Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

División de Estudios de Posgrado

"LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL CONTEXTO JURÍDICO MEXICANO"

T E S I S

Que para obtener el grado de

MAESTRA EN DERECHO

Presenta:

LIC. ROSA ALANÍS YÉPEZ

Asesor:

DR. HÉCTOR PÉREZ PINTOR

Morelia, Michoacán, agosto de 2012.

“Todo lo que se asiente en un papel,
debe llevar siempre la importancia de dar
prioridad a la vida y a la humanización de la ley”

Dr. Fernando Antonio Cárdenas González

A mis hijos Gerardo Armando y Marco Vinicio, pilares fundamentales de mi existencia, a quienes amo con todo mi ser; que con su esencia y presencia me dan vida.

A toda mi amada familia, en especial **a mis hermanos Olivia, Ma. Guadalupe, Ernesto, Celso y Claudia Verónica,** quienes gracias al gran ejemplo de nuestra madre **Ma. Soledad Yépez Bonilla** (†) nos hemos mantenido unidos y fuertes, para seguir adelante.

Especialmente, al **Dr. Héctor Pérez Pintor,** por su inigualable apoyo para hacer realidad este anhelo.

Al **Dr. Roberto Sánchez Benítez,** quien por su experiencia, conocimientos y buena voluntad, orientó también la realización de esta investigación.

A los señores Dr. Fernando León Alanís, Lic. Fernando Juárez Aranda, Lic. Juanita Rodríguez Díaz, Lic. Adolfo Mejía González, Lic. Isidro Romero Silva, Dr. Jorge Dueñas Sotomayor, Dra. Carmina Cañada Rangel y Lic. Félix Francisco Cortés Sánchez, quienes con su profesionalismo y calidad humana, en momentos difíciles, me apoyaron a vencer obstáculos, para continuar en este camino.

A todos aquellos que me han distinguido con uno de los más importantes valores a que puede aspirar el ser humano: la amistad; quisiera poder mencionar a todos y cada uno, pero en abono de la brevedad y en aras de no omitir a alguno de ellos, les expreso mi agradecimiento por todo su apoyo y solidaridad.

INTRODUCCIÓN

El presente es un trabajo de investigación que aborda el estudio de la fecundación asistida en el contexto jurídico mexicano, analizando la fenomenología que se viene presentando en la realidad social actual en torno al uso y acceso de los métodos de reproducción asistida, y sus implicaciones en el campo del derecho familiar.

Como podrá observarse en el mismo, se abordan aspectos de orden técnico -tales como la terminología científica aplicable-, la naturaleza y características de tal método, así como las consecuencias que genera en el campo del derecho cuando a través del mismo se engendra una vida.

Es de tomarse en cuenta que el tema de la fecundación asistida tiene implicaciones en aspectos tan importantes como el derecho a la procreación (previsto en el artículo 4º Constitucional), en la salud pública y en materia de filiación (dado que sólo existen expresiones en ciertas normas que aluden a la fecundación asistida, sin definirlas o delimitarlas, y mucho menos, detallar el tratamiento jurídico que debe dárseles, cuando atañen a la filiación).

Así, la existencia de los procedimientos de fecundación asistida, sus efectos y sus consecuencias, representan una serie de retos para aquellos que hacen del derecho una actividad cotidiana; pero particularmente para quienes tienen

a su cargo, la importante encomienda de impartir justicia, pues en materia de derecho familiar, los órganos judiciales tienen como función la de preservar el orden público que reviste a las normas de esa naturaleza.

En el derecho positivo mexicano (entiéndase, Código Civil para el Distrito Federal y Código Familiar para el Estado de Michoacán), existen apenas ligeros asomos de regulación en torno a la fecundación asistida.

Tales preceptos legales aluden al establecimiento del parentesco entre el producto concebido mediante este tipo de técnicas y quienes consientan en ellas; la impugnación de la paternidad, estableciendo como limitantes para ello, el que el cónyuge varón haya tenido conocimiento pleno o haya manifestado su consentimiento expreso, del uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

Sin embargo, tales dispositivos no regulan la fecundación asistida propiamente dicha y sus alcances esenciales, como lo son el respeto a la dignidad del *nasciturus* en su condición de persona, la importancia del consentimiento informado, así como la exclusión de parentesco entre el donante de células germinales y el anonimato de éste.

Se afirma que no regulan tal situación de hecho, puesto que no la definen, ni fijan reglas –aún mínimas- que permitan una atención jurídica a lo que la realidad viene imponiendo.

El derecho tiene como razón fundamental, el regular la realidad social a la que se encuentra destinado, de tal suerte

que si en el seno de la sociedad se vienen presentando determinadas situaciones, corresponde al ámbito jurídico no sólo su reconocimiento, sino también en caso de ser necesaria, su limitación.

Durante años, el tema de la fecundación asistida ha sido debatido a la luz de puntos de vista de carácter ético, moral y religioso.

Por ello, es indispensable atender la problemática jurídica que puede generarse cuando alguna persona o personas acceden a la fecundación asistida, con el objeto de alcanzar un anhelo legítimo y hacer realidad un derecho constitucional: la procreación.

En esa virtud, este trabajo acomete el tema desde un punto de vista eminentemente jurídico, partiendo de la premisa de que el derecho debe tender a reconocer lo que en la sociedad acontece, para así poder regularlo y otorgar certidumbre jurídica a las personas que se ven involucradas en este tipo de fenómenos.

El capítulo primero se ocupa del análisis de la reproducción humana, desde un enfoque eminentemente jurídico y técnico, delimitando la naturaleza, alcances y límites del derecho constitucional a la procreación, y estudiando la fecundidad, la esterilidad, y la procreación como fenómenos biológicos y socio-culturales, que inciden de manera directa en el desenvolvimiento del ser humano.

A partir de su contenido puede obtenerse una panorámica lo suficientemente completa para adentrarnos en el tema de la fecundación asistida y explicar las razones por las que se ha convertido en práctica común en nuestros días.

En dicho apartado, también se analiza el concepto de persona humana y las distintas teorías que, desde el punto de vista científico, han sido sostenidas para determinar el inicio de la vida.

En el segundo de los capítulos se abordan las técnicas de reproducción asistida, describiendo sus antecedentes históricos; enlistando aquellas que, en la actualidad, son aceptadas desde el punto de vista científico.

Asimismo se detallan las características de legislaciones de distintos países en torno a este tema, para concluir describiendo el marco legal que priva en nuestro país.

El capítulo tercero se ocupa de la descripción de la normatividad que impera en España, India, Reino Unido, Costa Rica, Argentina y Perú, en materia de reproducción asistida, con la finalidad de determinar el grado de avance jurídico que puede percibirse en ellos.

De igual forma, se detalla el estadio en el que actualmente se encuentra México en esa materia, concluyendo con un breve ejercicio comparativo.

El cuarto procura el análisis del parentesco y la filiación como figuras jurídicas esenciales y trascendentes del

derecho de familia, definiéndolos, determinando su naturaleza jurídica, su clasificación, características y efectos, así como la forma en que pueden ser probados.

En ese mismo apartado, se analizan los mecanismos jurídicos existentes para demostrar la filiación y su vínculo con los mecanismos de reproducción asistida.

Finalmente, el capítulo quinto se ocupa de los principios, límites y alcances de la regulación pretendida y de los elementos que esta debe contener tanto en la norma constitucional, como en los Códigos Civil para el Distrito Federal y Familiar para el estado de Michoacán.

A través de este estudio se patentiza que la regulación en materia de fecundación asistida, *in génere*, y en particular sobre sus efectos en el aspecto filial, es inacabada.

Se arriba a la conclusión de que es necesario adecuar la legislación familiar local, con la finalidad de generar certidumbre en el hijo producto de la aplicación de tal técnica, partiendo de un principio elemental: el respeto a su dignidad.

Asimismo, se otorga un carácter fundamental al consentimiento informado y se niega de manera terminante la posibilidad de que, al operar éste, la paternidad o maternidad en el caso que nos ocupa pueda ser impugnada.

Agosto de 2012

Lic. Rosa Alanís Yépez

ÍNDICE

Introducción…….. I

Índice…… VI

Capítulo 1
La procreación y la fecundación
Aspectos jurídicos y técnicos…… 1

1.1. La libertad constitucional de la procreación…… 1
1.2. El comienzo de la vida. Diversas teorías…… 11
1.3. El embarazo…… 23
1.4. La esterilidad…… 34
1.5. La persona……... 49
1.6. Conclusiones…… 57

Capítulo 2
La reproducción asistida y sus paradigmas…… 60

2.1. Breve reseña histórica de la reproducción asistida…… 62
2.2. Cuestiones relacionadas a las técnicas de fecundación asistida…… 65
2.2.1. Células germinales……... 67
2.2.2. Embrión y feto…… 68
2.2.3. Donación de células germinales…… 70
2.2.4. Comercio de células germinales…… 73
2.3. Reproducción asistida. Distintas técnicas……74
2.3.1. La inseminación artificial…….. 77
2.3.2. Transferencia intratubárica de gametos…… 81
2.3.3. Fecundación *in vitro* o extracorpórea…… 84
2.3.4. La maternidad subrogada…… 90
2.3.5. La inseminación *post-mortem*…… 93
2.3.6. La reproducción asexuada o clonación…… 95
2.4. La reproducción asistida y su impacto en la sociedad mexicana……98
2.5. Conclusiones……110

Capítulo 3
La reproducción asistida en el derecho comparado……112

3.1. España……...113
3.2. India……117
3.3. Reino Unido…… 119
3.4. Costa Rica…… 120
3.5. Argentina…….. 123

3.6. Perú…….. 124
3.7. México…….. 128
3.8. Conclusiones……... 135

Capítulo 4
La fecundación asistida y el derecho civil mexicano y familiar michoacano…… 137

