tener hijos, continúan teniendo validez a pesar de tener posteriormente hijos.

También se establecía que el hombre o mujer que se hiciera cargo de algún niño abandonado por sus padres, los cuales posteriormente fueran conocidos y libres, deberían dar un siervo por su hijo o un precio, y si no podían redimir su pecado, debían quedar como siervos de la persona que acogió y crió a su hijo, y en caso de ser redimidos por su hijo el juez los echaba de esa tierra para siempre.⁷

Después de haber hecho alusión a las anteriores Leyes contenidas en el Fuero Juzgo, se puede captar el espíritu del jurista de aquella época, que era hacer una compilación de los Códigos visigóticos de los siglos V y VI de nuestra era y a ello se debe que se hable de "Mandatos del Príncipe", "pecado", "de los siervos", "de la venta de los adúlteros por parte del marido ofendido", del hacerse justicia por propia mano en algunos casos específicos, del poder económico, de la potestad que confería el Príncipe a los padres con relación a sus hijos y los derechos de éstos con relación a los bienes de sus padres; se percibe que aún permanecen en algunas leyes el influjo de la magia, del hechizo, de la brujería, de hacer brebajes de plantas que ocasionan al que lo ingiera la pérdida de la voluntad y conciencia, esto por parte de mujeres malas que pretendían hacer tontos a sus maridos, sin que ellos reaccionen ante su mala conducta.

Por otro lado, se percibe la protección que hay para el hijo, provenga éste de donde provenga y sea cual fuere su origen.

En lo referente a la filiación, *Las Siete Partidas de Alfonso El Sabio*, no obligaban al padre de hijos incestuosos, adulterinos o sacrilegos, ni a sus parientes, a darles alimentos; aunque tampoco se los prohibía, por motivaciones "piadosas". Sin embargo, tal obligación recaía en la madre y sus parientes; en base a que la madre siempre es fácil de constatar, por ser un hecho certero la maternidad, factible de comprobación.

Estos hijos tampoco podían ser instituidos herederos por testamento y si los padres lo hicieran, otorgándoles legados o donaciones, los hijos legítimos o un representante de la Corona, podía invalidarlas. Sin embargo, si podían heredar de los bienes de su madre.

⁷ Las Leyes de Recopilación. Tomo I pag. 137

Respecto al contenido de la Cuarta Partida, el criterio fue muy estricto al aceptar el principio de que las viudas no contrajeran nuevas nupcias antes de haber cumplido un año de muerto el marido; lo anterior con la finalidad de que no hubiera dudas respecto al posible fruto que hubiera quedado del marido muerto y por cuestiones de la paternidad del segundo esposo con relación al nacido de dicha mujer. Y si la mujer se casara antes del término citado, se le consideraba como de "mala fama", en base a la facilidad de dicha mujer para aceptar nuevos vínculos, olvidando los que anteriormente la tenían atada a otro hombre; por lo que se le condenaba a perder las arras, donaciones y cuanto le hubiese dejado el primer marido.

En relación a la patria potestad, imitó a las leyes romanas, haciendo extensivos sus derechos bárbaros: estableciendo la Ley Segunda, de ésta Partida: "en caso de extrema miseria, se autoriza al padre para que venda o empeñe a sus hijos, pudiendo así comprar comestibles y que no muera ninguno..."

Respecto a los hijos ilegítimos, el criterio a seguir es injusto y cruel por la forma de considerar a las víctimas de un amor no santificado por la religión, castigando en ellos, los delitos cometidos por los padres, al traerlos a éste mundo, sin haber celebrado matrimonio religioso previamente a su concepción.

EL FUERO REAL DE ESPAÑA, fue producto de la observancia y recopilación de las normas aplicadas nacionalmente, que satisfacía las necesidades de la época y es fiel reflejo de la sociedad de dicho tiempo.

1.5 EPOCA CONTEMPORANEA

La Revolución Francesa pretendía la igualdad entre los hombres, sin aceptar las diferencias surgidas por la condición del nacimiento de los seres humanos.

Por lo que en Decreto del 12 Brumario del año II, se establece la igualdad entre hijos legítimos y naturales, haciendo a un lado los hijos adulterinos e incestuosos.

El Código de Napoleón o Código Civil de 1804, restituye la misma desigualdad anterior. Pero es aquí cuando empieza a surgir la corriente ideológica, que señala que tal distinción o desigualdad es injusta desde el punto de vista legal y es contraria a la

naturaleza humana, partiendo de circunstancias biológicas; ya que hacía recaer en seres inocentes la culpa de sus padres. Pero junto a dicha corriente ideológica, siempre ha coexistido otra postura que es la que se basa en no herir a la familia legítima, respetando a la misma y teme se establezca una justa paridad en cuanto a los derechos de los hijos legítimos como de los hijos nacidos fuera de matrimonio.⁸

En síntesis, podemos decir que la filiación es un hecho jurídico, resultado de una situación existente en la vida real de una pareja que procrea un hijo; independiente de las circunstancias que rodeen dicha unión sexual de la misma, la filiación extramatrimonial no puede tomarse como castigo de por vida.

1.6 LA FILIACION EN EL DERECHO MEXICANO

a) CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS DE BAJA CALIFORNIA 1870

Este código prohibió que se hiciera constar el nombre de los padres si el hijo fuera adulterino o incestuoso, evitando así el escándalo. Permitió la legitimación, la cual se concedía únicamente a favor de los hijos naturales y sólo por el subsiguiente matrimonio de sus padres. El reconocimiento del hijo natural era necesario para la legitimación.

Tan duro fue el Código con los hijos extramatrimoniales que determinaba que aunque hubieran sido reconocidos previamente, podían perder los derechos anteriormente adquiridos si por sentencia se declaraba su calidad de hijos adulterinos o incestuosos, y en consecuencia sólo tendrían los derechos que la ley les concedía.

Se establecieron tres calidades de hijos legítimos, naturales y espurios, los cuales no gozaban de iguales derechos, como era el caso de la sucesión.

Se prohibía la investigación de la paternidad, con la única excepción de que el hijo fuera producto de delitos como el rapto y/o la violación, o de hallarse el hijo en posesión de estado, porque en el primero de los casos se tenía de donde partir para

⁸ Enciclopedia Jurídica OMEBA Tomo XII pag. 211

investigar y una justa reparación, y en el segundo había casi una prueba que en unión con otras se podía fijar plenamente la filiación.

b) CODIGO CIVIL DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1884.

Este Código es casi una reproducción del de 1870, presentando una innovación en cuanto al reconocimiento de los hijos espurios en su artículo 100.

El legislador de este Código quiso corregir la omisión del anterior en relación a que no establecía la forma en que se identificaban los hijos que no tenían esa calidad, pues estaba prohibido reconocerlos y en las actas de nacimiento no se podía asentar el nombre del progenitor adulterino.

Gracias a esta innovación los hijos espurios podían designarse no sólo en el acta de nacimiento, sino ser reconocidos por testamento.

c) LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917

Esta Ley, que eliminó por completo el calificativo de los hijos espurios, fue exageradamente corta en los derechos que otorgaba a los hijos extramatrimoniales, porque sólo les concedía el dudoso honor de que en caso de ser reconocidos, llevaran el apellido del progenitor que los reconociera.

Sin embargo no obstante lo anterior eliminó también los calificativos que se les atribuían a los hijos nacidos fuera de matrimonio pero les negó los derechos de alimentos y sucesión.

d) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1928

La legislación vigente no discrimina a los hijos en sus derechos por razón de su origen; pues una vez establecida la filiación, ya sea por matrimonio, adopción, reconocimiento voluntario, o imputación de la paternidad, los derechos entre los padres e hijos son iguales. Derechos establecidos en el Título séptimo, Capítulo primero al cuarto que comprende los artículos del 354 al 389.

Sobre el contenido y alcance de los preceptos señalados líneas arriba tratare en el siguiente capítulo.

CAPITULO II

LA FILIACION

2.0 CONCEPTO

El termino filiación procede de la palabra latina Filius-i que significa hijo, la cual abarca la relación jurídica que existe de hijo a padres por consanguinidad indistintamente padre o madre, con la excepción de la filiación adoptiva donde no existe tal relación consanguínea entre el adoptante y el adoptado sin embargo surge tal figura.

2.1 NOCION NATURAL

Paternidad significa en sentido estrictamente gramatical, calidad de padre, como maternidad significa calidad de madre. La filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres; es entonces la relación de origen que permite conocer quienes son los ascendientes de una persona determinada.

Paternidad y filiación no siendo sinónimos se refieren a la misma relación humana que existe entre procreantes y procreados. Desde un ángulo se contemplan como paternidad, que afecta los padres y desde el otro como filiación que hace referencia a los hijos.

2.2 NOCION JURIDICA

Desde el punto de vista del derecho, el término de filiación tiene dos acepciones, una amplia que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes es decir entre personas que desciende las unas de las otras y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en línea ascendente a los padres abuelos, bisabuelos, tatarabuelos; etc. sino también en línea descendente para tomar como punto de relación, los nietos bisnietos y tataranietos etc. Y una comotación estricta que es la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo tal relación implica un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen tanto en la filiación legítima como en la natural un estado jurídico.

La filiación, desde el punto de vista jurídico reconoce la realidad biológica por lo que unos seres descienden de otros, pero no toda la filiación biológica necesariamente es jurídica. Se requiere que se cumplan los extremos previstos en la Ley para que el hecho natural de filiación y esa relación nacida de la naturaleza tenga consecuencias jurídicas. Es decir, para que tenga consecuencias jurídicas se requiere, o bien que se trate de una filiación nacida del matrimonio o bien, si fuere extramatrimonial que hubiese el reconocimiento por los medios previstos en la legislación.

2.3 CLASES DE FILIACION

Existen tres clase de filiación cada una de ellas se constituye de diferente manera, pero una vez surgida la relación jurídica entre progenitor e hijo las consecuencias jurídicas son iguales para todos los sujetos; lo único diferente entre las tres es la forma de establecer el lazo de la filiación y son las siguientes:

a) FILIACION MATRIMONIAL.- *Se establece cuando el hijo nace dentro de los plazos determinados por la Ley, derecho que surge directamente del matrimonio,*

b) FILIACION EXTRAMATRIMONIAL.- *Se establece en dos formas: reconocimiento voluntario que hace el presunto padre mediante la forma que establece la Ley, y la imputación de paternidad derivada de una sentencia que reclame el estado de hijo, interpuesta por el mismo o su representante legal.*

c) FILIACION CIVIL O ADOPTIVA.- *Surge como consecuencia del acto de adopción, que convierte al adoptante en padre o madre, y al adoptado en hijo.*

c.1) FILIACION BIOLOGICA Y FILIACION ADOPTIVA

La vida proviene de la vida, el nacimiento de un nuevo ser presupone la unión de un óvulo y un espermatozoide de los cuales se formará un cigoto que, después de cierto tiempo de gestación, estará capacitado para desprenderse del útero de la mujer e iniciar una vida independiente, por tanto, podemos concretar que la procedencia de los hijos respecto de los padres es un hecho natural que nadie podrá desconocer, por eso se

afirma que la filiación en este sentido existe en todos los casos, en todos los individuos, ya que siempre se es hijo de un padre y de una madre, como ley biológica inexorable.

La ley recoge esta realidad biológica como hecho del cual se deben desprender derechos y obligaciones para los integrantes de esta relación que se ha establecido entre progenitores e hijo ya que, precisamente son los padres los responsables del nacimiento de ese nuevo ser que es su hijo, por lo que tienen el deber de proporcionarle a éste, los medios necesarios para su manutención, así como encauzarlo en el desenvolvimiento de la sociedad en la que viven; asimismo el hijo debe corresponder con determinadas obligaciones hacia sus padres cuando estos no tengan los medios suficientes para su propia manutención, estos y otros deberes y derechos, que se derivan del derecho natural a la vida, y de un simple sentido común entre los miembros de una sociedad, establecen la filiación natural o consanguínea que podríamos definirla como el vínculo jurídico que nace del derecho biológico natural de la procreación.

En el siglo en que vivimos, en nuestro país, la adopción crea una relación jurídica de filiación.

La existencia de menores abandonados, con carencias tanto físicas como espirituales y sin ninguna filiación conocida muestra hoy, la necesidad de admitir la adopción como un vínculo de filiación a fin de proporcionar condiciones adecuadas de desarrollo físico y espiritual a la infancia y adolescencia privada de ellas.

Esta filiación "Por Ley", se funda en una realidad artificial ya que en este caso, no importa que el hijo adoptivo tenga nexos biológicos con el padre adoptante ya que este tipo de filiación no corresponde a la realidad biológica, sino a un vínculo paterno filial creado por el Derecho y por la voluntad declarada de una persona de atribuir los derechos y obligaciones que nacen de la paternidad o maternidad respecto de otra persona.

Ya conociendo estos 2 tipos de filiación podemos establecer un concepto más completo del término, definiéndolo como el vínculo jurídico recíproco que une a los hijos con los padres, fundado en el hecho biológico de la procreación o una decisión de la Ley.

Así podemos decir que el hijo es tal por naturaleza o por disposición de la Ley, más sin embargo debemos recordar que todos los hijos, no importando si son naturales o adoptivos son iguales ante la Ley.

En este aspecto, el cuerpo legislativo de nuestro país concordando con los principios de las avanzadas legislaciones europeas, no hace ninguna diferencia que pudiera ser discriminatoria para unos u otros "Tipos de hijos", pero si es importante dejar bien establecida cual fue la causa que motivó este estado Jurídico de Filiación, así el legislador debe hacer la separación y distinción entre filiación por naturaleza y filiación adoptiva, impidiendo que esta se "Disfrace" de aquella ya que la adopción cumple otros fines jurídicos, es decir, tiene su propia razón jurídica y por consiguiente su organización legal autónoma.

Por otra parte tampoco la filiación por naturaleza debe "Disfrazarse" de adoptiva como en otras legislaciones se hace, al poderse adoptar a un hijo extramatrimonial para mejorar su situación filiatoria, en nuestro caso no existe la necesidad de hacer esto, ya que los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y los adoptados, son iguales ante la Ley.

En conclusión, en nuestra Legislación todos los hijos tienen los mismos derechos y obligaciones, y sin perjuicio de esta igualdad jurídica, se distingue la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva .

2.4 PRINCIPIOS GENERALES DE LA FILIACION

Es importante dejar establecidos los principios en que se basa el Estado Jurídico de Filiación, es decir, los lineamientos fundamentales, en que la filiación debe quedar sustentada, ya que si en este trabajo como podrá observarse más adelante, estamos proponiendo una reforma legislativa integral al derecho de familia en nuestro país, también debemos dejar claro las bases esenciales que deben ser respetadas a fin de que el Derecho que impere sea acorde con sus fines de equidad y justicia.

Para el establecimiento de estos principios generales, fundamentales, e inviolables, basta con analizar lo que ya he comentado; la igualdad de los hijos es un principio que ha terminado con las absurdas discriminaciones en el parentesco entre unos hijos y

otros; por otro lado también anotado la importancia de la verdad biológica para el establecimiento de la filiación natural y que debe tomarse también como principio inviolable; por último y para completar el esquema de bases en que una legislación filiatoria debe fundamentarse, se encuentra el Principio de Protección a la Familia como célula esencial de este organismo que es nuestra sociedad.

a) El Principio de Igualdad

"La Función de la igualdad es mejorar la justicia y, por lo tanto favorecer el bien común a la humanidad en las Relaciones Humanas".⁹

La igualdad es un principio intrínseco del Derecho y la igualdad de todas las personas ante la Ley es no solo un principio justo que respetar, sino que en el caso de nuestro país, es una garantía individual constitucionalmente protegida, así vemos en el artículo 1o. de nuestra carta magna otorga a "TODO INDIVIDUO" el goce de todos los derechos que en ella se establecen.

Asimismo, se trata de evitar que existan discriminaciones entre los hombres, nuestro artículo 2o. Constitucional prohíbe la esclavitud y el Décimo Segundo nulifica cualquier Título nobiliario o cualquier otra prerrogativa que tengan personas en otros países.

Este principio de igualdad debe prevalecer en cualquier norma de Derecho que se realice, y los preceptos que rigen las relaciones de filiación no deben ser la excepción.

No obstante haber sido reconocida esta igualdad de todo ser humano ante la Ley desde hace mucho tiempo, no es sino hasta hace relativamente poco que este principio de igualdad se manifestó en los derechos de los hijos.

Afortunadamente en nuestra legislación vigente, la circunstancia de que un hijo nazca dentro o fuera de una relación matrimonial, o bien sea adoptada, resulta irrelevante, ya que, como he manifestado, todos son iguales ante la Ley.

⁹ Herbada Javier. Introducción Crítica al Derecho Natural. Ed. de la Univ. de Navarra, Pamplona 2ª de 1988

Es importante que no se pierda de vista este principio de igualdad al hacer modificaciones a la Ley, ya que el hecho de ser hijo matrimonial o no, no cambia en lo absoluto el respeto que se debe tener a sus propios derechos humanos.

Así dejamos establecido este principio de igualdad como un derecho insustituible e irrevocable en cualquier norma de Derecho.

b) El principio de la Verdad Biológica

Como ya hemos visto, todos los hijos son iguales ante la Ley, por lo que ya no es necesario que opere el "Favor Legitimatiss" es decir, no existe ya la probabilidad de que un hijo, por el simple hecho de no haber nacido dentro de una relación de matrimonio, quedara excluido de la esfera privilegiada de la "Legitimidad" en la filiación.

Ahora es necesario el saber quienes son los verdaderos progenitores de una persona, se debe buscar que el vínculo jurídica de la filiación por naturaleza coincida con el vínculo biológico, que haya congruencia entre la realidad biológica y la realidad, legal entre la procreación y filiación.

Hoy es posible eliminar esta discrepancia de que hablamos gracias a los avances científicos y tecnológicos dentro del campo de la biogenética, con el descubrimiento de las pruebas biológicas de paternidad y maternidad denominadas "Pruebas de Incompatibilidad Inmogenética".

Como podemos ver, excluiré del presente estudio la filiación adoptiva ya que como mencioné, esta tiene sus propios fines y razones, por la que su legislación es y debe ser tocada por separado.

El Derecho debe adecuar sus principios a la realidad en que se vive en la sociedad a la cual organiza, por lo que los descubrimientos científicos deben repercutir de una forma muy importante, en nuestra legislación.

Con las pruebas que hoy pueden ser realizadas, el grado de certeza acumulativo en la determinación de la paternidad y maternidad, alcanza el 100%, es por esto que creo que este tipo de pruebas deben ser admitidas para la determinación de la filiación de una persona, con esto también se modificarían las presunciones de paternidad por el

tiempo de duración del embarazo (tiempos que sabemos, ya son obsoletos) y por el hecho de existir vínculo matrimonial entre la madre y el cónyuge, admitiéndose otras pruebas que las establecidas en los actuales artículos 325 y 326 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por otro lado nuestra actual legislación no contempla nada acerca de la maternidad porque se presumía que el parto era prueba plena de ser la madre de un niño, pero ahora con las técnicas de la Fertilización In Vitro es Posible, como veremos más tarde, que la persona que tiene el parto, no necesariamente tiene que ser la madre del producto de la concepción por lo que también en este sentido debe ser adecuada la Ley.

También se ha visto que pueden sobrevivir perfectamente personas nacidas fuera de los límites que actualmente fija la Ley como tiempo mínimo y máximo de gestación.

Por lo tanto en la determinación de la filiación de una persona, se deben admitir todo tipo de prueba, incluyendo por supuesto, entre estas pruebas la biológica.

En virtud de este principio de la verdad biológica el derecho de la filiación se hace más real: El Origen de la persona ha de ser el que biológicamente sea el cierto, y el derecho debe buscar, en ese caso que toda persona tenga la posibilidad jurídica de utilizar los avances de la ciencia en aras de la fijación de su paternidad y de su maternidad.

c) El principio de protección a la familia

Desde los orígenes del derecho, se ha implantado necesidad de colectividad. Esto lo vemos en el Derecho Romano, donde la base de la sociedad era la familia. En los antecedentes de nuestro derecho, también la familia es la institución más importante, puesto que es la base del desarrollo comunitario.

Este principio se denota en la participación del padre en la familia, puesto que éste ejercita la acción de ser el dirigente de ese núcleo.

"La protección sustancial del núcleo familiar se observa claramente también en la creación de un requisito de admisibilidad de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial; la previa acreditación de la verosimilitud de los hechos en que se funda la

petición, vigencia que opera asimismo en la acción de impugnación preventiva de la paternidad matrimonial".¹⁰

Una vez acreditada la importancia de la familia como núcleo de la sociedad, podemos considerar importante que el desarrollo de la misma, va inherentemente allegado al avance inusitado del nexo biológico: El principio de la verdad biológica se modera, entonces, con el derecho de protección del núcleo familiar.

d) Los Hijos Matrimoniales y Extramatrimoniales

Ya hemos apuntado que la filiación puede ser por naturaleza, los matrimoniales y los extramatrimoniales.

El principio de la igualdad de los hijos ante la ley no produce la desaparición de su distinción del derecho porque los efectos de la filiación, no son los mismos; el nacimiento dentro y fuera del matrimonio no origina diferencia en sus derechos, pero la distinción entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales tiene otro fundamento, para la determinación y la prueba de la filiación ambos requieren dos procedimientos e instrumentos distintos, es por esto que en nuestra legislación existe, en el título séptimo un capítulo especial (El cuarto) dedicado al reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio, que aunque varias de sus reglas resultan ser ya obsoletas. El hijo matrimonial se vincula a sus padres (Padre y Madre) los que a su vez están relacionados por el matrimonio, la filiación es indivisible

Al contrario el hijo extramatrimonial se vincula con sus padres, progenitores que no están ligados a su vez, por otro vínculo jurídico entre sí, la filiación es divisible la relación padre-hijo por un lado, y la relación madre-hijo por el otro, esto al momento

de ejercitar las acciones relativas a la filiación resulta de gran relevancia, por eso "La filiación se deber determinar necesariamente, de distinto modo, según se trate de un hijo matrimonial o extramatrimonial, aunque tales "clases" de hijos no tengan diferenciación alguna".¹¹

¹⁰ Lavras Nora. Patria Potestad y Filiación. de. De Palma. Buenos Aires 1986 pag. 38

¹¹ Días Jenaro Enrique. Tratado de Derecho de la Familia. ed. Buenos Aires 1953 pag. 18

e) Consecuencias Jurídicas.

La filiación crea una forma de parentesco, el más cercano en grado, que es en línea recta ascendente o descendente en primer grado. Las consecuencias jurídicas que trae consigo dicho parentesco son: de alimentos, sucesión legítima, tutela legítima y determinadas prohibiciones.

*También tienen consecuencias particulares como son:
el derecho al nombre y la patria potestad.*

2.5 FILIACION MATRIMONIAL

a) Concepto

Es la que deriva del matrimonio, constituye el vínculo jurídico entre el hijo concebido en matrimonio y sus progenitores.

El matrimonio trae como consecuencia directa la certeza de la filiación a favor tanto del hijo como del propio padre. En razón del matrimonio de los cónyuges se crean derechos y deberes recíprocos, entre ellos la fidelidad entendida por tal, la exclusividad de la relación sexual.

b) Plazos legales para establecer la certeza de paternidad derivada del matrimonio

El hijo de mujer casada tendrá certeza de paternidad si nace después de transcurridos 180 días contados a partir del día de la celebración del matrimonio de sus padres y el nacido dentro de los 300 días posteriores a la disolución del mismo por muerte del marido, disolución del matrimonio o divorcio. (Art. 324 de C.C.)

Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento (ART. 325 de C.C.)

Como a partir de la celebración del matrimonio y durante la duración del mismo los cónyuges deben tener exclusividad sexual recíproca, el hijo que de a luz la mujer casada dentro de los plazos mencionados, trae consigo certeza de paternidad; su padre es el marido de su madre.

c) Acciones relativas a la filiación

Matrimonial

Son dos las acciones en razón de los dos sujetos relacionados con el lazo de la filiación padre e hijo el padre tiene el derecho en limitados casos a desconocer su paternidad y el hijo a su vez cuando no tiene actas que comprueben su estado de hijo.

La acción a favor del progenitor se llama de desconocimiento o contradicción de la paternidad, la del hijo toma el nombre de acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio.

c.1) Acciones de desconocimiento o contradicción de la paternidad

La certeza de paternidad surgida del matrimonio se establece a través de una presunción que admite prueba en contrario por lo tanto, en determinados casos y dentro de ciertos plazos que establece la ley, se podrá contradecir la paternidad que surge del matrimonio. El marido sólo tiene ese derecho durante la vigencia del matrimonio. Extinguido el matrimonio por muerte del marido, tendrán derecho a entablar la acción en ciertos y limitados casos los herederos y los terceros perjudicados por la filiación.

Se explicará solamente con lo que respecta al marido porque es un punto básico para el desarrollo de este trabajo. El marido puede desconocer al hijo nacido de su mujer en tres circunstancias diversas.

1.- Si el hijo nace antes de los 180 días siguientes contados a partir del día de la celebración del matrimonio. Este caso se da cuando el marido está seguro de no haber tenido relaciones prematrimoniales con su esposa. El Derecho lo protege permitiéndole desconocer a quien realmente no es su hijo y para que el mismo pueda desconocerlo se requiere que no concurren las siguientes circunstancias, señaladas en el artículo 328 que a la letra expresa:

ART. 328 El marido no podrá desconocer que es el padre del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio:

1.- Si se probare que sipo antes de casarse el 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.

2.- Cuando el hijo nace después de transcurridos 300 días posteriores a la declaración judicial de la separación de los cónyuges.

El plazo de los 300 días para imputar la paternidad cierta a partir de la disolución del matrimonio se cuentan de la muerte del marido o desde que se separan los cónyuges por orden judicial, ya porque sea nulo el matrimonio o se divorcien.

Pero si el hijo nace después de que ya transcurrieron 300 días de la separación judicial pero dentro de los 300 posteriores a la disolución legal del matrimonio por sentencia ejecutoriada, tendrá el hijo todavía la certeza de la paternidad porque la madre estaba casada en la época en que fue concebido como lo señala el art. 324:

El marido podrá desconocer al nacido después de 300 días contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad, pero la mujer, el hijo o el tutor de éste puede sostener en tales casos que el marido es el padre, la razón de esta presunción, estriba en que en los casos de nulidad o de divorcio existe un plazo mas o menos largo entre la admisión de la demanda y la sentencia que pone fin al matrimonio, pero en ese lapso se puede dar el caso de alguna posible reconciliación restablecer la intimidad y la probabilidad de que la mujer quedara en cinta.

3.- Cuando el hijo nace dentro de los plazos legales en los cuales se establece la presunción de la maternidad

Los plazos son: cuando el hijo nace con posterioridad a 180 días a partir de la celebración del matrimonio y dentro de los 300 días posteriores a la disolución del mismo, a la muerte del marido o a la sentencia que declara la nulidad del matrimonio, este derecho desconocer al hijo se fundamenta en los artículos que a la letra dicen:

Art. 325.- Contra esta presunción no se admite otra prueba que de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento.

Art. 326.- El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque esta 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.

En los tres casos antes señalados en los que el marido tiene derecho a contradecir que el nacido es hijo suyo, deberá ejercitar su acción dentro de los 60 días contados, desde el nacimiento si esta presente, desde el día que llegó al lugar si estuvo ausente, o desde el día que descubrió el fraude si se le ocultó el nacimiento.

c.2) ACCIONES DE RECLAMACION DE ESTADO DE HIJO DE MATRIMONIO

Si el hijo carece de actas de Registro Civil por las que puede probar plenamente su estado, tendrá que demostrar su posesión de estado, si su calidad de filiación es disputada por terceros, en este caso la Ley le concede la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio.

Los sujetos que pueden ejercer su acción son: el hijo o sus descendientes, dicha acción es imprescindible, los herederos del hijo si el hijo murió antes de cumplir veintidós años o si cayó en demencia antes de llegar a esa edad o murió después en el mismo estado, este derecho solo es concedido a los herederos que desciendan del hijo, porque por lo que respecta a los demás solo podrán continuar con la acción si el hijo la intento en vida y no se desistió formalmente de ella y los acreedores legatario y donatarios del hijo la tendrán cuando el hijo no dejó bienes suficientes para pagar sus deudas dicha acción prescribe a los cuatro años contados desde el fallecimiento del hijo.

2.6 PRUEBAS DE LA FILIACION

La prueba de filiación es sumamente importante para la vida civil de una persona, pues determina dos cuestiones fundamentales la identificación del sujeto a través del nombre y la relación de su parentesco con sus progenitores y con otros sujetos, con las consecuencias jurídicas que la filiación y el parentesco consanguíneo de otros grados trae consigo. De allí la necesidad y la importancia del Registro Civil mediante la cual se hace constar la personalidad jurídica y el estado civil de las personas físicas.

La filiación de los hijos nacidos en matrimonio se prueba con las actas que escribe el mismo registro a falta de ellas mediante la posesión de estado.

a) ACTAS DEL REGISTRO CIVIL

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. Cuando no existan actas o estas sean defectuosas, incompletas o falsas, la filiación se probará con la posesión constante de estado de hijo de matrimonio. Si no se tienen los elementos de la posesión de estado son admisibles todos los medios de prueba que la ley autoriza para demostrar la filiación, sin embargo la simple prueba testimonial no basta sola, tiene que acompañarse con indicios principios de prueba escrita o presunciones suficientes para llevar al ánimo del juez la demostración de la filiación.

b) POSESION DE ESTADO

Son cuatro los elementos que configuran la posesión de estado:

1.- Nombre.- Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre con la amencia de este.

2.- Trato.- Que el padre lo haya tratado como a hijo nacido de su matrimonio proveyendo su subsistencia educación y establecimiento.

3.- Fama.- Que el hijo haya sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad.

4.- Diferencia de Edad.- Que el presunto padre tenga la edad exigida para contraer matrimonio (16 años) más la edad del hijo contada desde su concepción, o sea 17 años de diferencia entre padre e hijo.

2.7 CONCEPTO DE LEGITIMACION

Es el beneficio que obtienen los hijos extramatrimoniales de ser considerados como legítimos por el matrimonio subsecuente de sus padres .

El Código Civil vigente , iguala la situación jurídica de todos los hijos no importando su origen , eliminando así el interés de la legitimación sin embargo sigue su regulación en los artículos del 354 al 359 de citado código.

Para que un hijo sea legitimado se requiere el reconocimiento de sus padres ya sea antes , en el momento o posterior al matrimonio , en caso que sea posterior al matrimonio los efectos se retrotraen al momento del matrimonio para considerar a los hijos como nacidos dentro del mismo.

Si el hijo es reconocido por el padre pero en el acta de nacimiento se hace constar el nombre de la madre , no será necesario que lo reconozca expresamente para que sea legitimado de igual forma resulta en relación con el padre.

Los hijos no nacidos también pueden ser legitimados si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de la mujer que esta o estuviera en cinta.

2.8 FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

a) CONCEPTO

Es la manifestación espontanea de la voluntad de uno o de los dos progenitores de considerar como hijo al habido fuera de matrimonio.

La condición jurídica de los hijos extramatrimoniales no garantiza los derechos que la matrimonial produce pues si nace un hijo de una mujer no casada, no se le puede atribuir la paternidad a un cierto o determinado varón, y no así en una mujer casada, en cuyo caso la ley atribuye con certeza la paternidad.

Los regimenes juridicos revolucionarios y liberales, las culturas con mayor humanismo y recto sentido de justicia extienden a todos los individuos la igualdad de derechos sin importar su origen con relación a la filiación afortunadamente nuestro sistema juridico vigente adopta tal igualdad.

Como consecuencia de ello se establece el reconocimiento.

2.9 RECONOCIMIENTO

a) CONCEPTO

Es el nexo juridico que se da entre progenitor e hijo que nace por el reconocimiento voluntario realizado por el progenitor , o por sentencia que cause ejecutoria imputando la filiación a cierta persona.

Las formas de establecer la filiación de los hijos habidos fuera de matrimonio son las siguientes:

b) RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO

Este se da respecto al padre , pues la maternidad es un hecho evidente comprobable pues la filiación de la madre y el hijo resulta del solo hecho del nacimiento no importando si la madre esta casada ó no cuando concibe al hijo porque una vez que este nace se crea la filiación entre los dos por razones biológicas, y por esta razón el derecho establece la filiación creando consecuencias juridicas.

La excepción a lo antes explicado solo se da cuando la madre da a luz sin testigos y después abandona al hijo, o cuando se hace pasar al recién nacido como hijo de otra mujer, caso en el cual si podrá darse el reconocimiento de la madre respecto al hijo. En relación con el padre del hijo que nace fuera de matrimonio es diferente porque aunque para algunas personas resulta evidente que el hijo es de determinado varón, el derecho no tiene elementos para establecer entre ellos la filiación , en este caso para que entre el hijo y el supuesto padre surja la filiación es necesario el reconocimiento voluntario , o una sentencia que impute forzosamente la paternidad a un determinado varón.

b.1 Los requisitos para el reconocimiento son substanciales y formales

b.2 SUSTANCIALES

a). Edad.- para poder reconocer a un hijo se necesita tener la edad mínima para contraer matrimonio mas la edad del hijo de que se trate contada desde su concepción.

b). Consentimiento.- si el que intenta reconocer a un hijo es menor de edad se requiere del consentimiento de las personas que sean sus representantes legales y se requiere también el consentimiento del hijo si ya cumplió la mayoría de edad , si no la madre deberá dar su consentimiento para que su hijo sea reconocido por un hombre sin este requisito el consentimiento quedara sin efecto. Lo mismo ocurre con la mujer que sin ser la madre del hijo que se pretende reconocer ha asumido ese papel .Si se efectúa el reconocimiento sin su consentimiento tendrá el derecho de contradecirlo.

b.3 FORMALES

El reconocimiento deberá realizarse mediante alguna de las formas siguientes:

a). En el acta de nacimiento, ante el juez del Registro Civil.

b). Ante la misma autoridad, pero en acta especial de reconocimiento , sucede esto cuando se levanto previamente el acta de nacimiento y en ella no consta el nombre de progenitor .

c). Por escritura pública ante Notario.

d). Por testamento.

e). Ante el Juez de lo Familiar, por confesión directa y expresa.

Cuando el reconocimiento se realice por cualquiera de las formas señaladas, excepto por testamento, las autoridades ante quienes se realice deberán exigir el requisito del consentimiento de la madre pues de otra manera quedara sin efecto de acuerdo al artículo 379 del C.C.

Cuando la madre contradiga el reconocimiento hecho sin su consentimiento , quedara aquél sin efecto y la cuestión relativa a la paternidad se resolverá en el juicio contradictorio correspondiente.

Las características de la filiación surgidas por el reconocimiento voluntario son diferentes a las de la filiación matrimonial , la paternidad derivada del matrimonio surge como presunción jurídica que solo puede ser destruida en los limitados casos en que el marido tenga a su favor de que no pudo ser padre del hijo de esa mujer y la presente en tiempo ante el Juez que vea la causa de un desconocimiento de paternidad fuera de ese caso excepcional la filiación matrimonial establece la certeza jurídica tanto para el padre como para la madre.

En cambio la filiación surgida a través de reconocimiento voluntario que puede ser objeto de acciones de nulidad , de impugnación y que puede convertirse en irrevocable características que diferencian a la filiación matrimonial del reconocimiento voluntario y son las siguientes:

2.10 NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO

Esta nulidad procede en los casos en que el reconocimiento fue hecho por un menor de edad con engaño o por error , pudiendo intentar su acción de nulidad 4 años después de la mayoría de edad.

2.11 IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO

Este derecho lo tienen primero el hijo que fue reconocido siendo menor de edad contando con 2 años para intentar la acción de impugnación ,la madre cuando no dio su consentimiento ,la mujer que fungió como tal y no dio su consentimiento , el Ministerio Público cuando el reconocimiento sea en perjuicio del menor y el tercero es perjudicado, por obligaciones derivadas del reconocimiento.

Ninguna acción de impugnación puede proceder por causa de herencia cuando se trate de privar de ella a un menor reconocido.

2.12 IRREVOCABILIDAD DEL RECONOCIMIENTO

Si el reconocimiento fue efectuado legalmente es irrevocable, pero si fue hecho en testamento aun cuando este sea revocado no se tendrá revocado el reconocimiento , disposición que no puede aplicarse en todas las formas del mismo ya que si el

reconocimiento se hizo en un testamento ológrafo o público cerrado no existe manera de acreditarlo si el testador recoge los pliegos respectivos ya que su voluntad únicamente la conoció el y no sucede así con el testamento público abierto donde la constancia existe en el protocolo del notario ya sea que se encuentre en la notaria o en el archivo para su guarda.

La principal consecuencia que crea el reconocimiento es el lazo de la filiación entre progenitor e hijo, además de las siguientes: llevar el apellido de sus progenitores o ambos apellidos del que lo reconozca, a ser alimentado y percibir su porción en la masa hereditaria.

2.13 INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD

Esta se da cuando un hijo nace fuera de matrimonio, y al no saber quien es el progenitor ni el hace el reconocimiento voluntario, la Ley permite al hijo el derecho de pedir la imputación de la paternidad al sujeto que se supone es el padre en los casos siguientes: por violación, rapto, estupro si la época del delito coincide con la de la concepción y por concubinato notorio, cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo.