4.1. Concepto de filiación…….. 137
4.2. Evolución histórica…….. 141
4.2.1. La filiación en Grecia y Roma …… 141
4.2.2. La filiación en el Código Civil Francés……..…….. 144
4.2.3. La filiación en la cultura azteca……. 144
4.2.4. La filiación en la Nueva España…… 145
4.2.5. La filiación en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 para el Distrito Federal……. 146
4.2.6. La filiación en la Ley de Relaciones Familiares……. 147
4.2.7. Código Civil de 1928…….. 149
4.3. Naturaleza jurídica……..... 150
4.3.1. Generalidades…….. 150
4.3.2. Elementos……. 152
4.3.3. Clasificación…….. 155
4.4. Efectos…….. 161
4.4.1. La patria potestad……. 161
4.4.2. El derecho alimentario……. 167
4.4.3. Efectos en materia sucesoria……. 171
4.4.4. Efectos en cuanto al nombre…….. 171
4.4.5. Efectos en torno a las prohibiciones del matrimonio…….. 173
4.5. Prueba de la filiación…… 174
4.5.1. Prueba de la filiación de los hijos de matrimonio…… 175
4.5.2. Prueba de la filiación de los hijos legitimados……. 177
4.5.3. Prueba de la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio…… 178
4.6. Filiación material vs filiación formal…….. 179
4.7. Conclusiones……. 181

Capítulo 5
La regulación de la fecundación asistida y su impacto en el derecho de familia……. 183

5.1. Regulación actual…….. 183
5.2. Límites y alcances de la regulación pretendida…… 189
5.2.1. El derecho a la dignidad y a la vida del producto de la concepción…… 190
5.2.2. La voluntad como fuente del vínculo paterno filial……. 194
5.2.3. El derecho a la intimidad y al anonimato en el caso de donantes de células germinales……. 198

5.2.4. La necesaria referencia a la Ley General de Salud para fines técnicos…….. 199
5.3. Regulación de la fecundación asistida en la Norma Constitucional……. 200
5.4. Regulación de los efectos de la fecundación asistida en el Código Civil para el Distrito Federal…….. 201
5.5. Regulación de los efectos de la fecundación asistida en el Código Familiar para el Estado de Michoacán……. 202

Conclusiones……204

Propuestas……214

Fuentes de información……..219

CAPÍTULO 1
LA PROCREACIÓN Y LA FECUNDACIÓN ASPECTOS JURÍDICOS Y TÉCNICOS

En este capítulo se aborda el estudio de la procreación y de la fecundación desde una óptica jurídica y técnica, con el objeto de contar con bases para acometer el análisis de la fecundación asistida.

Desde el punto de vista jurídico, se detalla la naturaleza y el alcance del derecho a la procreación previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el concepto de persona.

Por cuanto se refiere a los aspectos técnicos, este apartado se ocupa de examinar las diversas teorías que existen sobre el comienzo de la vida, así como los fenómenos biológicos del embarazo y la esterilidad, en cuanto conceptos vinculados y determinantes de la fecundación asistida.

1.1. La libertad constitucional de la procreación

Desde el punto de vista gramatical la palabra libertad significa la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos.[1]

[1] REAL Academia Española, voz “libertad”, en *Diccionario de la Lengua Española*, T. II, Madrid, Ed. Espasa Calpe, 2001, p. 1372.

Sin embargo, cuando se alude a ella desde el punto de vista jurídico, no puede considerarse que la misma tenga un carácter subjetivo o ilimitado, pues el hombre como ente que vive en sociedad no puede hacer siempre y en todo sentido su voluntad, ya que ello generaría como consecuencia el caos o su aislamiento.

Por lo tanto la libertad debe encontrarse regulada e incluso contenida por un principio de orden, pues éste trae consigo la armonía lo que a su vez se traduce en la sana convivencia entre los seres humanos.

En el contexto jurídico mexicano la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce a las personas una serie de derechos, entre ellos los relativos a la libertad, que son definidos como "*un conjunto de previsiones constitucionales por las cuales se otorga a los individuos una serie de derechos subjetivos públicos para ejercer, sin vulnerar derechos de terceros, libertades especificas que las autoridades del Estado deben respetar, y que no pueden tener mas restricciones que las expresamente señaladas en la Constitución".*[2]

Consecuentemente, las prerrogativas de libertad -en su calidad de derechos públicos subjetivos- son reclamables ante el Estado.

[2] BURGOA Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales,* México, Ed. Porrúa, 2002, pp. 304 a 305 y 307.

Como ha quedado señalado, la Norma Fundamental prevé a favor de las personas una serie de derechos, entre ellos, los de libertad, que se encuentran contenidas en los artículos del 1º al 7º, del 9º al 11, 15, 24 y 28.

El siguiente cuadro ilustrativo permite apreciar de mejor manera, estas prerrogativas:

Tabla 1. Descripción de las libertades reconocidas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	
Artículo	**Libertad que reconoce**
1º, segundo párrafo	Prohibición de la esclavitud.
2º, apartado A.	Autodeterminación de los pueblos indígenas.
3º	Libertad de educación
4º, segundo párrafo.	**Libertad de procreación**
5º	Libertad de trabajo
6º	Libertad de expresión
7º	Libertad de imprenta
9º	Libertad de asociación y de reunión
10	Libertad de posesión y portación de armas, con las limitaciones establecidas en la ley
11	Libertad de tránsito
15	Prohibición de extraditar reos políticos
24	Libertad religiosa
28	Libertad de concurrencia en el mercado

Precisado lo anterior, corresponde ahora analizar el caso de la libertad de la procreación contenida en el párrafo segundo del artículo 4º Constitucional que en forma literal señala:

> "**Artículo 4º**. El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución."

Este imperativo constitucional no contiene un principio -como lo sería el de la composición multicultural del Estado Mexicano- ni un mandato al legislador, sino un derecho de libertad: la libertad que corresponde a todo individuo de decidir, *de manera libre, responsable e informada*, sobre el número de hijos que quiera tener y sobre el espaciamiento entre ellos, en el caso en el que decida tener más de uno.

La Constitución reconoce entonces el derecho de las personas a determinar su actividad procreativa o genésica, estableciendo como únicas limitantes al respecto la responsabilidad y la información.

Es evidente que la Carta Magna no establece imperativo alguno a las personas para tener descendencia, antes bien deja a su libre arbitrio la decisión de procrear o de no hacerlo.

La primera de las limitantes que prevé la norma respecto de dicha prerrogativa, consistente en su ejercicio responsable, es eminentemente subjetiva y personal.

Por tanto, corresponde a cada persona en función de su propia concepción del fenómeno reproductivo el determinar, en primer lugar, si desea o no tener hijos y en caso de que así sea el número y espaciamiento entre ellos, asumiéndose así una decisión individual en torno a la paternidad y maternidad responsables.

La segunda limitante alude a la información y en este sentido no se está en presencia de una cuestión personal del individuo sino que se impone al Estado un imperativo preciso, en dotar a aquél de la información suficiente, a través de las instituciones de salud pública de los datos que le sean necesarios para asumir la mejor decisión en este terreno.

Es decir, la institución estatal debe tomar las medidas indispensables para hacer accesible la educación sexual a todos los mexicanos, libre de cualquier prejuicio y sustentada en elementos científicamente aceptados.

Ello con la finalidad de dotarla de las características que la hagan general y abierta, incluyéndose en ella la difusión no solo de la existencia de los distintos métodos naturales y artificiales de anticoncepción, sino también de la eficacia riesgos y ventajas de cada una de ellos, así como de los mecanismos adecuados para su uso.

Al respecto, el artículo 68, fracción IV, de la Ley General de Salud establece que los servicios de planificación familiar comprenden *el apoyo y fomento de la investigación*

en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.

Entonces, el Estado y ninguna persona pueden obligar a otra a procrear, y tampoco a no hacerlo; es una decisión personalísima e individual y no tiene más limitación que las condiciones que ya han quedado precisadas.

De ahí que deben proscribirse conductas que en la actualidad siguen estando presentes en nuestra sociedad y que pretender justificarse al amparo de las costumbres -como el que en algunas comunidades indígenas y en ciertos núcleos familiares urbanos las mujeres debe tener el número de hijos que el destino, un ente superior o su marido consideren-, o de programas de combate a la explosión demográfica -tales como la esterilización sin conocimiento y sin consentimiento de las mujeres-.

La autoridad no puede condicionar bajo ningún supuesto el acceso a ciertos programas de subsidio o la provisión de bienes materiales y recursos económicos a la adopción de medidas para el control natal; mucho menos puede imponerlas u obligar a los individuos a asumirlas.

Así lo establece el párrafo 5 del artículo 23 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que protege a la Familia, al señalar:

> "Cuando los Estados adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las

> disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias."

Esas conductas constituyen un agravio a la dignidad y libertad de las personas y un atentado contra el espíritu que contiene el precepto constitucional que se analiza en este apartado.

Todo derecho de libertad tiene como cualidades la de la abstracción y generalidad; está diseñada entonces para respetarse y hacerse respetar sin mayor cortapisa que el respeto a los derechos de terceros.

De una correcta interpretación del texto constitucional, se desprende que son dos aspectos los que tutela la Norma Fundamental: el derecho del hombre y la mujer a tener el número de hijos que desee y en el momento en que lo deseen; es un derecho no compartido, y como tal, puede ejercerse de manera libre, sin condicionamientos de ningún tipo, ni autorizaciones de ninguna clase -incluyendo la marital-; las únicas condiciones que podrían deducirse al respecto, son las señaladas en el mismo precepto: responsabilidad e información.