2.14 INVESTIGACION DE LA MATERNIDAD

La maternidad por su propia naturaleza es un hecho cierto del cual se puede obtener prueba plena por ello la madre no tiene derecho de desconocer a su hijo y tiene la obligación de que su nombre aparezca en el acta de nacimiento. 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, excepcionalmente existirá la investigación cuando la madre haya abandonado al hijo recién nacido o cuando se haya registrado falsamente como hijo de otra mujer.

Las personas que tienen derecho de investigar la maternidad son tanto el hijo como sus descendientes, pero la indagación no es permitida cuando se pretenda atribuir el hijo a una mujer casada. Solamente el hijo podrá investigar la maternidad para atribuirle a una mujer casada si la misma se deduce de una sentencia civil de donde se

deduzca la maternidad que es la obtenida a favor del marido que pidió desconocimiento de la paternidad caso en el cual no necesita ser declarada, o de una sentencia de carácter criminal obtenida por acusación de adulterio o surgida en caso de rapto y violación.

2.15 EPOCA DE EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD Y LA MATERNIDAD

En principio solo pueden intentarse en vida de los padres; pero si hubieran fallecido durante la menor edad de los hijos, estos podrán intentar la acción dentro de los cuatro años siguientes a su mayoría de edad, es decir, hasta que cumplan veinticinco años.

2.16 LA FILIACION COMO ESTADO JURIDICO

Es la situación permanente del hombre, que el Derecho toma en cuenta, para atribuirle múltiples consecuencias: derechos, obligaciones o sanciones que existen mientras haya esa relación. Y esta no se da solo en base, al hecho de la procreación sino que supone otro elementos (que el hijo tenga dentro de la familia paterna o materna, la calidad de hijo, mediante el nombre el trato, la fama) y para que la relación jurídica entre padre e hijo, constituya la situación permanente de estado de hijo, traducida en derechos y obligaciones a lo largo de la existencia de ambos.

Por lo tanto no se toma el vinculo consanguíneo entre el padre e hijo ya que la adopción crea también un estado jurídico.

Resumiendo la filiación surge con el nacimiento y con relación a los seres viables; pero tal hecho no es fuente única, ya que el nacimiento debe estar interrelacionado con otros hechos jurídicos como: el trato, la fama y el uso de apellido paterno y materno; es decir que el hijo tenga la calidad de tal, para poder hablar de la filiación como estado jurídico; en caso contrario, estaremos únicamente frente al hecho biológico sin mayores implicaciones legales.

2.17 LOS HECHOS JURIDICOS DE LA PROCREACION, LA CONCEPCION DEL SER, EL EMBARAZO Y EL NACIMIENTO

El derecho se basa para atribuir o reconocer la paternidad o maternidad, los hechos jurídicos de la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento o sea que se basa en el vínculo consanguíneo que une al hijo con su padre o madre. Y los referidos hechos jurídicos tienen trascendencia legal, ya que produce consecuencias de derecho al proteger la vida del embrión humano, y en tanto el Derecho Civil le atribuye personalidad jurídica mientras nazca vivo y sea viable; y el derecho penal sanciona el aborto.

La procreación genera efectos jurídicos, en tanto no se destruya la personalidad, bien porque el producto nazca muerto o no sea viable, y desde el momento de la concepción existe el derecho a heredar, recibir donaciones, legados, provenientes de cualquier persona cuya voluntad sea otorgarlos a favor de dicha expectativa de vida humana.

2.18 ESTATUS JURIDICO DEL EMBRION HUMANO

Doctrinalmente se entiende por personalidad la manifestación del ser en el mundo objetivo. El concepto de persona física, es el ser humano, al que no puede negarse su integridad vital, corpórea y en virtud de la personalidad jurídica, el hombre tiene la aptitud para intervenir en ciertas y determinadas relaciones jurídicas, significa que de acuerdo con la norma jurídica, la persona puede válidamente colocarse en la situación y ocupar el puesto, de sujeto de una determinada relación jurídica.¹²

En nuestra legislación encontramos reconocida la personalidad jurídica en aquel que haya vivido veinticuatro horas o que antes de ese término fue presentado ante el registro civil, como se desprende de lo enunciado en el artículo 337 del Código Civil vigentes del Distrito Federal, De dicha personalidad formal derivan derechos y obligaciones comenzando con la vida y terminándose con la muerte, en este sentido se encuentra redactado el artículo 22 del citado código. Esta persona física se diferencia

¹² Ignacio Galindo Garfias, Derecho Civil, ed. 1ª ed. Porrúa México 1973 pag. 293

asi de la personalidad moral, atribuida a colectividades, las cuales surgen por un acuerdo de voluntades emitidos ciertos requisitos formales, o por reconocimiento expreso del legislador, y las cuales dejan de existir por el acuerdo de disolución asi manifestando por sus creadores o bien por la realización de alguno de los supuestos previstos por la Ley.

En relación al concebido, el mismo artículo 22, del libro primero de las personas, nos dice:... "pero desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados por éste código". Es importante, para la mejor comprensión del tema a tratar, que recordemos el significado de ciertos términos biológicos.

La concepción, biológicamente hablando, es la unión de dos gametos, masculino y femenino, y cuya unión produce el cigoto o embrión, "Desde la fusión de dichos gametos se dispone de toda la información genética necesaria y suficiente para expresar las cualidades innatas del individuo".

Dicho ser humano en estado cigoto, goza precisamente de la esencia del ser humano, el de ser pensante e individual solo que dichas cualidades se encuentran en estado potencial y requieren de un desarrollo de nueve meses para manifestarse al mundo en toda su extensión. Al respecto Jerome Lejuene, profesor de genética fundamental de la Sorbona de Paris, dice: La vida humana comienza con la fecundación y se desarrolla sin que exista un momento o estado identificable en el que se puede decir que antes no habia vida y después si.

Existiendo en nuestro derecho un régimen para el concebido "nasciturus", se le reconoce y protege e incluso se le atribuyen ciertos derechos como ser instituido, heredero, legatario, recibir donaciones, como lo vemos en los artículos 1314, 1391, 1638 y 2357 respectivamente del Código Civil, sin ser posible en ningún caso imponer obligaciones alguna al concebido.

Lo enunciado en el artículo 337 del Código Civil vigente del Distrito Federal; 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 ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad.

La relación de dependencia del embrión con su progenitora no debe ser fundamento para privarle del estatuto de persona humana.

Los seres humanos dependemos durante toda nuestra existencia de diversos elementos sin que tal relación nos prive de la calidad de personas. "La biología nos aclara que la vida humana comienza en el momento de la fertilización, cuando los gametos -masculino y femenino- se unen y dan como producto el huevo, cuya existencia es diferente a la de la madre, y ya no es parte de ella."¹³

No obstante lo anterior, la Ley General de Salud, al regular la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos en el numeral 314 distingue lo siguiente:

Art.314. Para efectos de este título se entiende por:

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

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

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

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

VI.- Feto: El producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;

IX.- Producto: Todo tejido o sustancia excretado o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos, para efectos de este título, la placenta y los anexos de la piel; y..."

¹³ Mier y Terán Sierra Salvador, El Régimen Jurídico de la Llamada Reproducción Asistida. Tesis Doctoral

El reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos tejidos y cadáveres de seres humanos, en el artículo 56 se establece que "...serán considerados como productos del cuerpo humano las excretas y las células germinales."

Lo dispuesto en el precepto transcrito anteriormente no priva al nacido de su calidad de persona en sentido ontológico y jurídico que adquiere desde el instante mismo de la concepción debido a que el nasciturus es una sustancia individual que tiene naturaleza racional.

El Doctor Salvador Mier y Terán Sierra en su tesis doctoral afirma que: "El nasciturus es sustancia individual... porque subsiste en si mismo y no en otro. Este punto es particularmente delicado, por cuanto el no nacido, presenta claras relaciones de dependencia. Pero ser sustancia no es lo mismo que ser antárquico. Suponer que el no nacido es accidente de la madre porque depende de ella equivale a sostener, que solo aquel ser que se baste así mismo de un modo absoluto, es sustancia.

El no nacido tiene naturaleza racional. Esta afirmación puede parecer a algunos desmentida por la evidencia sensible, ya que es manifiesto que el no nacido no se expresa racionalmente. Además de que por éste camino terminaríamos negando la naturaleza racional de los niños, entre otras...

El no nacido aún cuando no tenga uso de dominio ni uso de razón, si tiene de un modo actual la naturaleza humana, y dado que naturaleza humana sólo existe a modo de persona, el no nacido es persona ontológica, y por lo mismo, puede ser contemplado desde la perspectiva de lo debido, es decir, desde el punto de vista jurídico."

El embrión es un ser humano, y como tal no es susceptible de apropiación, por ende no puede ser objeto en actos jurídicos privándole de esa naturaleza. Los hijos no pueden regalarse como tampoco pueden regalarse los hijos microscópicos denominados embriones.

2.19 EL DERECHO A LA VIDA

La vida representa el valor supremo del ser humano, pues ningún derecho tendría razón alguna sin el elemento esencial de vida.¹⁴

Nuestra legislación consagra este derecho invaluable y primigenio en nuestra constitución política, en su artículo 22 párrafo segundo, que al tenor dice "Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, solo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar".

Al prohibir la pena de muerte, y solo permitirla en los casos mencionados expresamente, se está garantizando la vida, la cual solo puede suprimirla por la sentencia que se dicte y únicamente por la realización de esos supuestos.

En el mismo sentido se entiende, la garantía contenida en el artículo 14 de la constitución política, párrafo segundo, estableciendo: "Nadie podrá ser privado de la vida sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumpla las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".

De todo lo anterior se desprende que la facultad de privar de la vida solo la puede ejercer el Estado, por la importancia del derecho mismo del que se está privando.

Acorde con esto es que es ámbito penal se tipifica como conducta punible el privar de la vida a otro, y de dicha protección a tan supremo valor se extiende hasta los seres concebidos, razón por la cual el aborto se considera en nuestro país como delito.

A reconocer el valor de la vida como derecho supremo, es importante para entender el porque es necesario que nuestro legislador se adapte a la realidad presente y reconozca que la vida humana en estado embrionario pueden ser privada, aún cuando no se encuentre vinculado al concepto de preñez, es decir, no existiendo la relación directa entre el cuerpo de la madre y el concebido, me refiero pues a individuos

¹⁴ Jorge Peralta Sánchez, Pena de Muerte, Aborto, Eutanacia, ed. Porrúa, México 1988 pag.23

concebidos como resultado del procedimiento de fecundación in vitro o inseminación artificial.

Existen en la práctica, dos tipos de inseminación, la homóloga, donde la mujer es impregnada con semen del marido, y la heteróloga en la que la impregnación se lleva a cabo con semen de hombre distinto al marido.

CAPITULO III

LA INSEMINACION

La inseminación artificial es un método de tratamiento de la esterilidad, consistente en la introducción de semen en el interior del útero mediante un dispositivo técnico.

Se emplea cuando la esterilidad es causada por un trastorno masculino o por una incompatibilidad entre las secreciones masculinas y las femeninas, siempre que la función del aparato reproductor femenino sea normal.

Según la causa de la esterilidad, puede recurrirse a la inseminación homóloga, efectuada con semen del hombre de la pareja estéril, o la inseminación artificial heteróloga, efectuada con semen procedente de un donante.

3.0 INSEMINACION HOMOLOGA

La inseminación artificial homóloga puede ser útil en los casos en que se haya comprobado que el espermatozoide eyaculado contiene espermatozoides, pero que estos no llegan a alcanzar el interior del útero. Así, puede emplearse cuando hay una incompatibilidad inmunitaria entre el semen y el moco cervical, y cuando la esterilidad se debe a una disfunción sexual. En estos casos, se utiliza el semen del hombre recogido directamente mediante masturbación. También puede ser útil la inseminación homóloga en los casos en que el semen contiene una baja concentración de espermatozoides, aunque para ello, se puede recoger sólo la primera porción de la eyaculación, que es la que contiene más espermatozoides, o se puede efectuar un tratamiento del semen en el laboratorio.

3.1 INSEMINACION HETEROLOGA

La inseminación artificial heteróloga se efectúa cuando el método anterior no logra el embarazo, o cuando el contenido de espermatozoides en el semen es muy bajo o inexistente. También puede recurrirse a esta técnica, sin que la pareja sea estéril, cuando el hombre es portador de una enfermedad genética. El semen del donante puede

obtenerse mediante masturbación poco antes de aplicar la técnica , como se hace en la inseminación homóloga, Sin embargo, se utiliza preferentemente semen almacenado en un banco de semen, lo cual garantiza mejor el anonimato y permite efectuar independientemente la recogida del semen y la inseminación . Antes de recoger el esperma, se efectúa a los donantes una historia clínica y un examen médico para reducir el riesgo de que sean portadores de alguna enfermedad hereditaria o que pueda ser transmitida con el esperma. Las muestras de esperma se mantienen congeladas a muy bajas temperaturas , con lo que se mantienen perfectamente las propiedades de los espermatozoides. Aunque siempre se mantiene en el anonimato el donante , en las muestras puede señalarse sus principales características físicas, como su complexión o el color de la piel, el cabello y los ojos , para poder escoger el que mas se aproxime al aspecto del hombre de la pareja.

Para aumentar las probabilidades de que se produzca una fecundación, la inseminación se efectúa en las fechas en que se producirá la ovulación, calculadas mediante los métodos antes mencionados , o efectuando la monitorización hormonal o ecográfica del ciclo . En dichas fechas , se introduce la muestra de semen en el interior del útero mediante un dispositivo especial, que no ocasiona prácticamente ninguna molestia.

En los casos en que esta indicada , la inseminación artificial es muy eficaz. Sin embargo, igual que sucede en las relaciones sexuales, el embarazo no suele lograrse con una sola inseminación, por lo que debe repetirse en meses sucesivos.

3.2 TECNICAS DE REPRODUCCION ARTIFICIAL

Las técnicas de reproducción artificial son procedimientos utilizados en el tratamiento de la esterilidad, basados en la unión en el laboratorio de espermatozoides y óvulos procedentes de los miembros de la propia pareja o de donantes. Los niños concebidos por estas técnicas se han conocido como bebés- probeta, porque alguna fase del proceso tiene lugar en una probeta de laboratorio u otro recipiente similar, aunque el embarazo propiamente dicho se desarrolla en el seno del útero materno y el niño como cualquier otro.

Estas técnicas se emplean en los casos en que no puede efectuarse un tratamiento eficaz del trastorno causante de la esterilidad y la inseminación artificial no es útil. Su eficacia se está incrementando constantemente , a medida que se perfeccionan y simplifican las técnicas empleadas, y hoy en día pueden lograr el embarazo aproximadamente en la cuarta parte de los casos tratados .Puede utilizarse distintas técnicas según el método de fecundación y las fases que se desarrollen en el laboratorio.

3.3 FECUNDACION O FERTILIZACION IN VITRO

La fecundación o fertilización in vitro, es una técnica de reproducción artificial consistente en unir en el laboratorio óvulos con espermatozoides , y una vez conseguida la fecundación de un óvulo y las primeras multiplicaciones celulares , implantarlo en el útero. Esta técnica es muy útil en los casos de esterilidad femenina causada por un trastorno de las trompas uterinas no solucionable .También se utiliza con éxito en la esterilidad masculina debida a una baja concentración de espermatozoides , en la esterilidad por incompatibilidad inmunológica entre el esperma y el moco cervical, y en la esterilidad causa desconocida. En todos estos casos, si es posible, se utilizan óvulos y espermatozoides de los miembros de la propia pareja.

Sin embargo, también puede efectuarse utilizando espermatozoides de un donante, como en la inseminación artificial heteróloga, cuando, además de haber un trastorno femenino, el esperma no es adecuado. En los casos en que la mujer no ovula, pueden utilizarse óvulos de una mujer donante, que se obtienen mediante la misma técnica.

Para aumentar la probabilidad de obtener una fecundación, se procura disponer de varios óvulos simultáneamente. Con esta finalidad, se administran a la mujer medicamentos que estimulan la maduración de los folículos ováricos, como el clomifeno o la hormona estimulante de los folículos (FSH). Para valorar la evolución del ciclo ovárico se pueden efectuar diversos controles mientras se hace el tratamiento, como la medición de la temperatura basal, el examen del moco cervical o el análisis de los niveles de hormonas en la sangre o la orina.

También se efectúan ecografías de control que permiten observar el desarrollo de los folículos ováricos.

Cuando las pruebas efectuadas indican que los folículos han alcanzado su máximo grado de madurez, se efectúa la extracción de los óvulos, antes de que se produzca la ovulación. Para extraer los óvulos se utilizaba hasta hace poco la laparoscopia, que requiere el internamiento de la mujer en un centro hospitalario, ya que esta técnica se efectúa bajo anestesia general. Actualmente, gracias a la ecografía, los óvulos se extraen preferentemente mediante una punción por vía vaginal, que requiere sólo anestesia local.

La aguja de punción se puede dirigir con precisión hasta los folículos maduros guiándose por el control ecográfico. Una vez alcanzado el folículo, se aspira su contenido mediante un sistema de succión.

Los óvulos extraídos se conservan en un medio de cultivo y se mantienen en una estufa a una temperatura similar a la del cuerpo humano, donde al cabo de unas 6 a 12 horas alcanzan un grado de madurez semejante al que tienen los óvulos al desprenderse normalmente. Si se obtiene un número elevado de óvulos, una parte de ellos pueden ser congelados para ser utilizados por la misma pareja en caso de que el primer intento de fecundación fracase. Por el mismo procedimiento, también pueden obtenerse óvulos de donantes anónimas para ser utilizados inmediatamente o para ser conservados congelados en un banco de óvulos, a disposición de las parejas que los puedan precisar. De esta forma, pueden beneficiarse de la fertilización in vitro las mujeres que tienen una incapacidad total para ovular, o las que no son estériles pero son portadoras de alguna enfermedad hereditaria.

Los óvulos obtenidos deben unirse con espermatozoides, para conseguir la fecundación. Para ello se utiliza esperma obtenido del hombre de la pareja, o bien de un banco de semen. La muestra de esperma se introduce en un medio de cultivo especial, donde los espermatozoides alcanzan el grado de madurez óptimo para la fecundación. Al cabo de unas doce horas de incubación, mediante métodos de laboratorio se selecciona una parte de la muestra que contenga al menos unos 50,000 de los espermatozoides más activos.

Una vez que han madurado las células germinales de ambos sexos, se colocan juntas en un medio de cultivo de una composición muy precisa. En este medio especial y en las condiciones ambientales adecuadas, se produce la fecundación de algún óvulo al menos en un 60% de los casos.

Para facilitar el proceso de fecundación in vitro puede utilizarse la técnica de microinyección espermática, un método muy reciente, que consiste en inocular directamente un espermatozoide dentro de un óvulo.

Esta técnica requiere la utilización de unos dispositivos muy precisos, que se utilizan bajo control microscópico y permiten manipular los óvulos y los espermatozoides.

Es especialmente útil en los casos en que el hombre tiene algún trastorno que hace que el esperma contenga muy pocos espermatozoides, o cuando se consigue la maduración de muy pocos óvulos.

En cualquier caso, las células huevo fecundadas se mantienen en el medio de cultivo, donde empezarán a dividirse, constituyéndose en embriones. Al cabo de unas 72 horas, los embriones están formados por unas dieciséis células, y deben ser trasplantados al útero materno para poder continuar su desarrollo, mediante la técnica denominada transferencia de embriones. Antes de efectuar la transferencia se examinan cuidadosamente los embriones y se seleccionan varios de ellos.

Generalmente, se transfieren tres embriones, porque se ha comprobado que es el número óptimo para obtener el embarazo con la máxima seguridad, y con la mínima probabilidad de que se desarrolle un embarazo múltiple.

Los embriones que se han desarrollado bien, pero que no van a utilizarse, pueden conservarse en congelación para ser utilizados por la misma pareja en posteriores intentos. Una vez que se consigue el embarazo, los embriones sobrantes pueden conservarse en un banco de embriones, a disposición de otras parejas. Estos embriones congelados podrán permitir que tengan hijos las parejas estériles en las que ni la mujer puede aportar óvulos ni el hombre espermatozoides, o podrán ser utilizados por parejas en las que ambos miembros sean portadores de enfermedades hereditarias.

Los embriones seleccionados se transfieren al interior del útero mediante una cánula especial, que se introduce a través del cuello uterino. Este procedimiento es totalmente indoloro y no requiere anestesia.

A continuación, es conveniente que la mujer permanezca acostada durante unas 24 horas, porque al introducir el catéter se produce una pequeña dilatación del cuello uterino y se desplaza el tapón mucoso que cierra su orificio. Para facilitar la implantación del embrión en la pared uterina, también conviene que la mujer mantenga un reposo relativo y evite las relaciones sexuales durante los días siguientes. En muchos casos, ninguno de los embriones transferidos llega a implantarse y se eliminan sin que la mujer lo advierta. Si el embrión no se implanta, puede volver a repetirse el intento varias veces con el mismo procedimiento.

En algunos casos, en lugar de la fertilización in vitro y la trasferecia puede utilizarse la trasferecia intratubárica de gametos, que es un procedimiento relativamente más simple, consistente en unir las células germinales en el laboratorio, para transferirlas inmediatamente al interior de la trompa uterina. En este caso, la obtención de los óvulos y el esperma se efectúa igual que en la fertilización in vitro, pero en lugar de cultivarlos se unen inmediatamente y se introduce mediante una cánula en la trompa uterina. De esta forma, la fecundación y la división de la célula huevo tiene lugar en la trompa uterina. Este método puede ser útil en algunos casos de esterilidad masculina, en la esterilidad de causa inmunitaria y en la causa desconocida, siempre que las trompas uterinas sean normales.

Las técnicas de reproducción artificial actuales permiten conseguir la fecundación y el desarrollo de las primeras fases embrionarias, pero para que el embarazo se desarrolle y llegue a su término es preciso que la mujer tenga un útero sin alteraciones y no sufra ningún trastorno que ocasione la interrupción del embarazo. Para solucionar el problema de las mujeres que tienen una ausencia congénita de útero o que padecen una infertilidad sin tratamiento posible, se han ofrecido diversas alternativas, conocidas en conjunto como ALQUILER DE ÚTERO, que todavía se están cuestionando en su aspecto ético y legal. El procedimiento consiste en efectuar la

fertilización por alguno de los métodos descritos y posteriormente implantar el embrión en el útero de otra mujer, en cuyo interior se desarrollaría el embarazo.

Una alternativa similar, utilizable sólo en caso de esterilidad femenina, pero no de infertilidad, es la inseminación artificial de una mujer donante con semen del hombre de la pareja estéril, seguida de la extracción del embrión y su transferencia al útero de la mujer estéril.

3.4 MARCO JURIDICO DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

a) Fundamento legal

La inseminación en todas sus modalidades, trae consigo algunas connotaciones de carácter jurídico, las cuales están vinculadas con los mas altos valores del ser humano, como: la vida, la salud, la filiación, el parentesco, o bien los derechos y obligaciones inherentes al hombre; por ello, es importante que los legisladores analicen las posibles consecuencias que trae consigo la inseminación artificial, para que al hacerlo se regulen los problemas que se puedan presentar, ya que si la medicina es actualmente tan avanzada, el derecho debería ir a la par.

Como ejemplo citare el caso de los esposos Ríos, el problema que se suscito por la donación de embriones, problema que surge de la inseminación in vitro.

Mario Ríos y su esposa, no pudieron tener hijos por medios naturales, se dirigieron al Dr. Karl Wood, en Melbourne, Australia, Allí se llevó a cabo el método de fecundación in vitro con óvulos de Elisa y espermatozoides de su marido Mario. De los embriones así obtenidos, algunos habían sido transferidos sin éxito al útero de Elisa, pero otros embriones, congelados, estaban a la espera de ser implantados.

La pareja encontró la muerte en un accidente de aviación dejando una herencia de dos millones de dólares.

Para los juristas Australianos y sobre sus eventuales derechos patrimoniales, éstos a quien pertenecían?, podían los embriones ser implantados en el útero de una mujer estéril?. En caso afirmativo, cómo se escogería a esta?, de que filiación gozarían? Se conservarían o se destruirían los embriones? etc.

Como consecuencia del número de preguntas que se plantearían de este caso el parlamento Australiano votó un texto de ley que autorizaba a toda mujer estéril a adoptar embriones . Pero teniéndose en cuenta la afluencia de demandas para adoptar aquellos embriones (huérfanos pero millonarios) , se enmendó la ley previendo que la adopción de embriones implicaba la renuncia de los adoptantes a toda prerrogativa de orden familiar referente a ellos.¹⁵

En relación al ejemplo anterior , considero que las mujeres estériles si tienen derecho a solicitar se les implante en su vientre un embrión que por alguna causa haya quedado sin la posibilidad de ser implantado en el útero de su verdadera madre.

Estoy de acuerdo en que la adopción de dicho embrión, implica la renuncia de los futuros padres a todos los derechos familiares que puedan tener los embriones, ya que en este caso se busca que la mujer realice uno de sus principales anhelos, como es el derecho de maternidad, sin que intervengan intereses materiales que deformen ese anhelo.

En cuanto a la maternidad delegada existen algunas variantes; como el del niño nacido con una malformación, que fue rechazado tanto por la madre delegada como por la pareja que la contrato y los médicos no sabrían a quien pidiera permiso para realizar las operaciones que el niño requiriera con urgencia.

Como ejemplo tenemos el caso de Mary Beth Whitehead, conflicto que comenzó cuando los Stern acudieron a una agencia que se encargaba de poner en contacto a matrimonios que deseaban hijos y posibles madres, estos llegaron a un acuerdo con Mary Beth, casada y madre de dos hijos ya que ella por diez mil dólares acepto ser inseminada artificialmente y mantuvo estrecho contacto con los Stern a lo largo del embarazo. Sin embargo, Mary Beth se negó a entregar a la criatura por encargo, amparándose en que el padre en realidad era su marido y no del hombre de quién fue inseminada artificialmente.

¹⁵ Los Métodos Artificiales de la Reproducción Humana. Facultad de Derecho Canónico. París, Francia 1985 pag. 59

La situación anterior nos demuestra que es conveniente que se legisle en el sentido de que la madre delegada puede ser una mujer soltera o casada. En caso de ser casada, no debe convivir con su esposo durante la época de gestación.

Por lo tanto, la madre delegada debe asumir la responsabilidad que acepte desde el momento en que es contratada como madre incubadora. La de llevar a buen término el embarazo y, al final de este entregar el producto de la concepción a la pareja contratante.

En México, la inseminación artificial no está del todo legislada, por lo que si llegara a existir demanda de la misma, se crearían diversos conflictos tanto en el ámbito del Derecho Civil como en el Derecho Penal, más aún en éste, ya que ni a la analogía se puede recurrir, para castigar determinados hechos que no estén tipificados por la Ley.

Por lo que respecta al Derecho Civil, en especial el Derecho de Familia se observa que la inseminación artificial y la fecundación in vitro tienen consecuencias directas respecto a la paternidad, filiación matrimonio y divorcio e indirectas sobre el derecho sucesorio.

En nuestro País se podría fundamentar la inseminación artificial en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General de Salud y su reglamento, Código Civil en cada una de las entidades federativas.

b) Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos

Lo encontramos principalmente en el artículo cuarto constitucional en el segundo párrafo, el cual dispone:

Artículo 4 ... "Toda persona tiene el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos".

En el párrafo anterior se encuentra el derecho individual, la garantía de libertad que tiene toda persona de procrear y, como derecho social, la planeación familiar, derecho que es otorgado a cada persona, por lo que se le considera, asimismo un derecho humano.

Este precepto es la base legal para que una persona pueda usar uno de los modernos métodos de inseminación artificial humana , para lograr la paternidad o la maternidad.

Por otro lado este artículo al conceder el derecho a la planeación familiar deja abiertas dos posibilidades :

En primer término , para la pareja la opción de decidir sobre el número y esparcimiento de los hijos que desean tener , o bien no tenerlos ; y En segundo lugar , y en caso de que la pareja sea infértil , puede considerar como factible la utilización de los diferentes métodos de concepción artificial , para lograr la procreación ; y es sobre este supuesto que se desarrolla el presente trabajo.

c) Ley general de salud

Ordenamiento de menor jerarquía en relación al anterior sin embargo también se contempla el derecho a la planeación familiar , así como el uso de los distintos métodos de inseminación artificial.

En el título primero , en las disposiciones generales , en el capítulo único expresa:

Artículo 2..." El derecho a la procreación de la salud , tiene las siguientes finalidades : ...

II.- La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana ;...

VII.- El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud...

En este precepto la intención del legislador como puede observarse es proteger la vida del ser humano , buscando que esta se desarrolle en forma óptima , Para tal efecto se permite la aplicación de la investigación científica y tecnológica para la salud: tal como se lee en la fracción VII del citado artículo.

Artículo 68.- Nos indica que: "Los servicios de Planificación Familiar comprenden:

Y.- La promoción del desarrollo de programas de comunicación educativa en materia de servicios de planificación Familiar y educación sexual , con base en los contenidos y estrategias que establezca el Consejo Nacional de población ; ...

II.- La atención y vigilancia de los aceptantes y usuarios de servicios de planificación familiar ; ...

IV.- El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana ; planificación familiar y biología de la reproducción humana”...

Podemos considerar este artículo , como uno de los de mayor importancia en relación a esta investigación , pues en su fracción IV menciona que entre los servicios que comprende la planificación familiar, se hallan el apoyo y fomento a la investigación biológica de la reproducción humana y no tan solo van a apoyar sino que fomentará el estudio de ésta y de la planificación familiar.

También encontramos que esta Ley en el Título Décimo Octavo, denominado Medidas de Seguridad, Sanciones y Delitos; en el capítulo VI se refiere a la inseminación artificial , en el artículo 466 que dispone : “ Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento , si fuere menor o incapaz , realice en ella inseminación; si resulta embarazo se impondrá prisión de dos a ocho años; ahora bien, éste mismo precepto establece que , tratándose de la mujer casada ,” Esta no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad del cónyuge.

Como podemos observar esta Ley se refiere a la inseminación artificial , solo en el supuesto de que se constituya el delito , pero no especifica los casos en que se puede llevar a cabo , ni los métodos que puedan utilizarse . Y con respecto a la mujer casada , esta necesita el consentimiento de su cónyuge para ser inseminada.

d) Reglamento de la ley general de salud

Dicho reglamento al respecto en el art. 40 nos expresa: “Para efectos de éste reglamento se entiende por:..

XI.- Fertilización asistida: Aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) incluyendo la fecundación in vitro.”

En este artículo puede observarse que aun cuando ya se contempla la posibilidad de utilización de los métodos de concepción artificial no se prevee el momento a las circunstancias en que la pareja puede hacer uso de ellos.

En relación a la fracción XI del artículo anterior, el artículo 56 del mismo reglamento añade:

Artículo 56.- "La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se apege a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja aún si éste difiere con el del investigador."

La evidente exterioridad del derecho dificulta la apreciación de intenciones. la moral, como conjunto de principios rectores de la conducta que adecuen ésta a la naturaleza del ser humano, no es un hecho susceptible de apreciación, menos aún si se pretende que la moral varía de pareja a pareja.

La incipiente legislación sobre la "fertilización asistida" (como la llama el mencionado reglamento), demuestra el poco conocimiento que se tiene respecto de las teorías de inseminación artificial sea homóloga o heteróloga, así como de la fecundación in vitro.

En este sentido el proyecto de recomendaciones redactado por el comité de Expertos del Consejo de Europa, en Estrasburgo con fecha 5 de marzo de 1979, expresa que:

Artículo 1.- "Las presentes normas son aplicables a la inseminación artificial sólo de una mujer con el esperma de un donante anónimo."

Artículo 2.1 " La inseminación artificial sólo puede ser practicada cuando existen condiciones apropiadas para asegurar el bienestar del futuro niño".

Artículo 2.2 " La inseminación artificial debe practicarse siempre bajo la responsabilidad de un médico".

Artículo 3.1 "El esperma de una persona no debe utilizarse en vista a una inseminación artificial sin su consentimiento".

Artículo 3.3 "El médico responsable de la inseminación artificial debe vigilar para que los consentimientos sean dados de forma tácita y expresa".

Artículo 6.2 "La persona o el organismo público o privado que ceda esperma para inseminación artificial, no deberá hacerla con finalidad lucrativa".

Artículo 7.1 "Cuando la inseminación artificial ha sido practicada con el consentimiento del marido, el niño será considerado como hijo legítimo de la mujer y de su marido".

Artículo 7.2 "Ningún lazo de filiación entre el dador y el niño concebido por inseminación artificial puede ser establecido.

Ninguna acción con fin de alimentarlo podrá ser intentada contra el dador o por éste contra el niño.¹⁶

En virtud de lo anterior, es conveniente hacer, muestras las anteriores recomendaciones e incluirlas en el Reglamento de la Ley General de Salud, en virtud de ser dicho ordenamiento el adecuado para regular no sólo respecto de las consecuencias de la inseminación artificial y la fecundación in vitro sino, que también debe de terminar los procedimientos higiénicos, chequeos, interrogatorios y sobre los antecedentes familiares de los donantes para detectar en lo posible, problemas hereditarios, enfermedades crónicas o incurables, etc.

e) Código Civil vigente para el Distrito Federal

En el título quinto, capítulo III, del matrimonio; el artículo 162 dispone:

"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 esparcimiento de sus hijos. Por lo que toca el matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Este precepto en el que el legislador transcribe el segundo párrafo del Artículo Cuarto Constitucional, es clara la intención del mismo el brindar protección jurídica, así como los medios para que toda pareja pueda ejercitar acciones tendientes a hacer valer y/o evitar que sea coartado tal derecho.

¹⁶ Moratti Jean Marie, De Dinechin Oliver, El Desafío Genético, Traducción Barcelona, España 1985 pag. 111-113

3.5 NATURALEZA JURIDICA DE LA INSEMINACION

La naturaleza jurídica de dicho tema se encuentra en varias disciplinas jurídicas, como se observa en el artículo cuarto Constitucional, podemos darnos cuenta que se trata de una garantía individual, es decir es inherente a la persona aún cuando la posible afectación de este derecho se diera a la pareja. Como es de saberse uno de los principales objetivos que persigue una pareja al unirse en matrimonio es el de procrear y perpetuar la especie; por lo tanto ese objetivo es motivación y por el cual se usarían los diversos métodos de inseminación artificial, que hoy son un derecho que interesa a la pareja.

Por su parte la Ley General de Salud y su Reglamento incorporan en diversos artículos el derecho de la pareja a planear la familia, o en su defecto, el derecho que les asiste para hacer uso de los avances científicos y tecnológicos que en materia de inseminación artificial se han dado. Sin embargo no obstante que los ordenamientos anteriores mencionen lo que es planificación familiar e inseminación artificial; ninguno de ellos tiene una reglamentación detallada respecto de las circunstancias y condiciones en que tales métodos deberán ser usados por la pareja que lo solicite.

Para evitar problemas futuros a la pareja que solicite algún método de inseminación artificial se considera que es necesaria la reglamentación específica a dicho métodos.

Puede entonces apreciarse que los métodos de concepción artificial se hallan en una etapa prelegal, porque aunque algunas leyes los mencionan ninguna de ellas los regula de manera específica.

El maestro Ignacio Galindo Garfias expresa su opinión acerca de la esencia jurídica de la inseminación artificial en los siguientes términos:

Las consecuencias jurídicas de la procreación asexual. La tecnología y la bioquímica permiten la realización del acto sexual sin procreación y a la vez, han abierto la posibilidad de la procreación sin conjunción carnal.

Puede haber casos en que haya un vínculo biológico sin que exista un nexo jurídico paterno filial, cuando un hijo es procreado fuera del matrimonio y no se puede determinar quien es el padre. Pero no se da en nuestro derecho el caso contrario;

siempre que halla un vínculo jurídico conyugal , existirá la presunción de una relación biológica que sustenta la filiación jurídica.

“ La posibilidad de procreación sin contacto sexual y por lo tanto, sin que exista vínculo de ninguna especie entre el varón que proporciona el semen fecundante y la hembra que aporta el óvulo a fecundar, impone la revisión del concepto de parentesco consanguíneo como nexa jurídico de los miembros de la familia que como se sabe se define como la relación de derecho que une a todas las personas que descienden de un tronco común. Ocurre que en el parentesco natural o extramatrimonial , si uno de los parientes ha sido procreado por inseminación artificial , se desarticula la relación de parentesco o cadena de generaciones en lo que toca a una de las ramas (la paterna). Parece entonces que el efecto en cuanto al parentesco será el de que éste únicamente podría establecerse en el caso de la inseminación heteróloga a través de la rama materna . Sólo eventualmente podría establecerse el parentesco real por la rama paterna.”

Con lo anterior se observa las implicaciones de la biotecnología en el Derecho, tienen por objeto situar el tema que propongo en este estudio.

Lo que abarca la biotecnología son todas aquellas manipulaciones que se llevan al cabo en el proceso fisiológico de la fecundación y de la gestación , y las que se efectúan en la ingeniería cromosómica del núcleo vital , en la manera de intervenir en la modificación artificial de la conjunción de gametos masculino y femenino y en general , todas aquellas intervenciones en el proceso de la fecundación y el desarrollo del embrión.