Como bien lo señala Miguel Carbonell, corresponde al Estado cuidar que el derecho a la procreación sea ejercido a plenitud, lo que implica que se establezcan las medidas

legislativas y las políticas públicas necesarias para ejercer una paternidad y una maternidad responsables y libres.[3]

Ahora bien, las nuevas perspectivas y desafíos que en los últimos años han surgido como producto de los avances científicos en el campo de la biotecnología imponen un análisis al derecho procreativo mucho más profundo.

En origen, cualquier persona tiene el derecho a la procreación.

Puede referirse el caso de una pareja estable, e incluso el de una persona sola –varón o mujer- que desea hacer efectivo este derecho y que la naturaleza o su condición fisiológica se lo impiden.

En este caso, existe a favor de esas personas un derecho subjetivo público previamente constituido, limitándose su ejercicio por las condiciones propias de los sujetos; sin embargo, ello no debe hacer nugatoria tal prerrogativa, máxime que existen distintos mecanismos y procedimientos que le auxiliarían en superarla.

Los adelantos que la biotecnología ofrece, implican cuestiones que tienen una gran complejidad y que se han desarrollado con dinamismo en los últimos años, modificándose no solamente aspectos reproductivos, extendiéndose incluso a los que se refieren a la manipulación genética del ser humano.

[3] CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México,* México, Ed. Porrúa, 2005, p. 341.

En este caso, el Estado no puede impedir el acceso a estos métodos atendiendo a las siguientes consideraciones:

- Si la Constitución prevé el derecho y la libertad a la procreación, la ley secundaria no puede proscribirlos;
- Si los métodos de reproducción asistida forman parte de las alternativas que la ciencia pone al alcance de los individuos para procrear, la ley no puede prohibirlos pues contradeciría el espíritu de la Constitución;
- Al encontrarse permitidos tácitamente estos métodos no debe omitirse su regulación pues ello deriva en colocar a quienes se someten a ellos a un estado de indefinición e indefensión jurídicas.

La regulación de este tipo de métodos o procedimientos daría lugar al reconocimiento jurídico de su existencia, al dotarlos de una serie de características normativas que darían lugar a la fijación de derechos y obligaciones para los sujetos involucrados en ellos, ya sea el personal médico o técnico, los que aspiran a ser padres y más importante aún el producto de ese procedimiento.

Al respecto es importante señalar que el derecho y la libertad de procrear no son indiscriminados ni ilimitados, pues particularmente en el uso de métodos de reproducción asistida debe también tomarse en cuenta los derechos fundamentales del producto de la concepción entre ellos el de la vida y el de la dignidad.

A partir de las interrogantes que importa el uso de las tecnologías en materia de reproducción asistida, se ha dado

lugar a un replanteamiento de las rígidas disposiciones de derecho.

En algunos textos constitucionales se hace referencia a cuestiones genéticas y de medicina reproductiva.

Quizá una de las regulaciones más detalladas es la que se contiene en el artículo 119 de la Constitución Helvética, que establece lo siguiente:

> Medicina reproductiva e ingeniería genética en el ámbito humano.
> 1. Todo ser humano debe ser protegido contra los abusos de la medicina reproductiva y de la ingeniería genética.
> 2. Corresponde a la Confederación legislar sobre el patrimonio germinal y genético humano.
> A tal respecto vigilará por asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia y respetará en particular los siguientes principios:
> a) se prohíbe cualquier forma de clonación y de intervención en el patrimonio genético de los gametos y de los embriones humanos;
> b) el patrimonio genético y germinal no humano no puede ser transferido al patrimonio germinal humano ni fusionado con éste;
> c) el recurso a los procedimientos de procreación asistida sólo será autorizado cuando no pueda ser excluida de otro modo la esterilidad o el peligro de transmisión de una enfermedad grave, y no para desarrollar en el niño ciertas características o para fines de investigación; la fecundación de óvulos humanos fuera del cuerpo de la mujer únicamente será permitida en las condiciones establecidas por la ley; únicamente podrán desarrollarse fuera del cuerpo de la mujer hasta el estadío de embrión el número de óvulos humanos

que pueda ser implantado a la mujer de forma inmediata;
d) la donación de embriones y cualquier forma de maternidad por sustitución están prohibidas;
e) no se permite el comercio de material germinal humano ni de los productos del embrión;
f) el patrimonio genético de una persona únicamente podrá ser analizado, registrado o revelado con el consentimiento de ella o en virtud de una ley;
g) todas las personas tendrán acceso a los datos relativos a su ascendencia.[4]

1.2. El comienzo de la vida. Diversas teorías

La naturaleza y los alcances de algunas técnicas y, sobre todo, sus implicaciones obligan a determinar desde el punto de vista jurídico el momento en el que inicia la vida humana.

Ello es indispensable para dilucidar los derechos que pueden atribuirse al producto de dichos procedimientos.

Esto es así pues el concepto de persona se encuentra implícitamente vinculado con el de vida humana y, por tanto, es menester dilucidar las diferencias entre uno y otro, con el objeto de establecer las condiciones en que deberá protegerse al producto de la concepción.

Sobre el particular es importante señalar que el derecho a la vida se encuentra reconocido por nuestro país como uno de los de mayor trascendencia; no resulta fácil reconocer en el desarrollo evolutivo individual del hombre una división

[4] ROMEO CASABONA, Carlos María, *El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas tecnologías,* Madrid, Ed. CEPC, 2003, pp. 17 y 18.

conceptual acorde con los distintos estadios de evolución; sin embargo, hacerlo es fundamental para este estudio.

Hasta hace algunos años la noción generalmente aceptada daba lugar a que el hombre fuera reconocido como sujeto de derecho desde el momento mismo en que se advertía su existencia latente en el vientre de la madre.

Es decir, al determinarse un embarazo se estimaba que el producto del mismo era sujeto de derecho al gozar indiscutiblemente de la prerrogativa constitucional a la vida y al mismo tiempo de una serie de derechos civiles tales como el de la filiación, el de la legitimación e incluso el recibir donaciones, legados y herencias.

El carácter de persona y su ubicación en el seno de una familia se determinaba fundamentalmente por el nacimiento, de ahí que si nacía dentro de determinado término podría ser considerado hijo legítimo de matrimonio, legitimado o natural; ese mismo hecho jurídico -el nacimiento- podría incluso determinar la pertinencia y procedencia de la acción de desconocimiento o investigación de la paternidad.

En resumen, era el nacimiento el que determinaba en la mayoría de las ocasiones, el momento de la concepción atendiendo al ciclo natural de un embarazo, cuyo término promedio oscila dentro de las treinta y seis semanas, no debiendo dejarse de lado el hecho de que algunos embarazos lleguen a feliz término antes de ese plazo.

Hoy en día los paradigmas que imponen la aplicación de técnicas de fecundación asistida colocan frente a circunstancias absolutamente diferentes a la normalidad.

En primer lugar hoy puede saberse, con el uso de ciertos mecanismos científicos el momento exacto de la concepción; puede conocerse también el momento en que una vez concebido el cigoto se implanta en el útero materno; la ciencia ha permitido conocer el proceso de división celular que da lugar a la formación de un nuevo ser. Incluso puede conocerse su sexo, si padece alguna enfermedad congénita, etcétera.

Por tanto, la determinación del concepto de persona a partir del nacimiento ha quedado superada, lo que obliga a replantear la importancia del momento en que comienza la vida humana.

La ciencia nos ha colocado frente a conceptos tales como el de embrión y preembrión, que antes ni siquiera eran imaginados o conocidos.

En opinión de Laura A. Albarellos, el derecho, como resultante cultural humano, ha tenido por misión definir a partir de qué momento la vida goza de su protección y reconocimiento.[5]

Cuando el sistema normativo estableció el concepto de persona desde el punto de vista jurídico se desconocían los distintos estados biológicos por los que atravesaba la

[5] ALBARELLOS, Laura A., *Bioética con trazos jurídicos,* México, Ed. Porrúa, 2007, p. 85.

formación de un ser humano, por lo que la norma se limitaba a un reconocimiento *desde la concepción*, sin establecer categoría previas que con el desarrollo tecno-biológico científico aparecieron en los últimos tiempos.

Para distinguir el momento en que inicia la vida el derecho debe sustentarse en la información que nos proporciona la ciencia biológica y médica, por tanto conviene recurrir a los conceptos médicos y biológicos desarrollados al respecto.[6]

Atendiendo a los estudios realizados en materia de embriología, pueden distinguirse las siguientes teorías que se sustentan principalmente en los momentos decisivos en el desarrollo de la nueva vida que tienen relación con el conocimiento de la vida humana, a saber:

a. La teoría de la fecundación;
b. La teoría de la implantación o anidación;
c. La teoría de la hominización; y,
d. La teoría del nacimiento con vida.