Estas intervenciones biológicas o biomédicas prenatales , afectan necesariamente como ya se dijo a las relaciones de parentesco y a las relaciones de la familia y acarrear consecuencias psicológicas y sociales que se reflejan en el ámbito jurídico , en los más variados aspectos .

Por lo que respecta a este trabajo sólo se referirá a las consecuencias jurídicas que se proyectan en las relaciones de familia , partiendo del momento de la concepción o

fecundación , pasando por el periodo de la gestación que conduce a la paternidad y la maternidad, desde el punto de vista biológico y jurídico".¹⁷

3.6 BANCOS DE SEMEN Y SU IMPORTANCIA

Actualmente en Estados Unidos de Norteamérica, existen un número considerable de bancos de semen y se estima que se conciben de cinco a diez mil niños anualmente utilizando semen precongelado . En cambio en nuestro país, solo se tiene conocimiento de la existencia de un banco de esperma , el cual está a cargo de la clínica de Fertilización In Vitro.

En los principios de la heteroinseminación humana, el papel del sustituto regenerador era confiado al hermano del cónyuge, por el parecido genético, pero esto trajo problemas en la familia , y como consecuencia se prefirió el anonimato del donador ante la paciente , razón por la cual actualmente no se admiten donadores propuestos por las parejas , un sobrino, o un hermano del cónyuge, debido a que existe la posibilidad de que haya conflictos afectivos, sanguíneos y legales.

De esta manera el donador nunca conocerá la verdadera identidad del hijo que engendró.

En México , el banco de esperma que antes se menciono, sólo conserva congelado el esperma de los donadores durante seis meses antes de su utilización, con el propósito de detectar enfermedades congénitas, venéreas y hereditarias en el mismo, pudiendo permanecer congelado hasta por un lapso de noventa años ; sin embargo no se le da el uso, debido ya que las probabilidades de éxito son muy pocas.

Los médicos bajo su responsabilidad deben contar con medidas de diligencia y cuidado cuando practican cualquier tipo de inseminación.¹⁸

También deben contar con el consentimiento de la pareja y de los donantes por escrito , llevar a cabo los estudios de cromosomas y la selección del donante con características raciales y físicas similares a las del cónyuge , al igual que su tipo de

¹⁷ Galindo Garfias Ignacio. Revista de la Facultad de Derecho. Tomo XI, junio 1992 pag 148-150

¹⁸ Maillet Mora. De los Bebés de Probeta a la Biología del Futuro, ed. PLM, SA, México 1981 pag. 8

sangre y factor Rh compatibles. Con este estudio clínico el médico podrá conocer posibles enfermedades hereditarias, venéreas, etcétera.

Desde antes de iniciar la primera inseminación se le explica cuidadosamente a la pareja las posibilidades de éxito de tratamiento, que son alrededor del setenta por ciento en inseminación con semen fresco del cónyuge o de donador. Se le recalca que en parejas totalmente fértiles, el setenta y cinco por ciento se embaraza después de tener relaciones sexuales sin ningún tipo de protección de anticonceptivos, por lo que el programa de inseminación debe durar de cuatro a seis meses como mínimo. Si después de este lapso no se ha logrado un embarazo, es conveniente realizar un nuevo estudio de la pareja y corregir todas aquellas alteraciones que pueden interferir con la concepción.¹⁹

3.7 LA SITUACION DE LA INSEMINACIÓN EN MEXICO

El banco de espermatozoides mexicano, exige que el donador de semen sea mayor de edad, joven, menor de treinta y cinco años, voluntario y anónimo, con claro conocimiento del uso del semen y sin derecho ni obligación respecto del hijo concebido con el mismo. Si está casado, se recomienda el consentimiento explícito de la esposa. Se exige autorización firmada que otorga el consentimiento para la práctica de la inseminación artificial con semen de donador.

En México, en la clínica de fecundación In Vitro, para el estudio de una inseminación artificial, se deberá llenar el siguiente formato:

3.8 FORMA DE CONSENTIMIENTO

1.- Por medio de la presente expreso mi deseo de participar en el programa de inseminación artificial y doy mi autorización para que se lleve a cabo los estudios y tratamientos necesarios tal y como me han sido explicados por el personal de este programa.

¹⁹ Portuando J.A., Inseminación Artificial con semen de Dador, ed. Salvat, Tomo 5-2 México 1980 pag. 79

2.- Acepto que el propósito de mi participación en este programa es un intento para lograr que yo me embarace por medio del procedimiento de inseminación artificial, debido a que no he logrado embarazarme por otros métodos.

3.- Después de haberme explicado éste estudio, entiendo que la secuencia es aquella que ya se encuentra preestablecida en el citado programa.

4.- Estoy consciente que se requiere estar disponible durante el tiempo que sea necesario para completar los procedimientos indispensables para tratar de lograr el embarazo .

5.- Entiendo que los problemas que podrían ocurrir y que impedirían el culminar con un feliz embarazo son aquellos que me han sido explicados.

6.- Si me embarazo, éste tendrá los mismos riesgos que un embarazo normal.

7.- Entiendo que los seguros médicos no cubren los procedimientos que han sido hechos de mi conocimiento.

8.- Acepto que existen riesgos e incomodidades similares a cualquier procedimiento quirúrgico.

9.- Entiendo que soy libre de interrumpir mi tratamiento en cualquier momento y acepto que si decido no continuar en el programa de inseminación artificial, cubriré los gastos contraídos hasta antes de dicha cancelación.

10.- Toda la información obtenida acerca de mi persona durante este tratamiento será confidencial y no se revelará mi identidad ni datos específicos, tanto médicos como psicológicos, sin mi previo consentimiento. Los detalles médicos específicos pueden ser divulgados en publicaciones médicas, siempre y cuando mi identidad se mantenga anónima.

11.- En caso de que sufra lesión física como resultado de mi participación en este tratamiento, estarán a mi disposición todas las facilidades médicas del hospital Angeles del Pedregal; estoy consciente de que los gastos en que se incurran correrán por mi cuenta.

12.- Hemos sido informados de los efectos que se desean lograr en cuanto a la fertilidad, así como los efectos no deseables que pudieran ocurrir como consecuencia del tratamiento.

Fecha:

NOMBRE DE LA PACIENTE

FIRMA

NOMBRE DEL ESPOSO

FIRMA

NOMBRE DEL TESTIGO

FIRMA

Por lo tanto los avances de la ciencia médica biológica , los bancos de semen han obtenido una gran importancia en el campo de la concepción, brindando la posibilidad a muchas parejas de ser padres. Situación de la que se desprende la necesidad de que los bancos de semen cuenten con una regulación jurídica adecuada que también contemple el aspecto médico, con el fin de evitar posibles conflictos jurídicos, que a la luz de nuestra legislación vigente no están regulados.

3.9 PROYECTO DE REFORMAS AL CODIGO CIVIL DE LOS ESTADOS DE JALISCO Y NUEVO LEON

La factibilidad de resultados positivos, aunque mínimos, ha motivado que la legislación federal se pronuncie para normar algunos aspectos de las técnicas de reproducción y con ello, instituciones donde se practican éstas técnicas.

Los nacimientos de seres humanos derivados de la aplicación de métodos de reproducción asistida, en la República Mexicana no exceden el 20% de los casos en que se utilizan. No tenemos conocimiento de planteamiento de controversias judiciales derivadas de la utilización de sistemas de ingeniería genética que pudieran originar jurisprudencia.

En los estados de Jalisco y Nuevo León, se han formulado proyectos de reformas a la legislación civil, para regular la reproducción humana asistida.

Las exposiciones de motivos no se pronuncian por razonamientos éticos o morales para la utilización de tales métodos, y entre ambos existen divergencias en cuanto a la

posibilidad de utilizarlos fuera o dentro del matrimonio y por ende su alcance en cuanto a derechos de filiación y sucesorios.

En el proyecto de reformas del estado de Jalisco se definen las técnicas de reproducción asistida como: " aquellos métodos científicos que se utilizan para ayudar a las personas casadas entre sí, a realización de uno de los fines del matrimonio, como lo es la procreación de la especie."

El precepto limita la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida en parejas unidas por el vínculo matrimonial, considerando que el ser humano tiene el derecho al nacimiento dentro de una familia estable que le otorgue los cuidados de la pareja unida en matrimonio por ser éste el fundamento natural y legal de la familia.

De lo anterior se desprende que al producto de la concepción se le considerará, para todos los efectos como hijo de matrimonio, siendo su madre aquella que lo de a luz. En consecuencia quienes hubieren proporcionado los gametos no tendrán derechos, ni obligaciones en razón de su parentesco natural.

En el anteproyecto del código civil para el estado de Nuevo León que formulará el Sr. Lic. Ernesto Gutiérrez y González, se contemplan las posibilidades siguientes:

A).- Inseminación homóloga dentro del matrimonio o entre concubinos.

B).- Inseminación heteróloga, distinguiendo entre:

a) La realizada en mujer casada o en concubinato, utilizando esperma de varón distinto al de su pareja; y

b) La realizada en mujer soltera.

C).- Tele-inseminación practicada con esperma en estado de hibernación remitido desde fuera del territorio del estado de Nuevo León, por el esposo o el concubino o un tradens, para ser aplicado a la esposa, la concubina o una mujer soltera.

D).- Inseminación in vitro en sus diversas especies de autoinseminación, heteroinseminación, y alienus in vitro, según provengan los gametos de personas unidas en matrimonio o concubinato, o de personas que no tienen vinculación por matrimonio o concubinato estando casado cualquiera de ellos, o si el óvulo proviene de una persona soltera o bien si el óvulo fecundado se va a implantar en mujer que no dio el óvulo, ni el espermatozoide es de su marido o su concubino.

E).- El contrato de gestación.

En este proyecto, al regular los efectos en cuanto a filiación y derechos hereditarios para el caso de la inseminación heteróloga no existirá vinculación de parentesco, ni obligaciones, ni derechos entre el trasmitente de la célula germinal y el producto de la concepción.

Al referirse a la moralidad de la fecundación artificial homóloga, Manuel F. Chávez Asencio la acepta cuando derive de la relación amorosa de la pareja que hubiere experimentado previamente soluciones médicas, sin lograr la procreación.

El mismo autor considera inmoral a la inseminación artificial heteróloga, que aún cuando no se le califique de adulterio en las legislaciones civil y penal la conducta de la mujer que se hace fecundar sin consentimiento y ocultando el hecho, es un acto ilícito que implica una injuria grave que pudiera tipificar la causal de divorcio contenida en la fracción XI del artículo 267 del C.C.D.F.

Para fundamentar la inmoralidad e ilicitud jurídica de éste tipo de inseminación, afirma que la vida humana debe engendrarse en una relación de amor de dos personas de distintos sexo, ligadas por el vínculo del matrimonio y que éste tipo de inseminación transgrede la dignidad y vocación de los padres, que rompe la paternidad genética, la gestacional y la responsabilidad educativa. Lesiona el derecho del producto de la concepción para nacer dentro de un matrimonio. Este tipo de fecundación afecta los derechos del hijo a quien se le priva de la relación filial con sus orígenes paternos, que pueden afectar su desarrollo de identidad personal.

3.10 LO QUE HAY QUE SABER

1.- Se considera que un pareja es estéril cuando después de dos años de mantener relaciones sexuales regulares sin utilizar ningún método anticonceptivo no se ha conseguido ningún embarazo.

2.- En más de una tercera parte de los casos, la esterilidad se debe principalmente a algún trastorno de hombre, que consiste con frecuencia en una deficiencia en la formación de espermatozoides causada por un trastorno de los testículos.

3.- *Las causas más frecuentes de esterilidad femenina son los trastornos de las trompas uterinas, de causa congénita o causados por infecciones genitales, y las alteraciones de la ovulación.*

4.- *Puede mejorarse la fertilidad procurando tener un buen estado de salud en general, evitando la tensión psíquica manteniéndose en un peso adecuado, evitando el consumo excesivo de alcohol y otras drogas, y procurando mantener relaciones sexuales especialmente en los días fértiles del ciclo femenino.*

5.- *Las parejas que deseen tener hijos no deben preocuparse si el embarazo no se produce en los primeros meses, porque muchas parejas tardan más de un año en lograr el embarazo y, se obsesionan con la idea y se alteran emocionalmente, puede reducirse la probabilidad del embarazo.*

6.- *Si una pareja decide hacerse un estudio de esterilidad conviene que se sometan a él tanto el hombre como la mujer, porque la causa puede provenir de cualquiera de los dos, y en muchos casos de ambos a la vez.*

7.- *Muchos de los trastornos causantes de esterilidad pueden solucionarse con un tratamiento adecuado, con medicamentos o una intervención quirúrgica, aunque puede suceder que la recuperación no sea completa y persista la esterilidad.*

8.- *La inseminación artificial que consiste en introducir una muestra de semen en el interior del útero mediante un dispositivo técnico puede ser útil para solucionar la esterilidad causada por determinados trastornos masculinos o por una incompatibilidad entre las secreciones masculinas y las femeninas, siempre que la función del aparato reproductor femenino sea normal.*

9.- *La fecundación in vitro consiste en unir en el laboratorio óvulos con espermatozoides a través de las correspondientes técnicas de laboratorio, y una vez conseguida la fecundación de un óvulo y las primeras multiplicaciones celulares, implantarlo en el útero.*

Esta técnica se utiliza en los casos de esterilidad femenina causada por un trastorno de las trompas uterinas sin solución; en la esterilidad masculina debida a una baja concentración de espermatozoides; en la esterilidad por incompatibilidad

inmunológica entre el esperma y el moco cervical, y en la esterilidad de causa desconocida.

10.- En las técnicas artificiales utilizadas para tratar la esterilidad pueden utilizarse óvulos y/o espermatozoides de donantes, cuando la mujer no ovula o el hombre no produce espermatozoides, o bien se presentan ambos casos a la vez. Además, pueden recurrir a estos procedimientos las parejas no estériles cuando la mujer o el hombre, o ambos a la vez, son portadores de alguna enfermedad hereditaria.

CAPITULO IV

PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

4.0 LA LEGISLACION ACTUAL FRENTE A LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ARTIFICIAL

Nuestro derecho si ofrece soluciones para los casos de los hijos nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de reproducción humana artificial, pero, no siempre son satisfactorias puesto que las posibilidades y variantes que resultan son muy diversas y diferentes entre si. además, debemos tener presente que nuestro legislador no pudo prever tales posibilidades, puesto que es recientemente que la ciencia medica a permitido que se den tales situaciones y es preciso una regulación expresa en esa materia.

Por lo que respecta a la inseminación homóloga se puede decir que no existe mayor dificultad, ya que como se vio anteriormente el donante es el marido o pareja (padre genético).y la mujer impregnada con el semen es la esposa (madre genética o gestante.)

El hijo será del matrimonio o de la pareja unida.

En el Caso de la inseminación heteróloga, las cosas son diferentes el esposo es infértil, el óvulo de su cónyuge o concubina es impregnado o fecundado con el semen de un tercer donante la mujer puede gestar el producto, el hijo por tanto será del matrimonio y en ningún caso podrá establecerse la relación paterna-filial con el donante.

El argumento en contra de esta técnica en el cual se dice que podría existir el adulterio no es válido, existe evidencia clinica que demostraria la inocencia de la mujer.

Además se debe tomar que el esposo, concubina o pareja estable consintió el uso de la técnica y dicho consentimiento es la manifestación explicita de la voluntad que procede de la adecuada y completa información de la naturaleza del acto, consecuencias fisicas sociales y juridicas para el y los restantes afectados.

En la actualidad la mayor parte de la normatividad se limita a exigir que en el uso de las técnicas artificiales en una mujer casada, es requisito previo el consentimiento del esposo, como lo prevee el Art. 466 de la Ley General de Salud

Por lo cual entonces nuestra legislación si regula el uso de las técnicas y se puede entender que la aceptación por parte del marido es imprescindible para el uso de la técnica, sin embargo en ningún momento nuestra legislación toma en cuenta la posibilidad de que la mujer viva en concubinato o conviva de hecho con una pareja varón sin que sea un concubinato, y se llega a dar la inseminación.

Lo que dispone el precepto de la Ley antes citada no es claro ni preciso y menos suficiente ante las diversas consecuencias jurídicas, a que da lugar estas técnicas.

El consentimiento que otorga el cónyuge lo deja por lo tanto imposibilitado a ejercitar acciones que tiendan a desconocer algunos vínculos jurídicos derivados de la presunción legal de paternidad.

Por lo anterior expuesto el consentimiento si confiere un lazo de paternidad y filiación por si solo, y no es preciso algún otro acto para que nazca el vínculo jurídico entre el esposo y el hijo de su mujer, o aún más entre el concubino o varón conviviente y el hijo de la mujer con la que forma concubinato o pareja.

La consecuencia jurídica que acarrea el hecho de otorgar el consentimiento en el uso de la técnica, debe ser bien sabida por los usuarios, debiendo expresar su consentimiento por escrito, manifestando que aceptan todas las consecuencias jurídicas que del mismo se deriven y en especial que serán los padres legítimos de los hijos que llegaren a procrear de esta manera.

En el caso de la fecundación in vitro se pueden presentar diversas variantes y tomando en cuenta ello se expone la manera en que se podría tener una solución legal a cada una de ellas, tratando de no repetir las cuestiones antes citadas.

En el supuesto de que el semen y el óvulo provengan de la pareja que hará uso de la técnica, no hay mas que añadir, se pueden seguir las explicaciones y propuestas que se aportaron en la inseminación heteróloga; y si acaso se le aplicarán las reglas del derecho común a la filiación.

Otra variante que se puede presentar es cuando, existe una donación de gametos (óvulos o semen).

En el primer supuesto, el óvulo es donado pero el semen o esperma proviene de la pareja paciente; se acude a dicho método cuando la paciente puede dar a luz pero es incapaz de producir óvulo, pues existe el riesgo de que transmita alguna enfermedad hereditaria; de entrada se da un conflicto en la maternidad, puesto que es madre la que ha parido o gestado al hijo, situación por la cual debe existir una ley especial en materia de fecundación asistida, en la que se explique correctamente la posibilidad de desencadenar vínculos paternos o maternos con los donantes de gametos (óvulos o semen), y proteger a los donantes pues su voluntad no es asumir una paternidad y/o maternidad sino que solamente la de hacer una donación lo cual debe tomarse en cuenta al momento en que éstos consistieron en ser donadores, por lo que deberá excluirse su supuestos derechos de filiación con respecto del hijo de la pareja usuaria.

Ahora bien se debe incidir, en un aspecto esencial, consistente en la dificultad que se presenta en la donación de óvulos, manteniendo por regla general el anonimato, por que se aduce al respecto que, así como la relación a la donación de semen es más fácil su conservación y congelación; en cambio con los óvulos, es difícil su proceso de congelación. La doctrina ha expresado que; aún no se ha desarrollado un procedimiento adecuado de congelación y descongelación resultando que los óvulos que han sido congelados y posteriormente han sido fecundados in vitro, una vez descongelados no han dado resultados satisfactorios.

Un procedimiento característico en la fecundación IN VITRO, es el conocido como dación de embrión con gametos provenientes de terceros; el embrión resultante de la fecundación será implantado en una mujer miembro de la pareja usuaria que pueda gestar; aunque no produzca óvulos y el esposo sea fértil aportando su semen para fecundar el embrión, bien sea estéril o pueda provocar en el hijo alguna afección congénita.

A tal respecto lo único que se encuentra en nuestra legislación es lo que dispone el Art. 314 de la Ley General de Salud que define las actividades de control sanitario en la obtención conservación, utilización preparación suministro... incluyendo los

preembriones, los embriones y los fetos con fines terapéuticos de docencia o investigación...

Como se puede observar, no existe reglamentación legal exacta que determine el problema que presenta la existencia de embriones no utilizados para ser implantados para una determinada mujer. El destino de los embriones trae emparejadas cuestiones jurídicas pues es inaudito que llegaran a utilizarse con fines comerciales.

4.1 LA INSEMINACIÓN

A) DENTRO DEL MATRIMONIO

Las situaciones que pueden presentarse cuando la concepción se hace habiendo matrimonio son: a) La que se realiza con elementos de la pareja, b) La que se realiza con elemento masculino extraño; y c) Cuando ambos elementos son extraños.

a) Con elementos de la pareja.- Es el único caso lícito, donde la concepción es con elementos de los cónyuges. En este caso no hay esterilidad si no un obstáculo biológico para lograr la fecundación sin ayuda artificial, en este el marido produce espermatozoides aptos para la fecundación pero no está habilitado para la cópula normal y fecundante.

Este se da por la impotencia; situación que podría presentarse y causa que si bien anula el matrimonio cuando es anterior al mismo y persiste después, procede también como causal de divorcio. Si se encontrara en el caso de un matrimonio anulable y no se invoca la causal dentro del término de 60 días que corren a partir de que celebren el matrimonio, éste se convalida (Art. 246 C.C.)

Por lo tanto los consortes que se hallen en este caso y no invoquen la nulidad, el matrimonio será válido y como consecuencia no se tendría el problema de la anulabilidad con las consecuencias que afectaría la procreación, pero la misma podría lograrse a través de medios artificiales.

El problema que surge es en relación con si es lícito o no que se otorgue el consentimiento sólo de uno de los cónyuges. Algunos autores consideran que si "No

existen obstáculos religiosos ni peligrosos para la vida se inclina a considerar que no es razonable la oposición de uno de los cónyuges a la aspiración más altruista de la especie que domina al otro".

Si bien es cierto como anteriormente ya se menciona que es una garantía constitucional la decisión libre sobre el número de hijos que se desean tener establecida en el Art. 4o. Constitucional reproducido por el Art. 162 del C.C. También es cierto que si es una decisión libre nos es jurídicamente posible obligar a uno de ellos a la procreación, bien natural o artificial.

Sin embargo legalmente no existe ningún obstáculo pues los hijos habidos por medio de inseminación se considerarán de matrimonio pues la concepción es con elementos de ambos y durante el matrimonio. Sin embargo si sería necesario determinar que contrato se celebraría para garantizar la obligación del padre en caso de impotencia, pues podría desconocer la paternidad alegando que se procreó por medios artificiales o por que le fue físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer situación prevista en el Art. 326 del C.C. De presentarse esa situación y no existir un contrato y suponiendo que el hijo fuera concebido por inseminación homóloga, y el marido pretendiera después desconocer la paternidad por que no hubo dicho acceso carnal se presentaría un problema que la legislación no contempla.

En estos supuestos, si el marido pretendiere el desconocimiento de la paternidad legítima que la ley le atribuye, la mujer podría oponerse y ofrecer como prueba la inseminación con semen de aquél. "aun cuando hubiere mediado imposibilidad material de cohabitación en el periodo legal de la concepción, la prueba de tal inseminación, siendo fehaciente implicará afianzar, no por vía presuncional sino por prueba biológica, el hecho constitutivo de la procreación. La actitud del marido que, habiendo consentido en la extracción de su propio semen para fecundar a su esposa, impugna la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio por ella, implica ir contra sus propios actos y desconocer el origen biológico que es fundamento de la filiación."

Por lo tanto si nace por concepción artificial se considera hijo del matrimonio y se le aplica la presunción el Art. 324 del C.C. en su fracción II. El contrato de dicha

inseminación deberá estar firmado por ambos y el médico presupuesto en el cual no se aplicarían los Arts. 325 y 326 del C.C.

Tomando en cuenta que la filiación se puede probar no obstante lo que señala el Art. 324 del C.C. por cualquier medio de prueba que la ley autorice con excepción de la testimonial ya que no es admisible si no se acompaña de una prueba por escrito o indicio de la que resulten hechos ciertos.

b) Con elemento masculino extraño.- Este caso se da: por esterilidad en el marido porque no produce espermatozoides y por alguna otra enfermedad que hace imposible la fecundación.

En el caso de la inseminación heteróloga si existiera un contrato en donde constara efectivamente el consentimiento del marido no habría problema; pero al no existir si surgen problema.

Para el profesor "Chávez Ascencio ese contrato sería ilícito con base al Art. 1830 del C.C. por ser contrario a las normas de orden público y a las buenas costumbres"

El profesor lo fundamenta diciendo que la legislación familiar es de orden público y en materia de filiación no puede haber sobre ésta ni transacción ni compromiso en árbitros (Art. 338 del C.C.).

Nuestra legislación parte del principio de asociar lo genético y obstétrico. Es decir que considera que sería hijo de matrimonio el concebido si se usaran elementos de los cónyuges. En cambio la inseminación heteróloga disocia lo genético de lo obstétrico presupuesto no regulado por la ley por lo cual considero que debe legislarse siempre y cuando sea adecuadamente no lucrativo y con reglas muy determinadas en todos aspectos.

El primer problema a resolver sería determinar el contrato por el cual se llevaría a cabo la autorización para la inseminación.

Y aunque para algunos autores es ir contra el derecho natural considero que si la medicina avanza y por medio de ella se permite ser padres jurídicamente aunque no biológicamente porque privarles de ese derecho.

Por consiguiente la fecundación artificial heteróloga al no estar regulada y al darse en la actualidad priva de la relación filial con sus orígenes paternos a los hijos y no atribuye legalmente la misma a sus padres sustitutos.

El consentimiento de ambos cónyuges se requiere necesariamente pero en tratándose del marido si existe consentimiento no hay infidelidad, ni injuria alguna y si no existe el consentimiento se comete una injuria grave que autorice el divorcio.

Cuando la ausencia del consentimiento es el de la mujer se daría igualmente un ilícito si la mujer es fecundada contra su voluntad, lo que podría constituir un delito al no estar regulado.

Ahora bien si partimos de que la filiación se origina y se califica por la concepción siendo legítima si procede elementos de los cónyuges, pero como se toma encuentra también el nacimiento considerándose hijo de matrimonio el que nace después de 180 días de celebrado el matrimonio o los nacidos dentro de los 300 días de la disolución del mismo.

*Es decir no sólo se requiere que provenga de elementos de los padres (filiación natural) sino también se hace referencia al matrimonio. El Art. 324 del C.C. se basa en la relación biológica que existe entre el padre del hijo que por ser difícil de probar se funda en una presunción *luris tantum*, entonces si el marido prueba que le fue físicamente imposible tener acceso carnal o que hubo adulterio por parte de la madre desvirtúa la presunción aludida.*

Sin embargo si existiera un contrato de por medio no existiría el conflicto, pues el propio contrato firmado por los cónyuges sería la prueba del consentimiento. En este supuesto la legislación consideraría a éste hijo aunque no lo sea biológicamente hablando.

La situación del padre y del hijo para determinar esta situación parte de si hubo consentimiento o no del marido para la realización de dicha inseminación, ya que de acuerdo a nuestra legislación actual la situación del hijo no podría desvirtuarse que hubo consentimiento expreso en un contrato toda vez que no existe nada previsto en el código civil, por consiguiente se requiere una modificación al mismo en ese sentido o

sea aceptando a la filiación, y sería entonces una forma de legitimar el uso del elemento extraño masculino para la fecundación dentro del matrimonio.

Son dos los posibles efectos que se darían en esta filiación.

1.- Considerarse semejante a la filiación: caso en el cual se daría una doble situación respecto del hijo; sería hijo carnal de su madre y adoptivo de "Su" padre, realidad doble que es posible en los términos del Art. 403 del C.C.

2.- La otra sería por ficción legal donde se consideraría también al padre en situación semejante a la madre, "Institucionalmente" se les reconozca a ambos progenitores.

Por lo anterior se tendría que modificar el Código Civil, para incorporar la solución.

En este caso la solución que se apoya es la segunda ya que si la filiación se puede dar no sólo por relación biológica sino también por disposición legal, como es el caso de la adopción caso en el cual hay una relación jurídica paterno-filial sin procreación biológica, podría entonces decirse que hay una "procreación legal"; siempre y cuando exista cierto consentimiento libre por parte del hombre para que se insemine la mujer con semen de un tercero.

La situación legal del donador es que no se le reputara padre del concebido, debiendo constar en la ley esa limitación porque la patria potestad por naturaleza es irrenunciable; y para tal efecto debe agregarse un artículo en la parte relativa a patria potestad que disponga que el donador no tendrá la patria potestad del nacido, con su semen en caso de inseminación artificial, toda vez que el donador del semen se debió obligar a permanecer en el anonimato y no reclamar jamás legalmente al niño concebido con su semen.

En el caso de que la inseminación fuera sin consentimiento del marido y éste desconozca la paternidad el tercero donador quedaría en posibilidad de reconocer legalmente al hijo por lo cual debe regularse la misma y modificarse el Art. 374 del C.C.

c) Con elemento femenino extraño.- Este caso se presenta por esterilidad femenina y por el cual se recibe en su seno un óvulo extraño fecundado con espermatozoides del marido.

El consentimiento más importante en este caso es el de la mujer pues no se le puede obligar a la práctica de la inseminación.

Por su parte tampoco la legislación no contempla esta situación ya que ésta rompe el principio de la filiación en relación a la madre que resulta del nacimiento del niño que genéticamente no es de quien lo procreo Art. 360 del C.C., respecto a éste caso se opina que se debe excluir de éste artículo la concepción artificial con óvulo extraño lo cual tendría que probarse toda vez que lo natural y legal es que el nacido sea hijo de la mujer que dio a luz.

La paternidad en éste caso es indudable siguiendo la presunción del Art. 324 del C.C. y confirmada por el contrato firmado por los cónyuges y el médico; y aún cuando no existe el mismo procede la presunción. De no existir contrato que es el caso se aplicaría el Art. 360 del C.C., sin embargo si llegara a existir se alteraría el proceso natural y biológico y quedaría aprobado que no es la madre biológica situación que debe resolverse ya sea optando por una relación materno-filial (adopción) o por ficción legal (considerarse a ambos progenitores).

Actualmente en nuestra legislación la madre no puede contradecir la maternidad, establecida por el Art. 60 del C.C. "La madre no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo).

Sin embargo la inseminación es un hecho en que es posible que la madre contradiga la filiación que se le imputa si no fue realizada con su consentimiento o que contra su voluntad se implantara un óvulo de una tercera mujer previamente fecundado con semen del marido o pudiera haber engaño aún cuando existiendo el consentimiento de ambos se utilizara aparentemente el óvulo de la esposa sin que ésta los sepa. Este hecho no siendo delictivo es ilícito y podría anexarse al Art. 277 del C.P., que junto con las otras fracciones del mismo pueden llegar a ser fundamento para contradecir la maternidad.

Artículo 277.- Cometan un delito los que, con el fin de alterar el estado civil incurran con algunas de las fracciones siguientes:

Por consiguiente la fecundación artificial heteróloga al no estar regulada y al darse en la actualidad priva de la relación filial con sus orígenes paternos a los hijos y no atribuye legalmente la misma a sus padres sustitutos.

El consentimiento de ambos cónyuges se requiere necesariamente pero en tratándose del marido si existe consentimiento no hay infidelidad, ni injuria alguna y si no existe el consentimiento se comete una injuria grave que autorice el divorcio.

Cuando la ausencia del consentimiento es el de la mujer se daría igualmente un ilícito si la mujer es fecundada contra su voluntad, lo que podría constituir un delito al no estar regulado.

Ahora bien si partimos de que la filiación se origina y se califica por la concepción siendo legítima si procede elementos de los cónyuges, pero como se toma encuentra también el nacimiento considerándose hijo de matrimonio el que nace después de 180 días de celebrado el matrimonio o los nacidos dentro de los 300 días de la disolución del mismo.

*Es decir no sólo se requiere que provenga de elementos de los padres (filiación natural) sino también se hace referencia al matrimonio. El Art. 324 del C.C. se basa en la relación biológica que existe entre el padre del hijo que por ser difícil de probar se funda en una presunción *Iuris tantum*, entonces si el marido prueba que le fue físicamente imposible tener acceso carnal o que hubo adulterio por parte de la madre desvirtúa la presunción aludida.*

Sin embargo si existiera un contrato de por medio no existiría el conflicto, pues el propio contrato firmado por los cónyuges sería la prueba del consentimiento. En este supuesto la legislación consideraría a éste hijo aunque no lo sea biológicamente hablando.

La situación del padre y del hijo para determinar esta situación parte de si hubo consentimiento o no del marido para la realización de dicha inseminación, ya que de acuerdo a nuestra legislación actual la situación del hijo no podría desvirtuarse que hubo consentimiento expreso en un contrato toda vez que no existe nada previsto en el código civil, por consiguiente se requiere una modificación al mismo en ese sentido o

sea aceptando a la filiación, y sería entonces una forma de legitimar el uso del elemento extraño masculino para la fecundación dentro del matrimonio.

Son dos los posibles efectos que se darían en esta filiación.

1.- Considerarse semejante a la filiación: caso en el cual se daría una doble situación respecto del hijo; sería hijo carnal de su madre y adoptivo de "Su" padre, realidad doble que es posible en los términos del Art. 403 del C.C.

2.- La otra sería por ficción legal donde se consideraría también al padre en situación semejante a la madre, "Institucionalmente" se les reconozca a ambos progenitores.

Por lo anterior se tendría que modificar el Código Civil, para incorporar la solución.

En este caso la solución que se apoya es la segunda ya que si la filiación se puede dar no sólo por relación biológica sino también por disposición legal, como es el caso de la adopción caso en el cual hay una relación jurídica paterno-filial sin procreación biológica, podría entonces decirse que hay una "procreación legal"; siempre y cuando exista cierto consentimiento libre por parte del hombre para que se insemine la mujer con semen de un tercero.

La situación legal del donador es que no se le reputara padre del concebido, debiendo constar en la ley esa limitación porque la patria potestad por naturaleza es irrenunciable; y para tal efecto debe agregarse un artículo en la parte relativa a patria potestad que disponga que el donador no tendrá la patria potestad del nacido, con su semen en caso de inseminación artificial, toda vez que el donador del semen se debió obligar a permanecer en el anonimato y no reclamar jamás legalmente al niño concebido con su semen.

En el caso de que la inseminación fuera sin consentimiento del marido y éste desconozca la paternidad el tercero donador quedaría en posibilidad de reconocer legalmente al hijo por lo cual debe regularse la misma y modificarse el Art. 374 del C.C.

c) Con elemento femenino extraño.- Este caso se presenta por esterilidad femenina y por el cual se recibe en su seno un óvulo extraño fecundado con espermatozoides del marido.

El consentimiento más importante en este caso es el de la mujer pues no se le puede obligar a la práctica de la inseminación.

Por su parte tampoco la legislación no contempla esta situación ya que ésta rompe el principio de la filiación en relación a la madre que resulta del nacimiento del niño que genéticamente no es de quien lo procreo Art. 360 del C.C., respecto a éste caso se opina que se debe excluir de ése artículo la concepción artificial con óvulo extraño lo cual tendría que probarse toda vez que lo natural y legal es que el nacido sea hijo de la mujer que dio a luz.

La paternidad en éste caso es indudable siguiendo la presunción del Art. 324 del C.C. y confirmada por el contrato firmado por los cónyuges y el médico; y aún cuando no existe el mismo procede la presunción. De no existir contrato que es el caso se aplicaría el Art. 360 del C.C., sin embargo si llegara a existir se alteraría el proceso natural y biológico y quedaría aprobado que no es la madre biológica situación que debe resolverse ya sea optando por una relación materno-filial (adopción) o por ficción legal (considerarse a ambos progenitores).

Actualmente en nuestra legislación la madre no puede contradecir la maternidad, establecida por el Art. 60 del C.C. "La madre no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo).

Sin embargo la inseminación es un hecho en que es posible que la madre contradiga la filiación que se le imputa si no fue realizada con su consentimiento o que contra su voluntad se implantara un óvulo de una tercera mujer previamente fecundado con semen del marido o pudiera haber engaño aún cuando existiendo el consentimiento de ambos se utilizara aparentemente el óvulo de la esposa sin que ésta los sepa. Este hecho no siendo delictivo es ilícito y podría anexarse al Art. 277 del C.P., que junto con las otras fracciones del mismo pueden llegar a ser fundamento para contradecir la maternidad.

Artículo 277.- Cometen un delito los que, con el fin de alterar el estado civil incurran con algunas de las fracciones siguientes:

- I.- Atribuir un niño recién nacido a una mujer que no es realmente su madre.*
- II.- Hacer registrar en las oficinas del estado Civil en un nacimiento no verificado;*
- III.- A los padres que preste a un hijo suyo al registro con el propósito de hacerle perder su estado civil o que declaren falsamente su fallecimiento, o lo presenten ocultando su nombre o suponiendo que los padres son otras personas;*
- IV.- A los que substituyan a un niño por otro, o cometan ocultamiento de infante, y*
- V.- Al que usurpe el estado civil de otro con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden.*

De proceder ésta reforma también se tendría que modifica el Art. 324 del C.C., pues de lo contrario se trataría de un hijo habido fuera de matrimonio entre el marido y una tercer mujer.

Pudiendo ser la reforma siguiente al Art. 324 del C.C., que dice se presumen hijos del cónyuges...

III.- Los nacidos por la utilización por algún medio de inseminación artificial siempre y cuando exista el consentimiento por escrito de los cónyuges según sea el caso.