Para algunos estudiosos, la *vida comienza en el momento de la fecundación, entendido este como el instante*

[6] Así lo estima María Valeria MASSAGLIA DE BACIGALUPO, quien complementa su opinión al señalar que para el estudio de las técnicas modernas de procreación es indispensable tener en cuenta que con ellas se plantea una nueva problemática jurídica a resolver: cuándo comienza la vida para luego establecer cuándo ocurre ello en torno al derecho la vida misma. Su importancia radica en que de ello dependerá a partir de cuándo comenzará la tutela jurídica y por ende que conductas serán jurídicamente tolerables y cuales reprochables. MASSAGLIA de Bacigalupo, María Valeria, *Nuevas formas de procreación y el derecho penal,* Buenos Aires, Argentina, Ed. Ad-Hoc, 2001, p. 23.

en el que la cabeza del espermatozoide penetra la membrana que recubre el ovocito.[7]

Esta es la teoría generalmente aceptada para la determinación del comienzo de la vida humana, pues a decir de Jorge Eduardo Córdoba y Julio C. Sánchez Torres, *en el derecho comparado, con base en la opinión de genetistas, biólogos, teólogos, etc., existe conciencia de que la vida humana comienza desde la fecundación.*[8]

Por tanto, para esta teoría, todo el proceso posterior a la unión de los gametos -la vida fetal, el nacimiento, la adultez y la muerte- son etapas sucesivas del desarrollo de ese cigoto.[9]

Así, los conceptos de persona y vida humana son coincidentes e inician en el mismo momento, es decir, con la fecundación, de tal manera que al huevo o cigoto le corresponde el *status* jurídico de persona.

Esta concepción se pone de manifiesto con la protección jurídica que las normas penales establecen al fijar el tipo de aborto, pues su sustento se constituye en la violación de un bien jurídicamente protegido -el de la vida-, de

---

[7] *Ibidem,* pp. 23-25.

[8] El autor cita al respecto el contenido de la recomendación 1046/1986 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que en su punto 5 señala: "…5. Considerando que desde la fecundación del óvulo la vida humana se desarrolla de manera continua…". CÓRDOBA, Jorge Eduardo y *et al*, *Fecundación humana asistida. Aspectos jurídicos emergentes*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Alveroni Ediciones, 2000. p. 29.

[9] El mismo autor define al cigoto como la *primera célula del nuevo organismo vivo*, distinguiéndolo del embrión en atención al tiempo, al estimar que el cigoto pasa al estado embrionario, después de los 90 días de la concepción. *Op cit.,* p. 14.

tal manera que desde el momento en que existe una concepción y en tanto el producto de ella se mantenga en el seno materno, es objeto de tutela.

Fig. 1. La fecundación

Fuente: byologypractiko.blogspot.com

En este mismo capítulo se ha detallado el curso que sigue a la fecundación, esto es, a la unión de los dos gametos o células germinales -espermatozoide y ovocito-; una vez que ambas células se unen, se generarán los siguientes pasos inmediatos:

- La unión de los núcleos del espermatozoide y del óvulo;
- El proceso de división celular y la formación de morúnculo;
- La evolución del morúnculo al estado de cigoto o huevo;

- La implantación del cigoto o huevo en el útero materno.[10]

La teoría en cita considera que no es en el momento de la fecundación cuando puede hablarse de una persona.

Antes bien, se estima que se está en presencia de una vida humana, pero no necesariamente de una persona como tal.

Esto, atendiendo fundamentalmente a que el concepto de persona lleva implícito el de individuo; es decir, se requiere de individualidad para considerar que una persona es tal, en virtud de que sólo así se le estimará como única e irrepetible.

Ello depende entonces de la implantación y de la segmentación, que en términos orgánicos son momentos que ocurren en un mismo instante; esto es, una vez que el cigoto o huevo se implanta en el útero materno, anida y al mismo tiempo puede ocurrir una segmentación -entendida como el proceso mediante el cuál un grupo de células se separa de uno diverso y forma un nuevo ser-.

Este proceso de segmentación que sólo ocurre hasta los 14 días después de la fecundación puede dar lugar a los llamados gemelos monocigóticos o mellizos, es decir, 2 personas distintas que provienen de un mismo proceso de

[10] LEPERCQ, Jacques*, et al*, *Larousse del bebé*, México, Ed. Larousse, 2004, p. 25.

división celular y que obviamente serán idénticas, en apariencia, aunque su material genético sea individual.[11]

De esta manera, quienes se pronuncian por esta teoría estiman que sólo existe persona humana hasta el momento en que existe individualidad, de tal manera que, una vez anidado el cigoto, no podrá haber segmentación.[12]

Es precisamente con motivo de esta teoría en donde se origina el término científico de *preembrión*, definido como *el huevo-cigoto en sus primeros 14 días de vida antes de su implantación en el útero.*[13]

Este concepto es relativamente novedoso y es usualmente utilizado por los aplicadores de las técnicas de fecundación asistida para justificar la manipulación de huevos o cigotos que aún no han sido implantados en el útero materno, al no estimarlos como personas propiamente

[11] Este fenómeno se explica en los términos siguientes: la existencia de un solo óvulo fecundado al mismo tiempo por dos espermatozoides, cada uno con una carga genética distinta; de tal manera que, se desconoce, al momento de la fecundación misma, que el ovocito fue penetrado por espermatozoides distintos, y ello, ante la unión de núcleos y posterior división celular, sólo puede ser detectado hasta el momento de la anidación, en el que se segmentan las células que formarán a uno y otro ser. LEPERCQ, Jacques*, et al*, *Op. cit.*, p. 15.

[12] María Valeria Massaglia de Bacigalupo, sostiene lo anterior en los términos siguientes: *"…Quienes se enrolan en esta postura, sostienen que el embrión, durante sus primeras horas de vida, es un conjunto de células indiferenciadas, que no es un ser humano, y que si bien es una „vida", no una „vida humana". Por lo tanto, señalan que es a partir del momento de la implantación en el útero de la madre cuando comienza la diferenciación de sus células y tejidos, por lo que recién a partir de ese momento, se puede hablar del comienzo de un ser humano. La fundamentación de esta postura radica la posibilidad de que un grupo de células se escinda y continúe un desarrollo independiente dando lugar a un nuevo embrión que tendrá asimismo, características genotípicas del primero".* MASSAGLIA de Bacigalupo, *Op. cit*., p. 25.

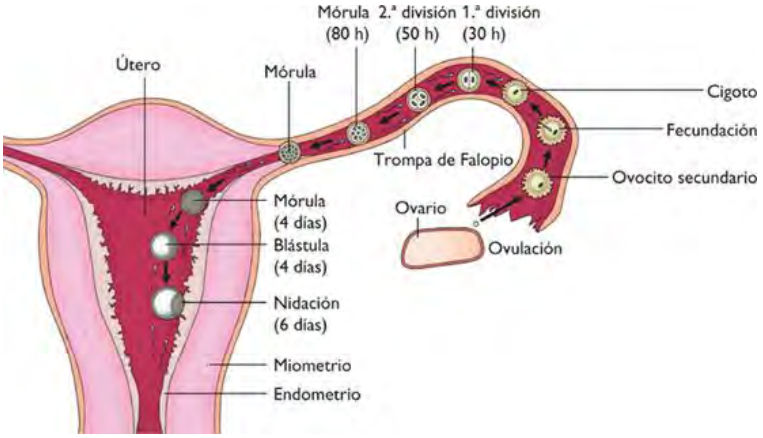
[13] *Ibidem*, p. 26.

dichas, dado que carecen de la característica de individualidad que es consubstancial al ser humano.

Lo anterior plantea un problema ético-jurídico, ya que implica el definir *a partir de cuándo ese material genético es fuente de derecho.*[14] Sin embargo, no debe existir resquicio de duda en el sentido de que el llamado preembrión es humano en sentido genético -pues el origen de sus genes no es de otra especie animal-.

En opinión de Rodolfo Ramos, el hecho de que aún no exista individualidad en el embrión, *no significa que carezca de un estatus jurídico humano*, virtud a que cualquier humano, incluyendo el preembrión, ofrece un estatus jurídico especial.[15]

Fig. 2. Representación de los fenómenos biológicos de la fecundación y la anidación



Fuente: http://www.embarazoybebes.com.ar/embarazo/primera-semana-de-embarazo-desde-la-fecundacion-a-la-implantacion-del-embrion-en-el-utero/

[14] RAMOS, Rodolfo, *Fecundación asistida y derecho*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Juris, 1992, p. 32.
[15] De hecho, el autor va más allá al proponer que el preembrión debe ser sujeto de reglas especiales. *Ibidem.* p. 33.

Esta teoría también es conocida como la del sistema nervioso central, y considera *que la verdadera instancia diferenciadora que permite reconocer la existencia de un nuevo ser, dotado de personalidad indispensable e inviolable, la persona, se da cuando se inicia el proceso de formación del sistema nervioso central, que comienza el día 15º desde la concepción, completándose el desarrollo cerebral a las 8 semanas.*[16]

Se estima también, en este sentido, que la existencia de la persona humana coincide en su inicio con el de la aparición de la corteza cerebral o la actividad eléctrica cerebral, al estimarse que la *formación de los rudimentos del sistema nervioso central, es la verdadera instancia diferenciadora de la ontogénesis del ser humano.*[17]

Así, se tiene en cuenta que la actividad eléctrica del cerebro comienza a ser registrada a partir de la octava semana, esta teoría sostiene que recién se da la emisión de impulsos eléctricos cerebrales verificables, inicia la vida humana propiamente dicha.

Tal estimación encuentra apoyo en el fenómeno médico conocido como muerte cerebral, que se genera cuando cesa la actividad eléctrica del cerebro; en ese momento y para efectos de disposición de órganos -entre otros-, se estima

[16] CÓRDOBA, Jorge Eduardo, *et al*, *Op cit.,* p. 30.
[17] MASSAGLIA de Bacigalupo, María Valeria, *Op cit.,* p. 29.

que una persona ha muerto; de tal manera que aplicando la misma lógica, sólo hasta que los impulsos de esa misma naturaleza son registrables en la actividad fetal, puede hablarse de una persona humana.