La situación de la donadora en un principio no tendría problema puesto que la maternidad se presume con el parto, caso en el cual no se da pero de mediar contrato y existir una prueba, se deberá renunciar a cualquier derecho derivado de la inseminación.

B) FUERA DE MATRIMONIO

La inseminación artificial fuera de matrimonio se considera inmoral e ilícita pues en principio los hijos deben ser de matrimonio; para su mejor integración familiar. Partiendo de eso si la sociedad, el estado y hasta la misma iglesia están interesados en evitar que los hijos nazcan fuera del matrimonio; y al permitirse la inseminación artificial sería contradecir lo que las mismas protegen, ya que si la inseminación se realiza sin consentimiento la situación se torna más grave, pues se da un ilícito que penalmente debe ser sancionado.

Como ya antes se ha mencionado los hijos ante la ley gozan por igual de derechos ya habidos fuera de matrimonio o dentro del mismo, pues no se puede condenar y culpar a los hijos por los actos de los padres.

La situación que se presenta cuando una mujer extraña al matrimonio se presta para que le sea implantado un óvulo fecundado o se le insemine con elementos del marido, es el caso de alquiler de útero por una tercera mujer conocido como maternidad sustituta.

Lo que se ha dado por llamar maternidad sustituta es la práctica que se aplica a una mujer que ha sido implantado el óvulo fecundado de otra mujer y por tanto lleva en su seno un niño por otra con la intención de entregarlos después de su nacimiento.

Desgracia antigua, pero refrendada en forma preocupante en nuestro siglo, es la infertilidad femenina, a la que podríamos definir como la patología propia de una mujer que no es capaz de lograr la viabilidad fetal. Consiste en la pérdida sucesiva y reiterada de embarazos, una vez que han sido logrados.

Las causas son múltiples y complejas. Puede deberse tanto a la etiología materno-ovular, como al gameto masculino en sí, sin excluir los factores psicógenos:

a).- Endocrinas, como los defectos en el sistema neurohormonal, la diabetes el hipotiraidismo, las perturbaciones de las glándulas suprarrenales.

b).- Procesos toxicofeccionos, como el alcoholismo y la drogadicción, así como la toxoplasmosis, la listeriosis y la hemoglobinopia.

c).- Uterinas, como mal formaciones, tumores, incompetencia istmico-cervical, hipoplasia uterina, endometritis y sinequias.

d).- Inmunológicas, dado que los espermatozoides son fuente activa de antígenos y el huevo constituye un homoiimplante, es indudable que el organismo materno puede producir anticuerpos que impidan la fecundación, produzcan abortos o enfermedades en el recién nacido.

Los factores psicógenos, por su parte influyen notablemente en el fenómeno de la infertilidad el hecho de que una mujer posea la capacidad biológica para concebir un hijo, no significan necesariamente que lo desee, o que este psíquicamente preparada para recibirlo.

Se calcula que en los Estados Unidos se producen alrededor de doscientos mil abortos espontáneos por año, que no tienen una causa específica comprobada, lo que nos lleva a concluir que desear conscientemente un hijo no implica desearlo también inconscientemente, sin embargo, cuando la infertilidad no puede ser resuelta por vía quirúrgica o a través de tratamientos farmacológicos surge, como una solución llena de implicaciones morales y jurídicas, la posibilidad de subrogar en otra mujer la función de gestar, y, en las desgracias extremas, cuando la infertilidad se une a la esterilidad, cabe también recurrir a la donación del óvulo y la prestación del vientre, para concebir y gestar a través de otra, como una nueva distorsión de la fecundación genética, hija de la necesidad.

Si la maternidad subrogada o maternidad sustituida, será en el primer caso, ya que en el segundo la mujer inseminada es genéticamente la madre del hijo concebido, pues es ella quien aporta el óvulo que es fecundado en el esperma ajeno.

4.2 LA MATERNIDAD SUBROGADA O GESTACION POR ENCARGO

Este recurso se presenta cuando la mujer miembro de la pareja no puede llevar a cabo el embarazo y conviene con una tercera persona un contrato de gestación, en útero ajeno, con el fin de que se implante el embrión en la matriz de ésta y lo desarrolle hasta su nacimiento, y posteriormente lo entregue a la pareja contratante.

Dicho procedimiento es conocido como alquiler de vientres o gestación por encargo y del cual se deben destacar tres aspectos que ayudarían a comprender y calificar el aludido supuesto y son los siguientes: la calificación jurídica de dicho contrato en cuanto a su objeto las distintas variantes en la utilización del método gestativo y la atribución jurídica de la maternidad y/o paternidad.

a.1.- Clasificación del presunto contrato.- En la utilización del supuesto de maternidad subrogada el derecho no puede objetivamente aceptar su licitud y legitimidad pues repugna los principios de orden público familiar aplicables a las relaciones interpersonales, ya que el objeto del contrato de incubación en útero ajeno es la persona misma y sería un atentado a su dignidad ser tratado cual si fuera un objeto y

no como alguien que constituye una finalidad por sí, y no un medio objeto de satisfacción de pretendidos derechos individuales tales como el derecho a ser madre.

De lo anterior resulta que la maternidad subrogada no puede elevarse a rango de contrato ya que no hay manera posible de considerarlo así, calificándolo de otra manera, se podría decir que para que se lleve a cabo es necesario el acuerdo de voluntades de ambas partes debiendo el derecho proteger a la pareja que uso la técnica, por encontrarse en total desventaja ante la que le presto el servicio, la cual debe estar plenamente consiente de la consecuencia jurídica que tendrá lugar en el momento en que entregue al hijo, que debe ser portador de la herencia genética de ambos padres usuarios.

Por lo anterior se debe tener cuidado porque el ser humano de ninguna manera es objeto de comercio pero sin embargo tampoco se puede impedir a persona alguna el hecho de que de manera gratuita solidaria y por altruismo quiera proporcionar la felicidad a sus semejantes ayudándoles a ser padres, admitiendo ésta ser madre por encargo.

Un problema real que se debe tomar en cuenta antes de decir que la técnica bajo determinadas condiciones es posible, es el problema de las madres sustitutas y radica en la cuestión de saber si se tiene derecho a concebir al hijo para abandonarlo posteriormente, y si el derecho objetivo lo autoriza o no.

En nuestra legislación no está permitido que una mujer estéril pida a otra que procure un hijo y después lo abandone.

El Código Civil vigente niega el supuesto desconocimiento. Pero recordando que no se podía incluir este tipo de fecundación en los preceptos legales vigentes puesto que antes no era posible imaginar los adelantos técnicos que se darían en esta materia, por lo que se deben crear criterios jurídicos especialmente elaborados para su aplicación, ya que es una situación diferente a la que se daría si la gestación del producto fuera vía cópula, y entonces la madre no podría desconocer al hijo que dio a luz, a diferencia del supuesto anterior en el que se debe tomar en cuenta que la gestante no es la madre biológica que ésta consintió en hacer uso de una técnica, y que se entenderá por madre

a la que tiene el deseo de hacerlo y no a la que simplemente consintió en auxiliar a otra para la consecución de dicho fin.

Resumiendo si se tuviera que encasillar dicho contrato de incubación en útero ajeno dentro de los negocios jurídicos de nuestra ley aplicable se concluiría en la figura contractual mas afín y resultaría ser en arrendamiento de servicios y obras. Es decir en el primero, en el que preste el servicio se compromete al mismo sin consideración con el resultado que se obtenga en el trabajo, por el contrario en el segundo, lo ofrecido es precisamente el resultado sin consideración al trabajo necesario para lograrlo.

a.2.- Variantes en la posible utilización del método gestativo. El supuesto más elemental se da cuando los titulares de las células germinales coincidieran totalmente con los miembros de la pareja comitente arrendataria de los servicios de incubación quienes aportarían tanto el semen como óvulo y produciéndose la fecundación IN VITRO homóloga para después implantarse el cigoto resultante en el útero de la mujer gestante que llevará a cabo el embarazo, la cual si llega a utilizar la técnica no debe tener derecho alguno sobre el hijo a este respecto puede argumentarse parte de la polémica disociación de que la maternidad en componente genético, el hecho de que la concepción sea producida en útero ajeno, por la fecundación de los gametos femenino y masculino de los miembros de la pareja estéril y que por tanto el nacido sería, desde un punto de vista consanguíneo, de aquella puesto que es portador en su totalidad de la herencia genética de aquellos sujetos, aunque biológicamente sea hijo de la gestante.

El segundo supuesto se da cuando solo uno de los miembros de la pareja arrendataria de los servicios de la incubación hubiera aportado la célula germinal, con lo que, indiscutiblemente se producirá una fecundación IN VITRO ya no homóloga como en el supuesto anterior, si no heteróloga.

En los dos supuestos anteriores el donante de gametos titular de la materia genética puede resultar un tercero ajeno o desconocido para la pareja.

Cuando es la propia mujer gestante la que aporta sus propios óvulos resultando ser inseminada heterológamente con el semen del esposo o conviviente de la pareja usuaria en este último supuesto, no sólo resultará ser madre biológicamente sino también desde un punto de vista genético de tal forma que no presenta un reforzamiento científico, la

pretensión que pudiera formular la mujer que contrata los servicios de incubación en útero ajeno puesto que sólo puede apelar a su condición de madre contratante; esto si hubiera inscrito la filiación materna en relación a ella, por lo cual no debe perderse de vista, que existiría una dificultad de maternidad puesto que la misma queda configurada por el hecho del parto y la identidad del recién nacido.

En el supuesto anterior la usuaria ni gesta al niño ni aporta a él ningún tipo de nexo genético que los pueda unir en un futuro y surgir dicha filiación, en mi opinión no se debería permitir el uso de dicha técnica.

El último supuesto que se puede presentar consiste en que la procedencia de los gametos fueran de donantes desconocidos tanto de la pareja de arrendatarios de los servicios, como de la propia gestante. Supuesto que no tendría razón de ser y la solución sería la adopción, ya que no existe razón alguna que justifique el uso de la maternidad subrogada puesto que ninguno de los arrendatarios aporta su gameto para que el hijo sea portador de la genética de los padres.

4.3 LA PATERNIDAD Y FILIACION EN RELACION A LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo directo 2848/1956. Ignacio Flores Alvarez, resuelto el 23 de enero de 1958 (Boletín de Información Judicial 1958, pág. 87), señala que la filiación natural, en derecho mexicano, resulta del reconocimiento voluntario, y

La investigación de la paternidad no es abierta o libre sino limitada a los cuatro casos a que se refiere el artículo 382 del Código Civil, es decir solo está permitida:

- I. En los casos de raptó, estupro o violación, ... ;*
- 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 que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente; y*
- IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra del pretendido padre.*

Sin embargo, si es evidente que en la redacción de este precepto 382 nuestro Código se ajusto al sistema francés de investigación limitada, también lo es que en la del 383 siguió el sistema alemán (Artículo 1717 del BGB), cuando lo dice García Téllez en sus Motivos y Concordancias, en cuanto a que estatuyó los casos en que se establece presuntivamente la filiación y no a aquellos en que se permite investigarla, equiparando así la situación de los hijos que se presumen hijos del concubinato y de la concubina (Artículo 383) con la de los hijos que se presumen hijos de los cónyuges (Artículo 324).

En el caso de la inseminación artificial homóloga, se presumirán hijos de los cónyuges, cuando nazcan después de los 180 días contados desde la celebración del matrimonio y los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, por nulidad, muerte del marido o divorcio (Artículo 324 C.C.D.F.).

La presunción puede destruirse cuando se prueba la imposibilidad física del marido para tener acceso carnal con su mujer (Artículo 325 C.C.D.F.), o cuando exista adulterio de la madre (Artículo 326 C.C.D.F.).

De lo anterior resulta la conveniencia de establecer la prueba de la reproducción asistida, para evitar el desconocimiento de la paternidad por impedimento para efectuar la cópula o atribuyendo adulterio de la madre.

Cuando la fecundación homóloga ocurra después del fallecimiento del padre, aun cuando se realice fuera del matrimonio, la paternidad puede sostenerse, conforme al Artículo 327 C.C.D.F. por que la mujer, el hijo o el tutor de éste, pueden sostener que el marido es el padre cuando se pretenda el desconocimiento al hijo nacido "después de 300 días contados desde que, judicialmente y de hecho, tuvo lugar la separación provisional prevista para los casos de divorcio y nulidad".

Ante la posibilidad de la fecundación asistida homóloga después del fallecimiento del marido, se puede señalar que esta posibilidad biológica debe hacernos reflexionar sobre la necesidad de cambiar las reglas de la sucesión, pues el artículo 1314 C.C.D.F., considera que no tienen personalidad para heredar los que no estuvieren concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia. Mientras esta modificación no se hiciere y llegara a presentarse esta situación, habría un conflicto entre dos disposiciones jurídicas el artículo 327 C.C. que establece la posibilidad de que el marido muerto sea

el padre del hijo no concebido antes de su muerte y el artículo 1314 C.C. señalado, que priva al hijo por no estar concebido al tiempo de la muerte del autor de la herencia. Ante este conflicto de dos artículos, debe invocarse la equidad dentro de su concepción más usual que es el de "justicia del caso concreto" respondiendo en favor del hijo póstumo, por que como tal tiene derecho, al igual que los demás de disfrutar del caudal hereditario (Art. 20 C. C.)

Aplicando la legislación actual (Arts. 324, 325, 326 C. C. D. F.) al caso de inseminación heteróloga dentro del matrimonio, efectuada con el consentimiento del marido, debe presumirse al nuevo ser como hijo de los cónyuges. Asimismo el marido no podrá desconocer su paternidad respecto del nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, cuando se pruebe por escrito que conoció antes de casarse el embarazo de su futura cónyuge, o si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento, o si reconoció expresamente por suyo al hijo de su esposa (Art. 328 C.C.D.F.).

Los preceptos de referencia evidentemente no tuvieron en cuenta la posible fecundación asistida, pero tampoco existen fundamentos para impugnar su aplicabilidad distinguiendo los supuestos que no pudo tener presente el legislador.

Respecto de las relaciones de padre e hijo se puede decir que esta situación de hijo fuera del matrimonio no puede desvirtuarse con el supuesto de que hubiere consentimiento previo y por escrito del marido, toda vez que no está prevista dentro del Código Civil esta posibilidad. Se requiere consecuentemente, una modificación al mismo para, en estos casos, habiendo previo consentimiento del marido mediante la suscripción del contrato correspondiente, la filiación se considere dentro del matrimonio. Sería una forma de legitimar el uso de elemento extraño masculino para la fecundación dentro del matrimonio.

En el caso de la inseminación heteróloga efectuada sin consentimiento del marido, éste tendrá dentro de los términos y condiciones establecidas en los preceptos ya señalados, la posibilidad de impugnar la presunción de su paternidad.

Quien hubiere donado el gameto masculino para utilizarse en una procreación dentro de matrimonio, solamente podrá intentar el reconocimiento del hijo cuando el

marido lo hubiere desconocido y exista sentencia ejecutoriada declarando que no es hijo del marido (Art. 374 C.C.D.F.). Fuera de ese supuesto, no existirá, por tanto, factibilidad legal para tenérsele por padre titular de los derechos derivados de esa calidad.

En el caso de la mujer que da a luz en consecuencia a la fecundación in vitro, o su concepción deriva de una célula germinal ajena a la de su marido, o bien, su hijo nace fuera de matrimonio, la filiación resultará del hecho del nacimiento y la identidad del producto de la concepción.

En los casos de maternidad sustituida, cuando en la mujer gestante no se utilizan sus propias células germinales, los preceptos vigentes le atribuyen la maternidad por el sólo hecho del nacimiento. Además, quienes hubieran donado los gametos estarían impedidos para ejercitar acciones de reconocimiento paterno y materno respecto del producto de la concepción, en virtud de la ilicitud del contrato, pues cuando el ser humano es el objeto la transacción esta prohibida.

Para el caso de que la gestante estuviera casada y el marido desconozca su paternidad, el varón donante del gameto fecundante podrá reclamar los derechos respecto de un hijo nacido fuera del matrimonio. En este caso si los padres no se ponen de acuerdo, al juez de lo familiar le corresponde el otorgamiento de la custodia del hijo, pero si el reconocimiento de los padres que no vivan juntos se hubiere efectuado en diferentes actos, la custodia corresponderá al primero que lo hubiere reconocido (Art. 380 y 381 C.C.D.F.).

Hasta en tanto se legisle sobre la materia, los conflictos sobre técnicas de reproducción asistida tendrán que resolverse conforme a la legislación vigente ya comentada.

4.4 ATRIBUCION JURÍDICA DE LA MATERNIDAD O PATERNIDAD

El principio rector en materia de filiación que impera en las relaciones paterno filiales gira en función de la relación biológica y la identidad del progenitor causante de la fecundación o procreación asistida, la que sólo se presenta en la hipótesis de la

maternidad subrogada, en la que los usuarios de la técnica sean los portadores de los gametos que proporcionan la herencia.

En mi opinión si el contrato es lícito y por tanto obliga a la ejecución de lo convenido, es decir, la entrega del niño, la responsabilidad paterno filial daría lugar a una expresa renuncia, y si es así, la determinación de la filiación a padre o madre deriva excepcionalmente del propio contrato.

4.5 VINCULACION A LOS GAMETOS Y PATRIA POTESTAD EN LA REPRODUCCION ASISTIDA

El derecho a nuestro cuerpo es uno de los llamados derechos de personalidad; es autónomo e independiente y no es posible considerarlo como un derecho de propiedad. Por ello no puede decirse que la persona tenga un derecho de propiedad respecto de sus células germinales.

Resulta sumamente grave la responsabilidad de las instituciones o profesionales que tengan gametos o embriones en los laboratorios. Estos deberán utilizarse en estricto apego a las instrucciones recibidas de quien hubiere realizado el depósito, siempre y cuando no se contravengan disposiciones de orden público, normas morales o las buenas costumbres.

Los gametos hasta antes de su utilización para transformarse en embriones, deberán estar a la disposición de los respectivos donantes.

La unión de los gametos para su transformación a embrión, además de las razones terapéuticas y éticas, deben sujetarse estrictamente al consentimiento vertido en el documento que autoriza su utilización. En éste hay que prever que hasta en tanto se realiza su implantamiento, las obligaciones más que los derechos, corresponden a los donantes de las células germinales, quienes en ningún caso podrán atentar contra la existencia y desarrollo del nuevo ser.

Partiendo de la atribución de paternidad y maternidad que hace el derecho vigente, las obligaciones y derechos derivados de la patria potestad deberán atribuirse a los padres legales, independientemente de la paternidad genética.

El impedimento para contraer matrimonio cuando existe parentesco por consanguinidad, se fundamenta en la inmoralidad del acto y la prohibición del incesto, debido a que biológicamente la consanguinidad de los padres pudiera afectar a su descendencia.