En conclusión, se considera que antes de ese plazo existirá un *ser viviente* más no un ser humano, ya que -según esta teoría- lo que diferencia a éste de los animales, es precisamente la función cerebral que sólo puede ser medida a través de impulsos eléctricos, particularmente en estadios en los que una persona no puede comunicarse de otra manera -llámese en el vientre materno o en estado vegetativo-.

La teoría del nacimiento con vida se sustenta o aduce que existirá una persona hasta el momento en que esta nazca, es decir, sea expulsada del seno materno, partiendo de la base de que *el feto carece de independencia, ya que necesita de la asistencia vital de la madre, y, antes de su separación del seno materno, no es sino una víscera de la madre.*[18]

Desde el punto de vista científico esta teoría podría considerarse como válida, salvo porque las nuevas tecnologías tienden a crear úteros artificiales, como una alternativa de procreación asistida y si bien hasta la fecha no se tiene reportado éxito sobre el particular, si existe la posibilidad de que en algún momento pueda ocurrir su

[18] CÓRDOBA, Jorge Eduardo, *et al*., *Op cit.,* p. 30.

materialización y ello echaría por tierra la estimación de que sólo con el alumbramiento puede existir una persona.

Contrario a esta teoría puede sostenerse también el hecho de que, una mujer, con muerte cerebral, en estado de preñez, pueda llevar a término un embarazo.

En ese caso, el feto no constituye un apéndice o víscera del cuerpo de la madre, pues no depende de su voluntad que siga vivo o no, sino de una serie de procedimientos médicos que lo mantendrán alimentado y respirando hasta que el alumbramiento se efectúe, necesariamente vía cesárea.

Sin embargo, las diversas legislaciones civiles y familiares recogen en alguna medida el espíritu de esta teoría al reconocer el estatus de persona al producto de la concepción que *nazca* vivo y viable, esto es, hasta el momento en que se produce un nacimiento con producto vivo y con posibilidades de permanecer así hasta el momento de ser presentado ante una autoridad registral dentro de un plazo breve.

En este sentido vale la pena precisar una variante importante; para los efectos de la ley, se reconoce al *concebido* tutela jurídica en torno a su vida humana para los efectos que le sean favorables; señalándose que el *nacimiento* determina su personalidad.[19]

[19] Este aspecto se contiene el Código Civil de España, cuyo artículo 29 señala: *"Artículo 29. El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por*

1.3. El embarazo

En la actualidad, concebir un hijo suele ser más una decisión consciente que resultado del azar.

Esta evolución se debe, en gran medida, a los recientes avances científicos y médicos que han hecho posible un conocimiento cada vez más preciso de cómo funciona el cuerpo humano.

La ciencia y la medicina han avanzado a pasos agigantados en este campo durante los últimos años, aunque todavía quedan muchas preguntas por contestar.

Hoy en día, se sabe en forma precisa cómo se crea un ser humano y cómo se desarrolla a lo largo del embarazo.

La formación de un nuevo ser es fruto de la unión de dos células especiales, una que procede de la mujer y otra del hombre.

Antes de describir cómo se consuma esta unión, debe señalarse cuáles son los órganos principales que intervienen en la función de la reproducción.

Los órganos genitales de la mujer son los ovarios, las trompas de Falopio y el útero.

Desde la fecundación hasta el parto, éstos son los órganos que intervienen activamente en la concepción y el desarrollo del futuro bebé.

---

nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente."

Los ovarios son dos pequeñas glándulas en forma de almendra que están situadas a cada lado del útero. Contienen entre 300,000 a 400,000 células sexuales femeninas, los ovocitos u óvulos, término usado habitualmente. La función principal de los ovarios es garantizar la ovulación.[20]

Las trompas de Falopio son los canales en forma de trompa que unen a los ovarios con el útero, su pabellón recibe cada mes el óvulo que proviene del ovario.[21]

El útero es un músculo hueco revestido por una mucosa que acogerá al huevo que se convertirá primero en embrión y luego en feto durante los nueve meses del embarazo.

Fuera del período del embarazo el útero mide 6 centímetros de largo y 4 de ancho, y pesa unos 50 gramos. En su base está cerrado por un cuello, a su vez atravesado por un canal.

Por ese cuello uterino pasan los espermatozoides recogidos en la vagina durante el acto sexual.[22]

En torno a los órganos genitales del varón, debe señalarse que los testículos fabrican, siguiendo ciclos regulares de 120 días, las células sexuales o espermatozoides.[23]

---

[20] LEPERCQ, Jacques*, Op. cit.*, p. 13.
[21] *Idem*.
[22] *Idem.*
[23] *Ibidem*, p. 14.

Los espermatozoides se desarrollan en los conductos seminíferos de cada testículo; a continuación, se encaminan a través de largos canales hasta las vesículas seminales, situadas a cada lado de la próstata.

Desde la pubertad hasta el final de su vida, el hombre produce varios miles de millones de espermatozoides.[24]

Durante la eyaculación, los espermatozoides son propulsados al exterior en el esperma a través del pene.

Recogidos en la vagina, suben por el útero y sobreviven entre 48 y 72 horas en el cuerpo de la mujer.

Al aire libre, su vida sólo es de unas pocas horas.

Puede definirse a la fecundación como el encuentro de los gametos (del griego *gamos*, matrimonio), que son las dos células reproductoras, femenina y masculina: el óvulo y el espermatozoide.

Ocurren en una de las trompas de la mujer y tiene como consecuencia la creación de la primera célula embrionaria humana: el huevo.

El óvulo es transparente, esférico y mide una décima de milímetro.

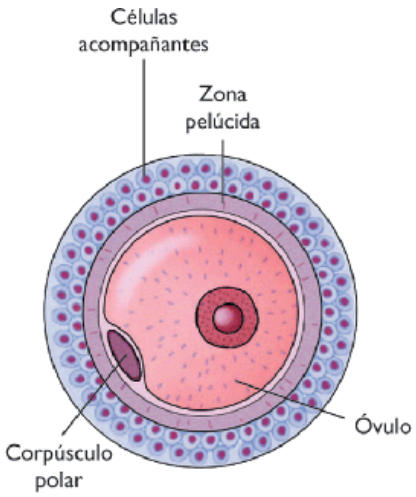
Posee un núcleo, un citoplasma, que le sirve de reserva para sobrevivir hasta llegar al útero cuando es fecundado y está rodeado de una membrana gelatinosa, la zona pelúcida.

El óvulo contiene 23 cromosomas. No puede moverse por sí solo pero con la ayuda de los colios vibrátiles y los

[24] *Idem*.

movimientos musculares de la trompa, avanza lentamente en ese medio, en el que puede sobrevivir de 12 a 24 horas.

Fig. 3. El óvulo



Fuente: http://www.kalipedia.com

Los espermatozoides, por su parte, disponen de movilidad y poder fecundante.

Están formados por una cabeza, que contiene en núcleo, y un flagelo para desplazarse.

Al igual que los óvulos contienen 23 cromosomas. Mucho más pequeños que el óvulo, miden cinco centésimas de milímetro y avanzan a razón de dos o tres milímetros por minuto.

Fig. 4. El espermatozoide

Fuente: http://www.ecured.cu/index.php/Espermatozoide

Una vez depositados en la vagina durante la eyaculación, penetran en el útero por el cuello uterino y, en dos horas, llegan a las trompas de Falopio, donde está el óvulo.

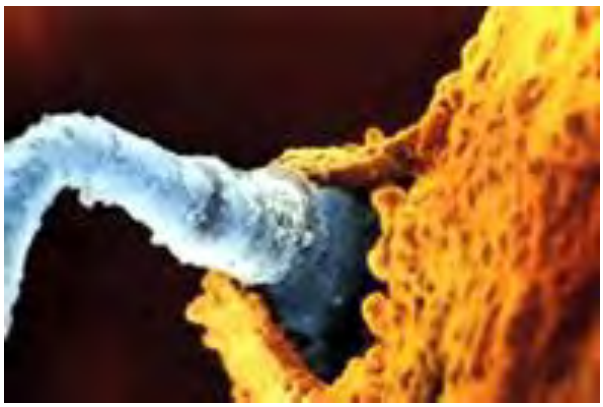
Fig. 5. Aproximación del espermatozoide al óvulo

Fuente: fertilidad.elembarazo.net

Aunque haya varios espermatozoides (de 120 a 300 millones), de los varios millones que entran en la vagina sólo unos centenares llegarán hasta el óvulo para rodearlo por completo.

Finalmente, sólo uno conseguirá introducirse en el citoplasma de la célula femenina para fecundarla.

Fig. 6. Penetración del espermatozoide en el óvulo



Fuente: avizora.com

Tras perder su flagelo, el espermatozoide penetra en el óvulo y su núcleo se agranda y se fusiona con el de la célula femenina: es la unión de los 46 cromosomas (23 de la célula masculina y 23 de la femenina) necesaria para la constitución del huevo.

El artículo 40, fracción II, del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud define al embarazo como *el período comprendido desde la fecundación del óvulo (evidenciada por cualquier signo o síntoma presuntivo de embarazo, como suspensión de*

menstruación o prueba positiva del embarazo médicamente aceptada) hasta la expulsión o extracción del feto y sus anexos.

Cada cromosoma de la célula paterna forma un par con su homólogo materno.

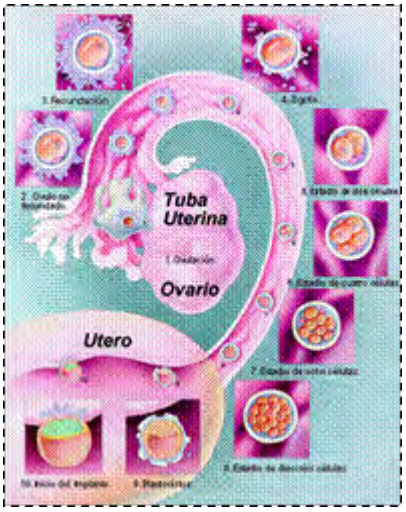
Desde ese instante, el sexo y los caracteres genéticos del hijo que va a nacer ya están concretamente definidos.

El huevo puede entonces encaminarse hacia el útero, al que llegará tres o cuatro días más tarde.

Durante el camino, la célula inicial empieza a multiplicarse.

Cuando el huevo ya está formado por una bola de células de una décima de milímetro que parece una mora –de donde procede su nombre de raíz latina *mórula*-, entra en el útero, donde escogerá un lugar para hacer su nido.

Fig. 7. Proceso de división y multiplicación celular



Fuente: www.monografias.com/trabajos81/fecundacion/fecundacion.shtml

En el momento de su entrada en el útero, el cuarto día, el huevo está compuesto por 16 células. Hasta el séptimo día posterior a la fecundación no se fijará en la mucosa.

Estos tres días de libertad en el útero permitirán no sólo que las células sigan multiplicándose, sino que se diferencien y organicen. Las del centro de la mórula crecerán y formarán el embrión propiamente dicho. Las del exterior formarán la envoltura, llamada *corion*, dejando entre medio una cavidad llena de líquido.

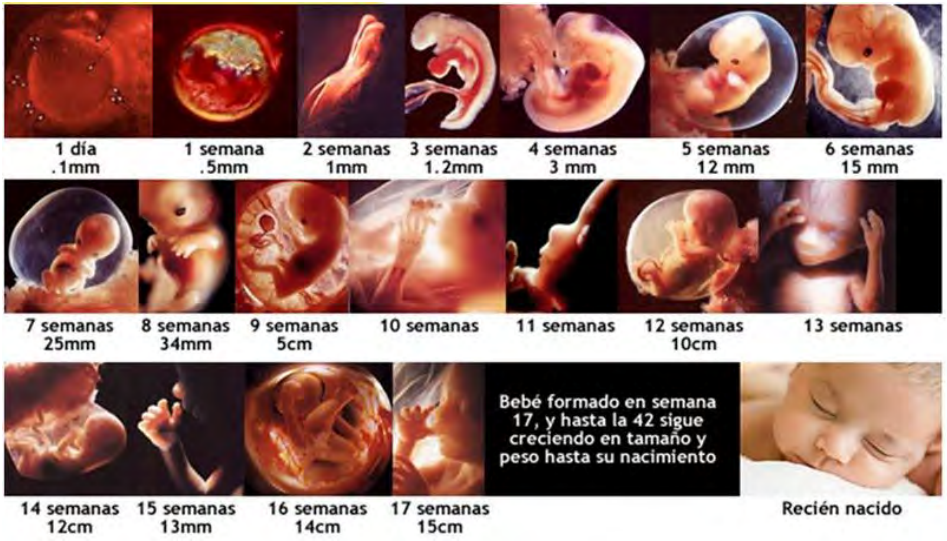
Por su parte, el ovario ha seguido trabajando, el folículo que encerraba al óvulo se ha transformado en el cuerpo amarillo y se ha puesto a fabricar una hormona, la progesterona, necesaria para la nidación del huevo en el útero.

Otras hormonas, los estrógenos, segregadas durante la primera parte del ciclo, preparan los tejidos para la acción de la progesterona.

Bajo la influencia de estas dos hormonas, la mucosa uterina aumenta su grosor, es irrigada por numerosos vasos sanguíneos y enriquecida por sustancias nutritivas.

El huevo va a enterrarse literalmente en esta mucosa para consolidar su implantación y seguir su crecimiento durante los nueve meses del embarazo.

Fig. 8 El proceso de gestación



Fuente: http://cienciaalmeraya.blogspot.mx/2011/03/gestacion-humana.html

En opinión del autor Jaime Enrique Sanz Álvarez, para que un embarazo normal se materialice son necesarias las siguientes condiciones:

- Que el varón produzca semen en los testículos con las propiedades adecuadas para la fecundación;
- Que la mujer produzca un óvulo maduro en uno de los aproximadamente 200.000 folículos de cualquiera de los dos ovarios.
- Que un espermatozoide del semen se encuentre con el óvulo y lo fecunde. [25]

Por otro lado, las condiciones que determinan la fecundidad de una pareja, son:

[25] SANZ ÁLVAREZ, Jaime Enrique, *Fecundación asistida. Ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida,* Medellín, Colombia, Ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, pp. 30-31.

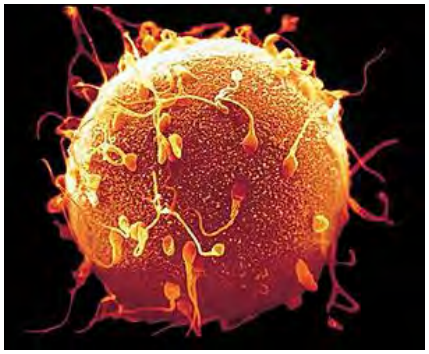
a) Que durante el acto sexual entre la mujer y el varón (coito) se produzca la eyaculación del semen del varón en la vagina de la mujer ascendiendo los espermatozoides por el interior del cuello y del cuerpo del útero y de la trompa de Falopio donde se encontrará con el óvulo. El coito sólo es posible si se produce la erección del pene, culminando la excitación sexual del varón con la eyaculación. Con cada eyaculación normal se introduce en la parte superior de la vagina una muestra de semen de 2 a 3 centímetros cúbicos conteniendo entre 20 y 300 millones de espermatozoides o gametos masculinos. Es necesario que aproximadamente un 65% de ellos tenga una normal movilidad y capacidad de penetración. El ascenso de los espermatozoides es favorecido por ciertas condiciones bioquímicas o anatómicas del útero y las trompas. Como mínimo se necesitan 20 millones de espermatozoides para que uno de ellos llegue a penetrar el óvulo situado en la trompa de Falopio.
b) Que el folículo ovárico se rompa, desprendiéndose el óvulo (ovulación), que va a ser captado por la ampolla de la trompa, iniciando su avance hacia el útero, en cuyo camino se encontrará con los espermatozoides que consiguieron llegar hasta allí siendo fecundado por uno de ellos y produciéndose la fecundación (cuando el óvulo es fecundado por más de un espermatozoide, lo cual es una contingencia rara, en vez de dos pronúcleos se origina tres y en esos casos de poli penetración del óvulo lo más probable es que estos embriones aborten muy tempranamente y que no evolucionen). Esta fecundación *in vivo* da lugar a una nueva célula o cigoto, que tendrá los 46 cromosomas característicos de la especie humana y suma de los 23 cromosomas aportados por cada gameto (óvulo y espermatozoide). A continuación

en el cigoto comienza un proceso de división celular interna. A las 12 horas el embrión ya se ha dividido en dos células, a las 24, en cuatro, a las 36 en seis células, etcétera.

c) Que el embrión formado llegue al interior del útero lo que generalmente tiene lugar a los 2-3 días de la fecundación. Allí en forma de blastocito se deposita en la mucosa del útero o endometrio durante aproximadamente tres días y pasado este tiempo tiene lugar su implantación en la mucosa. El embarazo está en marcha y otras dos o tres semanas más tarde en el embrión ya se evidencia tejido cerebral.[26]

Este camino trazado brevemente -emprendido por 20 o 300 millones de espermatozoides de los cuales sólo uno llegará al encuentro con el óvulo-, marca así mismo todos los obstáculos o si se quiere cumplimientos que, a su vez, sirven para determinar cuáles son las posibles fallas que impiden la fecundación y el embarazo y que en algunos casos hacen a la pareja infecunda.

Fig. 9 Espermatozoides intentando penetrar un óvulo



Fuente: http://la-adopcion.com/category/fecundacion-humana

[26] *Idem.*

1.4. La esterilidad

En estos días, la esterilidad es un fenómeno que, cada vez más, se hace evidente en la sociedad.

Al respecto es importante analizarlo desde sus muy diversos efectos: el psicológico, el social y el médico.

Al estudiarlo, no debe perderse de vista que entre los legítimos anhelos del ser humano se encuentra precisamente el de procrear; es decir, el de dar vida a otro ser.

En ello se ven involucrados aspectos eminentemente personales, tales como el trascender a la vida a través del hijo; el tener una razón de vida; el fundar una familia -desde el concepto socialmente acogido respecto de la misma-; el "agradar" a los núcleos familiares y sociales cercanos, que se constituyen en un elemento de presión al respecto.

Previo a llevar a cabo el análisis de la esterilidad como fenómeno, es fundamental comprender los alcances del vocablo fecundidad.

La fecundidad puede ser definida como *el comportamiento reproductivo de una sociedad.*[27]

Por tanto, la fecundidad implica un comportamiento social que gira en torno al fenómeno reproductivo y su índice se determina en función de la economía, la movilidad social,

[27] SOTO LAMADRID, Miguel Ángel, *Biogenética, filiación y delito*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 1990. p. 3.

la capacidad laboral, el uso de métodos anticonceptivos, entre otros factores.

El término tasa de fertilidad se usa en demografía para designar el número proporcional de nacimientos con vida, referidos a una población de mujeres y un tiempo determinados.

Los índices usualmente utilizados para determinarla son los siguientes:

- Tasa de fecundidad: Número de nacimientos con vida por cada 1,000 mujeres de edades comprendidas entre los 15 y los 45 años, en un año dado.
- Tasa total de fecundidad: Número medio de hijos nacidos de las mujeres que, en una determinada sociedad o grupo, han completado su ciclo reproductivo.