La legislación actual se refiere formalmente al impedimento por vínculo de parentesco, sin entrar a la consideración del parentesco genético que pudiera existir entre hijos reconocidos, respecto de hijos no reconocidos.

Por ejemplo el caso del hijo de mujer casada que viva con su marido y lo hubo con otro distinto cuando el marido no lo hubiere desconocido o se hubiere declarado judicialmente que la paternidad no le corresponde.

En la actualidad deberán analizarse los efectos de la reproducción asistida dentro del marco de la relación formal de parentesco que presupone la filiación genética.

Los requisitos de procedibilidad para la reproducción asistida, tiene como presupuesto la prevaencia probable de los beneficios esperados sobre los riesgos posibles (Art. 14, frac. IV. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud).

Con el propósito de evitar afectaciones a la salud de los hijos, derivadas de la consanguinidad biológica de los padres, resulta indispensable establecer sistemas que impidan la celebración de matrimonios entre personas con parentesco genético independientemente del parentesco legal.

En los anteproyectos de reformas a la legislación civil para los Estados de Jalisco y Nuevo León, no existen normas que modifiquen el sistema de parentesco formal contenido en la legislación actual, y por tanto, no existe impedimento para la celebración del matrimonio civil entre personas con parentesco genético, derivado de la reproducción asistida.

4.6 LA REPRODUCCION ASISTIDA Y EL DERECHO HEREDITARIO

Por sucesión legítima tiene derecho a heredar los descendientes, ascendientes y parientes colaterales dentro del cuarto grado, excluyendo a quienes vincula el parentesco de afinidad.

El parentesco de consanguinidad existe entre quienes descienden de un mismo progenitor (Art. 293 C.C.D.F.). La progenitura biológica para trascender al ámbito del derecho hereditario, requiere de la existencia formal del parentesco.

La sola vinculación genética no da lugar a derechos hereditarios, por ello para que tales derechos sean reconocidos entre donante de célula germinal y producto de la concepción, resulta indispensable la formalidad del parentesco que corresponda conforme a la ley.

El hijo natural no reconocido, no tiene derecho a la sucesión de su progenitor, ni éste a la del hijo. Para que la descendencia de los donantes de gametos tengan derechos hereditarios por vía legítima a la sucesión del padre genético, requeriría del reconocimiento de los progenitores biológicos.

Del mismo modo para que a los donantes de las células germinales, se les considere como titulares de derechos sucesorios por vía legítima del hijo genético, requieren de la vinculación formal del parentesco.

En derecho prospectivo en la inseminación heteróloga, no existirán derechos ni obligaciones derivadas del parentesco genético entre los donantes de células germinales y el nuevo ser.

4.7 LOS DONADORES EN LA REPRODUCCION ASISTIDA

Conforme a la legislación de salud son criterios terapéutico lo que justifican este tipo de practicas sin exponer al embrión o al feto a un riesgo mayor del mínimo (Art. 321 L.G.S.).

Para satisfacer la minimización de riesgos y evitar enfermedades transmisibles al nuevo ser, deberá tomarse en consideración la salud de quienes proporcionan las células germinales. Además, deberán evitarse peligros a la vida y salud de las mujeres en quienes se apliquen las técnicas de reproducción asistida.

Asimismo deberá cuidarse que estas técnicas no propicien deshumanización en la procreación. En el supuesto de la moralidad de la transmisión de células germinales, ésta debe responder a la realización de la paternidad y maternidad. El transmitente de las células germinales no tendrá derechos de parentesco, alimentación, filiación, ni

patria potestad. Esto porque carece de relevancia la elección que pudieran realizar los transmitentes de los gametos respecto a quienes les recibirán en forma directa o en estado embrionario.

Por otra parte debe tomarse en consideración la confidencialidad respecto de los donadores que propician los gametos para la reproducción asistida, excluido el profesional que la realiza.

Al registrar al hijo nacido de matrimonio, en el acta correspondiente se asentarán los nombres y nacionalidad de los padres, pero no existe posibilidad de mencionar que el hijo proviene de reproducción asistida y por tanto, dejar constancia de que pudiere tener progenitores genéticos distintos de los miembros del matrimonio o de los concubinos. Por otra parte, existe la prohibición de que en el acta de nacimiento se deje constancia de que el hijo de mujer casada que viva con su marido, tiene como padre a otro que no sea el mismo marido, salvo que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare (Art. 63, C.C.D.F.).

La confidencialidad entre quienes intervienen, previene conflictos que pudieran suscitarse entre los donadores de células germinales y las personas a quienes formalmente les corresponda la paternidad. Tales controversias necesariamente tendrían como resultante la alteración del desarrollo familiar del nuevo ser con los consiguientes daños afectivos y sociales.

Solamente por razones de salud o para prevenir daños a los descendientes (evitar matrimonio incestuoso) se podría dar a conocer la filiación genética. Frente a la confidencialidad prevalece el derecho al bienestar de la persona.

4.8 LA ADOPCION Y LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA

La filiación de los hijos nacidos en consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida, derivan del hecho del nacimiento y la identidad del hijo; de la aplicación de las presunciones legales cuando no hubiere impugnación de la paternidad; del reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio; o bien por sentencia que declare la paternidad.

La aplicación de los principios comentados en el tema precedente implican que, salvo las excepciones comentadas, el donante de los gametos tenga derecho de padre o madre genética. Por tanto, aun cuando la relación de hijo a padre o madre que no hubieran aportado sus gametos pudiera ser análoga a la del adoptado respecto de los adoptantes, estimamos que no podemos hablar de adopción, pues para ello es necesario el consentimiento de los titulares de la patria potestad, o del tutor del menor, y si no lo hubiere, de la persona que haya acogido al presunto adoptante durante 6 meses y lo trate como hijo (Art. 397 C.C.D.F.).

Cuando la inseminación es heteróloga, a la madre por el hecho del nacimiento le corresponde el ejercicio de la patria potestad y si tuviere marido con él la comparte. Por tanto, cuando existen derechos por vía legítima, carece de importancia el tratar de establecer una vinculación con el producto de la concepción por vía de adopción.

4.9 PROPUESTAS DE ADICIONES AL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL

Es necesario complementar el Código Civil con normas que tiendan a regular los actos que se realicen en atención a los tipos de inseminación artificial por lo que se proponen los siguientes conceptos:

A). Los niños concebidos por inseminación artificial deben ser contemplados por la ley como hijos de su madre y del cónyuge de ésta, cuando ambos hayan dado su consentimiento al tratamiento.

B). Debe modificarse la ley de manera que el donante de semen carezca de derechos y obligaciones paternales respecto al niño, en atención al anonimato que deberá subsistir por parte del donador.

4.10 COMENTARIOS ADICIONES Y PROPUESTAS A LA LEY GENERAL DE SALUD

La Ley General de Salud no hace referencia directa a la inseminación artificial como parte de la planificación familiar, sólo prescribe algunas consideraciones relacionadas con este aspecto.

Así, en el artículo 68 clasifica los servicios de planificación familiar y educación sexual que establece el Consejo Nacional de Población, como es el dar apoyo y fomentar la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biológica de la reproducción.

Por otro lado, la secretaría de salud se encuentra facultada para ejercer el control sanitario respecto de órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos, tal y como lo dispone la fracción XXVI del Art. 3o. de la citada Ley. Al efecto, tendrá a su cargo, en términos del artículo 313, los Registros Nacionales de Transplantes y Transfusiones.

Asimismo, en su artículo 314 define las actividades del control sanitario en la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos, sus componentes y derivados, productos de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o investigación.

También incluye a las células germinales como las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión.

Los trasplantes de órganos y tejidos y sus componentes, en seres humanos vivos, podrán llevarse a cabo con fines terapéuticos solamente cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representan un riesgo aceptable para la salud y la vida del disponente originario y del receptor, y siempre que existan justificantes de orden terapéutico, tal y como lo prescribe el artículo 321 del ordenamiento legal ya citado.

De conformidad con el artículo 329 de la Ley General de Salud, los establecimientos de salud, previa autorización de la Secretaría de Salud, podrán instalar y mantener para fines terapéuticos: bancos de órganos, tejidos y sus componentes, los que serán utilizados bajo la responsabilidad técnica de la dirección del establecimiento de que se trate y de conformidad con las disposiciones aplicables.

Al respecto se propone que las células germinales tengan una normatividad específica en la Ley General de Salud, en donde se incluyan los establecimientos que las conservan bancos de semen, toda vez que sólo hace referencia, en su artículo 335, que para el control sanitario de las disposiciones del preembrión, del embrión y de las células germinales, se estará a lo dispuesto por el citado ordenamiento, en lo que resulte aplicable y en las demás disposiciones reglamentarias que al efecto se expidan.

Por último, el ordenamiento legal en análisis, sanciona al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, aplicándosele prisión de uno a tres años si no se produce embarazo como resultado de la inseminación; pero si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

Asimismo, este precepto jurídico señala que la mujer casada no puede otorgar su consentimiento para ser inseminada sin el consentimiento expreso de su cónyuge.

Independientemente de lo anterior, es necesario que las siguientes recomendaciones, obviamente con los aspectos técnicos necesarios, sean parte de este ordenamiento jurídico con el propósito de permitir una mejor planificación familiar por parte de aquellas parejas que no puedan tener hijos concebidos por medios naturales.

Debiendo regularse también a todos los agentes, individuales o colectivos, físicos o morales, que participen de alguna u otra forma en la concepción, por inseminación artificial, de alguna persona.

En este sentido, se propone lo siguiente:

A. La Secretaría de Salud deberá controlar la concesión de licencia sanitaria para regular tanto la investigación como aquellos servicios para la esterilidad que sean objeto de control.

B. Todos los profesionales que ofrezcan los servicios de planificación familiar con inseminación artificial y que requieran de licencia expresa, y todos los locales utilizados para tal servicio, incluido el suministro de semen fresco y bancos para el almacenaje de óvulos humanos, semen y embriones congelados, deben ser autorizados por la Secretaría de Salud para la obtención de licencias.

C. La inseminación artificial deberá estar disponible, adecuadamente organizada y sujeta a autorización, para aquellas parejas infértiles respecto de las que pueda ser apropiada. La prestación de servicios de inseminación artificial sin licencia para ese fin, deberá ser constitutiva de sanción penal.

D. Igualmente se deberá hacer con los servicios de fecundación IN VITRO.

E. La donación de óvulos deberá ser aceptada como técnica reconocida en el tratamiento de la esterilidad, además de sujetarse al mismo tipo de autorización y control recomendado para la regulación de a inseminación artificial y la fecundación IN VITRO.

F. La Secretaría de Salud, para la concesión de autorizaciones, deberá considerar la necesidad de realizar estudios de seguimiento sobre los niños nacidos como resultado de las nuevas técnicas, con fines estadísticos.

G. Cualquier tercero que done gametos para el tratamiento de esterilidad deberá ser desconocido para la pareja antes, durante y después del tratamiento; igualmente, el tercero no deberá tener conocimiento de la identidad de la pareja asistida.

H.- En el caso de formas más especializadas de tratamiento para la esterilidad, el A. Los niños concebidos por inseminación artificial deben ser contemplados por la ley como hijos legítimos de su madre y del cónyuge de ésta, cuando ambos hayan dado su consentimiento al tratamiento.

Cualquier consentimiento por escrito debe obtenerse en un formato apropiado de consentimiento con el propósito de que el producto sea considerado como hijo nacido dentro del matrimonio o del concubinato.

4.11 CONFLICTOS DE LEYES DERIVADOS DE LA REPRODUCCION ASISTIDA

El derecho mexicano opta por el principio de la territorialidad y en algunas circunstancias, admite la aplicación de un derecho extranjero. Así lo señala el C.C.D.F. al establecer:

Art. 12. Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentran en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y

aquellos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones en que México sea parte.

Art. 13. La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:

I. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas;

II. El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio;...

IV. La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar donde se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal;...

Art. 15. No se aplicará el derecho extranjero:

I. Cuando artificioosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y

II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.

Mientras no existan convenios o tratados internacionales sobre materia de técnica de reproducción asistida, estimamos que la legislación mexicana será la aplicable debido a que los derechos a la vida y a la nacionalidad son de orden público.

Son mexicanos por nacimiento quienes nacen en la República Mexicana, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres y los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicano o de madre mexicana (Art. 30, inciso A, Frac. I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Las técnicas de reproducción asistida tendrán que motivar la determinación en materia de nacionalidad, del alcance del ius sanguinis, que hasta la fecha deriva del acto del alumbramiento y del reconocimiento voluntario o judicial, así como de las presunciones legales en materia de filiación.

La nacionalidad del o de los donadores de los gametos en fertilización heteróloga, no será transmisible al nuevo ser, considerando que la tendencia en Derecho Civil es privarles, entre otros, del derecho a la filiación y los correlativos.

La filiación de la criatura tendrá que resolverse dentro del marco jurídico señalado en los párrafos precedentes, tomando en consideración que cualquier pacto que sea contrario a las buenas costumbres o a las leyes de orden público es ilícito y por tanto nulo de pleno derecho.

En cuanto al contrato de maternidad sustituida, éste deberá considerarse ilícito en virtud de que por un lado, no se apega a las buenas costumbres y por otro, el ser humano no es objeto de comercio. Asimismo deberán solucionarse las controversias que se presenten, atendiendo al nuevo ser y al interés social por encima de las pretensiones personales de los sujetos que intervengan en el conflicto judicial.

En el caso de que el alumbramiento, resultado de la maternidad sustituida se efectuare en la República Mexicana, la legislación mexicana será la que rija. Ahora bien, la atribución de maternidad deriva del parto y por lo tanto, los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad corresponderán a la madre gestante.

Si el nacimiento ocurre fuera del territorio de la República Mexicana como resultado de la obtención de gametos obtenidos de mexicanos, al considerarse en México ilícitos los pactos para la fertilización heteróloga, los donadores de las células germinales estarían impedidos para reclamar, salvo el caso de que las normas jurídicas del país donde se verifique el alumbramiento sean contrarias.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Tanto la inseminación artificial como la fecundación in vitro actualmente se practican en México, como en muchos otros países, en seres humanos, con el fin de resolver los problemas de esterilidad de uno de los cónyuges o de ambos y poder llegar a tener hijos.

SEGUNDA.- Las mencionadas técnicas se deben utilizar cuando otros tratamientos de esterilidad han fallado o no sea probable su éxito. Tomando siempre en cuenta que no hay riesgos que puedan afectar la salud y desarrollo de los padres, como de el hijo.

TERCERA.- Biológicamente, el nacimiento es el hecho jurídico que determina la filiación, pero también puede obtenerse por declaración judicial y podría llegar a ubicarse en este supuesto a la filiación de los hijos nacidos por inseminación artificial heteróloga o fecundación in vitro.

CUARTA.- Es necesario que se adicione al Código Civil en la parte de paternidad y filiación, un apartado que prescriba todas las situaciones que se deriven de una inseminación artificial o de una fecundación in vitro. Así como también se determine las soluciones a los problemas que se presenten por problemas derivados del parentesco y del derecho sucesorio.

QUINTA.- Los hijos producto de inseminación artificial como de fecundación in vitro deben de ser protegidos legalmente, por lo cual hay que subsanar actualmente las lagunas de la Ley Civil, Penal, Administrativa y de Salud.

SEXTA.- La legislación Civil vigente no regula los problemas que resultan de la reproducción asistida en materia de filiación. Por que de hecho en todos los casos de nacimiento, la maternidad se comprueba con el parto y la paternidad se presume, en relación al marido por estar casado, y si la madre es soltera, del reconocimiento

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La Ley General de Salud, El Código Civil y el Código Penal, protegen al concebido y le dan carácter de individuo atribuyéndole personalidad jurídica pero condicionada a que sea viable.

SEPTIMA.- *En relación a las técnicas de reproducción asistida las Legislaciones vigentes deben:*

a).- *Adecuar la realidad a situaciones concretas que puedan llegar a darse.*

b).- *Establecer claramente que el nasciturus desde su estado embrionario, es ya ser humano, titular de derecho a la vida, a la salud y bienestar, a tener una familia que le permita un buen desarrollo y a gozar de los derechos derivados de la filiación.*

c).- *Prohibir y evitar que las técnicas sean usadas deshumanamente y encubran formas de discriminación, racismo o hasta llegar a comerciar.*

OCTAVA.- *Deberá establecerse, la manera en que se controle:*

a).- *El uso adecuado de gametos.*

b).- *La institución médica que realice dichas inseminaciones.*

c).- *Los casos en que se permita la inseminación.*

d).- *Evitar que los embriones que resulten de la fusión sean utilizados para experimentos*

NOVENA.- *La Ciencia debe ser llevada de acuerdo a la realidad pero legalmente por lo que resulta totalmente necesario legislar, con el propósito de que las técnicas de inseminación artificial y de fecundación in vitro no se estén realizando otras de la Ley.*

DECIMA.- *Finalmente si legalmente no en todas las formas se permite la inseminación, entonces que determinadamente pero legalmente las prohiban. Y en su caso le den mayor impulso a la adopción como solución al problema de aquellas personas que no pueden tener descendencia.*

ESTA TESIS NO PUEDE
SER USADA PARA LA PROMOCIÓN

BIBLIOGRAFIA

ASOCIACION NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO , A.C. Revista de Derecho Notarial Núm. 107 Año.XXXII Junio 1995.

AZPIRI, Jorge Osvaldo. Manual de Derecho de las Personas y de la Familia. Oemo Editores. Buenos Aires, 1976.

BELLUSCO, Augusto C. Derecho de Familia Ediciones de Palma. Buenos Aires, 1976.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel. la familia en el Derecho relaciones juridicas paterno filiales, Editorial Porrúa, México 1992.

DICCIONARIO de la Lengua Española . Madrid 1970.

ENCICLOPEDIA Juridica Omeba .Bibliografia Omeba Industrias Gráficas del libro . 1979.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. El Patrimonio, Pecuniario y moral o Derecho de la personalidad y Derecho Sucesorio. Editorial Cajica S.A. Puebla México 1980.

PETIT, Eugene Tratado Elemental del Derecho Romano .Editorial Saturnino Calleja, S.A. Madrid.

PLANIOL, Marcel, con la colaboración de Jorge RIPERT. Tratado elemental de Derecho Civil Editorial Cajica, S.A. México, 1980.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. México 1959.

*VALDES LA VALLINA ,Francisco , Revista de Ginecología y Obsterica de México.
Vol 42. Año XXXII No. 253, Noviembre, México 1977.*

ZANNONI, Eduardo A. Derecho de Familia . Editorial astre, buenos Aires. 1978.

LEGISLACION CONSULTADA

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal.

Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero común , y para toda la República en materia de Fuero Federal.

Constitucion Politica de la Estados Unidos Mexicanos.

Reglamento de la Ley General de Salud