Conviene analizar el caso de México en materia de fecundidad.

El Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática aporta los siguientes datos estadísticos relacionados con el porcentaje de mujeres unidas en edad fértil usuarias de métodos anticonceptivos:[28]

28 28 _____, *Estadísticas sobre fertilidad y uso de anticonceptivos en México,* [En línea], actualizado al 2 de junio de 2004, [citado 31/05/2007], formato htm, disponible en www.inegi.gob.mx.

Tabla 2. Porcentaje de mujeres que hace uso de métodos anticonceptivos	
Año	**Porcentaje**
1976	30.2
1987	52.7
1992	63.1
1997	68.4

Lo anterior pone de manifiesto un incremento en el porcentaje de mujeres en edad fértil que, unidas en matrimonio o concubinato, hacen uso de métodos anticonceptivos de 1976 a 1997, pudiendo denotarse un incremento de 38.2 puntos porcentuales.

Podría afirmarse que ello obedece, en primer lugar, a la cada vez más evidente accesibilidad de los métodos anticonceptivos en nuestra sociedad y el mayor conocimiento acerca de su uso y beneficios; por otro lado, las actividades laborales de las mujeres, dan lugar a que éstas pospongan o, incluso, no contemplen la maternidad como una opción de vida; amén de que, al ser los niveles de vida generalizados en nuestra sociedad normalmente bajos, las mujeres y sus parejas normalmente desean tener el menor número de hijos posibles a fin de poder otorgarles una mejor calidad de vida y satisfactores suficientes a sus necesidades.

La estadística antes mencionada implica que, hoy en día, de cada 100 mujeres en México, 68.4 hace uso de ese tipo de métodos, no obstante encontrarse unidas a una pareja y ser fértiles; resultando entonces que 31.6% no lo hace.

Un dato más revelador lo constituye la tasa global de fecundidad de 1976 a 2006 publicada por esa dependencia del Gobierno Federal, que se ilustra en el siguiente cuadro[29]:

Tabla 3. Tasa global de fecundidad en México	
Año	**Tasa**
1976	5.7
1981	4.4
1987	3.8
1990	3.4
1991	3.3
1992	3.2
1993	3.2
1994	3.1
1995	3.0
1996	2.9
1997	2.8
1998	2.7
1999	2.7
2000	2.7
2001	2.6
2002	2.5
2003	2.4
2004	2.3
2005	2.2
2006	2.2

El contenido de este cuadro ilustrativo da lugar a deducir que, a lo largo de 30 años, el número de hijos por mujer ha disminuido dramáticamente, pues en 1976, una

[29] _____, *Estadísticas sobre fertilidad y uso de anticonceptivos en México,* [En línea], actualizado al 22 de septiembre de 2006, [citado 31/05/2007], formato htm, disponible en www.inegi.gob.mx.

mujer podía llegar a tener, en promedio 5.7 hijos; en tanto que, para 2006, tal promedio asciende a 2.2 hijos por mujer.

Lo anterior bien puede ser el resultado de la aplicación de campañas en torno al uso de métodos anticonceptivos -pues puede observarse un comportamiento estadísticamente similar entre el aumento de mujeres en edad fértil unidas que usan tales métodos y el decremento en el número de procreaciones-[30]; también de una mayor conciencia en torno a las condiciones socioeconómicas que imperan; la modificación del *modus vivendi*;[31] de hecho, la diferencia en los modelos de vida urbano y rural incide de manera directa en la tasa global de fecundidad; puede sustentarse esta consideración en los datos estadísticos[32] que se muestran a continuación, con fines comparativos:

Tabla 4. Análisis comparativo de la tasa global de fecundidad en entidades federativas		
Entidad Federativa	**Tasa global de fecundidad 2000**	**Tasa global de fecundidad 2006**
Estados Unidos	2.7*	2.2**

[30] En el primero de los cuadros se denota un incremento de más del 100% -en 1976, 30.2% de mujeres en edad fértil y unidas, hacían uso de anticonceptivos y, en 1997 lo hacía un 68.4%-; y de igual manera, mientras que en 1976, cada mujer podía procrear en promedio 5.7 hijos, para 2006 tal tasa descendió a 2.2.

[31] Atendiendo fundamentalmente al fenómeno de la emigración dentro y fuera del país; virtud a que varias personas –solas o acompañadas de sus familias- han pasado, a lo largo de 30 años, de vivir en las zonas rurales a las urbanas; o bien, el número de varones que emigran a los Estados Unidos ha venido en aumento en los últimos años, motivándose con ello que el índice de fecundidad disminuya también.

[32] [32] _____, *Estadísticas sobre fertilidad y uso de anticonceptivos en México,* [En línea], actualizado al 22 de septiembre de 2006, [citado 31/05/2007], formato htm, disponible en www.inegi.gob.mx.

* Media nacional en 2000.

** Media nacional en 2006.

Mexicanos		
Chiapas	3.3	2.5
Distrito Federal	2.0	1.6
Nuevo León	2.3	2.1
Oaxaca	3.1	2.3

El contenido del cuadro que antecede pone de relieve los siguientes aspectos:

- En la actualidad, la media nacional de fecundidad global, asciende a 2.2 hijos por mujer;
- En Estados que pueden catalogarse con población mayoritariamente residente en zonas rurales (Chiapas y Oaxaca), tal tasa rebasa la media nacional;
- Mientras que en entidades federativas fundamentalmente urbanas, tal tasa es menor a la media nacional.

Estos datos estadísticos permiten deducir que, el tipo de vida -rural y urbano- influye decisivamente en la tasa de fecundidad; en torno a ello debe tomarse en cuenta también que en las zonas rurales existe menos acceso a los medios de comunicación y, por ende, a la información en torno a los métodos de planificación familiar, de igual manera, el acceso de las mujeres a la educación y a las fuentes de trabajo es más limitado; en tanto que en las zonas urbanas, la posibilidad de que una mujer deba integrarse -por necesidad o convicción- a una actividad productiva es mayor, lo que trae aparejado como consecuencia el que sea menos proclive a la

maternidad por razones de exigencia social y laboral,[33] existiendo además un mayor acceso a la educación sexual, a los métodos de anticoncepción.

Un fenómeno que no debe soslayarse es el de los cuestionamientos moralistas,[34] en torno a los métodos anticonceptivos que, si bien no inciden en la opinión de las personas en zonas con mayores índices de educación e información; si lo hacen en zonas eminentemente rurales y en las que el analfabetismo es rampante.

Como puede observarse, en los índices de fecundidad social influyen muy distintos factores, y su aumento o disminución obedece a fenómenos socio-culturales.

Por su parte, el concepto de esterilidad se encuentra también vinculado con el de la fertilidad.

La fertilidad es definida como *la capacidad fisiológica del ser humano para reproducirse.*[35]

En un concepto más amplio *es la capacidad de un animal, planta o terreno de producir o sustentar una progenie numerosa.*[36]

---

[33] Pues es del conocimiento general que hoy en día existe negativa de acceso a fuentes de trabajo a mujeres embarazadas o con hijos, al considerárseles menos productivas económicamente. Esta consideración tiene poco sustento, sin embargo, es práctica común en nuestro país.

[34] Que no morales, pues las normas morales, según el maestro Eduardo García Maynez, se distinguen de las jurídicas al estar dotadas de unilateralidad, que hace consistir en *"…que frente al sujeto a quien obligan no hay otra persona autorizada para exigir el cumplimiento de sus deberes.* GARCÍA Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Ed. Porrúa. 1980, p. 15.

[35] SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Op cit.* p. 3.

[36] _____, *Fertilidad,* [En línea], s.l., [citado 31/05/2007], formato htm, disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Fertilidad.

A contrario *sensu*, la *infertilidad* es la incapacidad fisiológica del ser humano para reproducirse.

Para el doctor Julio César Colabianchi, especialista en fertilidad, director del Centro para la Fertilidad de la Pareja de Buenos Aires, Argentina, el hombre *"…como especie animal a la que pertenece, es subfértil*[37]*. Es decir, en la escala animal, escala zoológica a la que pertenece es la última*".[38]

Puede considerarse como natural el que para casi todos los seres humanos, la procreación sea más que un recurso para perpetuar la especie.

En la especie humana, la fertilidad natural no es del 100%: en cada ciclo una pareja sólo tiene, de media, un 25% de probabilidades de alcanzar la fecundación.

Es evidente que puede producirse un embarazo en el primer contacto sexual si se ha mantenido en el momento preciso de la ovulación.

Sin embargo, muchas veces, aunque las relaciones sexuales se realicen durante el período de fertilidad, no

[37] El especialista fue entrevistado con motivo de la elaboración del texto en el que se contiene el reportaje *La fecundación asistida, aspectos técnicos*, y sustentó su estimación en el siguiente argumento: *"…Si nosotros hacemos una comparación, tenemos que decir que estadísticamente, por cada relación sexual que efectúa cualquiera de estas especies tiene, en esa relación, las siguientes posibilidades de lograr un embarazo: el cerdo está entre el 98% y el 100% de lograrla por cada relación sexual, sigue así la vaca con un 80%, el conejo con un 75% y el hombre, finalmente es el último escalón de la escala con un 25% de posibilidades de lograr un embarazo por cada relación sexual potencialmente hablando. O sea que el hombre es una especie subfértil"*, en SAMBRIZZI, Eduardo A., *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo-Perrot, 2001, p. 150.

[38] RAMOS, Rodolfo, *Fecundación asistida y derecho*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Juris, 1992, p. 19.

ocurre nada. Por regla general, sólo después de varios ciclos, y por lo tanto varios meses, se produce la fecundación.

El plazo de espera es variable según las mujeres: de promedio es de tres a seis meses, pero puede alcanzar el año e incluso más.

Sólo se habla de esterilidad cuando, al cabo de dos años, las tentativas de fecundación aún no han alcanzado su objetivo, lo que ocurre en el 10% de las parejas.

En opinión del doctor Jorge Lerner, Director de la Unidad de Fertilidad "Unifertes", de la Clínica "El Ávila" de Caracas, Venezuela, acreditada por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida,[39] una de cada cuatro parejas en edad reproductiva tiene problemas de fertilidad.

Las causas del problema son numerosas y a veces es imposible determinarlas.

En el caso de la mujer, los problemas de fertilidad están determinados por causas tales como la edad, los trastornos de la ovulación y una alteración de las trompas, de la mucosa uterina o del cuello uterino.

Antes de nacer, una mujer cuenta con 4 millones de óvulos, pero al nacer le quedan unos 400 mil. Luego de la pubertad, la mujer ovula normalmente un solo óvulo cada 28 días. Aunque, la cantidad de óvulos de una mujer excede la cantidad de óvulos que necesitaría en toda su vida, una mujer

[39] LERNER, Jorge, "*Edad y Fertilidad*", [En línea] México, s.l., [citado 31/05/2007], formato htm, disponible en: www.fecundaciónasistida.org.mx.
.

de 35 años tiene óvulos de esa misma edad y su calidad disminuirá progresivamente con la edad.

Existe una situación diametralmente distinta entre hombres y mujeres; pues los hombres producen espermatozoides nuevos durante toda su vida.

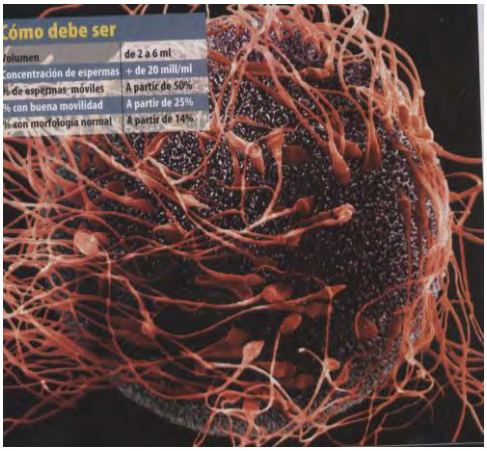
Por tanto, la infertilidad en los varones normalmente se debe a anomalías en los espermatozoides: son anormales[40], su número es insuficiente o tienen poca movilidad.

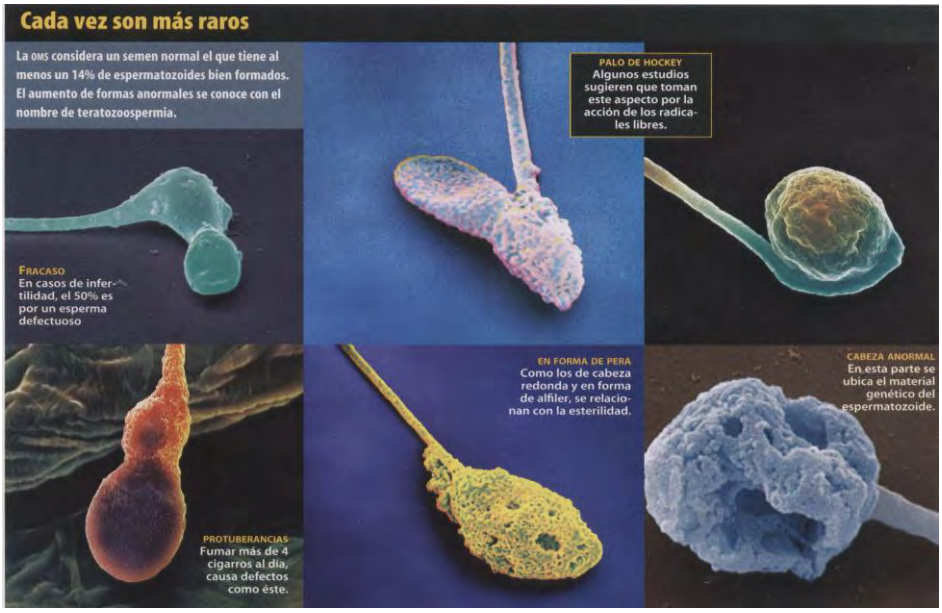
El siguiente cuadro ilustra de una manera más clara el cómo debía ser y el cómo es el semen con capacidad para fecundar:[41]

Tabla 5. Análisis comparativo de las características deseables y las reales del semen, a fin de considerársele apto para la fecundación			
Cómo debe ser		**Cómo es**	
Volumen	De 2 a 6 ml	Volumen	3.4 ml
Concentración de espermas	+ de 20 mill/ml	Concentración de espermas	53.9 mill/ml
% de espermas móviles	A partir de 50%	% de espermas móviles	41.7%
% con buena movilidad	A partir de 25%	% con buena movilidad	14.45%
% con morfología normal	A partir del 14%	% con morfología normal	13.89%

[40] Se consideran anormales en función de su forma (ver fig. 13).
[41] KRUEGER, Thinus F., *Atlas of Human Sperm Morphology Evaluation*, Estados Unidos de América, Ed. Informa Helthcare, 2004. p. 736

Figs. 10, 11 y 12. Ilustración del contenido de tabla 5 y anormalidades de los espermatozoides.





Fuente: *Atlas of Human Sperm Morphology Evaluation*, Estados Unidos de América, Ed. Informa Helthcare, 2004. p. 736

Conviene analizar ahora el significado psicosocial de la esterilidad humana.

Ésta, como fenómeno, tiene implicaciones psico-sociales; esto es, que afectan el ánimo de las personas y además, tienen su origen en la cultura de una sociedad.

No puede negarse que en nuestro medio social priva una cultura en la que la potencia sexual y la capacidad de procrear se equiparan.

En los varones, la infertilidad constituye un peso que le afecta en su vida social.

En la percepción popular, el concepto de infertilidad se asocia con el de impotencia; por lo tanto, la procreación revelará ante la sociedad un signo de virilidad.

La equiparación de lo viril con lo genésico, provoca invariablemente que el hombre infértil sufra en el ámbito social una intensa ansiedad, acompañada de cuadros depresivos, impotencia laboral, bloqueo afectivo y otros síntomas.

Estas reacciones conflictivas no sólo afectan al varón, sino también a su pareja -sea esposa o concubina-, quien suele ocultar a la familia la responsabilidad del esposo o, en algunos casos, lo agrede intensamente.

Sin embargo, por lo general, se deposita la responsabilidad de procrear en la mujer y que, en muchos lugares, se le considera la única responsable del fracaso.

Por tanto, con la finalidad de ubicar adecuadamente en el contexto de la infertilidad como fenómeno social, es importante destacar los siguientes puntos:

- La infertilidad afecta tanto a los hombres como a las mujeres;
- En nuestra sociedad, los hombres infértiles son objeto de estima.

Cuando una pareja no puede tener hijos, generalmente se culpa a la mujer.

Pero los hombres también pueden ser infértiles; y esa situación los avergüenza y desilusiona.

Alfredo Góngora Rodríguez[42], adscrito al Centro de Fertilización de México, Distrito Federal, estima que entre el 8 y el 12 por ciento de la población mundial se ve afectada por la infertilidad y -en casi la mitad de los casos- los hombres son la única causa de la infertilidad o contribuyen a la infertilidad de la pareja.

Existen varios mitos relativos a las causas de la infertilidad masculina.

Una encuesta de 120 residentes de un barrio pobre urbano de Bangladesh, por ejemplo, reveló que la infertilidad masculina se atribuyó a menudo a la voluntad de Dios o a problemas psicológicos.

En un estudio realizado en Nigeria, algunos hombres y mujeres respondieron correctamente que las infecciones de transmisión sexual (ITS) pueden causar infertilidad, pero

[42] GÓNGORA Rodríguez, Alfredo, *La donación espermática como alternativa ante el factor masculino severamente afectado,* [En línea] México, s.l., [citado 31/05/2007], formato htm, disponible en: www.fecundaciónasistida.com.mx.
.

otros dijeron que la infertilidad masculina era resultado de comer alimentos dulces, tener un pene pequeño o tener relaciones sexuales con mujeres mayores.

Sin embargo, las verdaderas causas de la infertilidad masculina son la función anormal o la producción anormal de espermatozoides, la obstrucción del aparato genital o trastornos de los órganos sexuales.

Muchas de las causas fundamentales de la infertilidad masculina, tales como las enfermedades infecciosas y parasitarias o las toxinas, son prevenibles.

Si bien es cierto que la investigación sobre la relación entre las ITS y la infertilidad masculina ha dado resultados conflictivos.

Algunos estudios indican que la gonorrea o la infección clamidiácea se puede propagar de la uretra al epidídimo, a veces produciendo infecciones que bloquean los conductos espermáticos o que causan trastornos en la producción de espermatozoides.

El uso de los condones masculinos puede reducir los riesgos de ITS en los hombres y - lo que es más importante - en sus compañeras, con lo cual se protege la fertilidad.

No obstante, muchas personas creen erróneamente que los condones -así como otros anticonceptivos - causan infertilidad permanente.

Estudios realizados en otros países confirman que las actitudes relativas a lo que es un comportamiento masculino

natural o apropiado animan a los hombres a tener una vida sexual activa, a menudo casi sin importarles las consecuencias posibles de esa actividad.

Un estudio efectuado en Nigeria reveló que casi un tercio de los 1.527 hombres jóvenes encuestados dijeron que querían tener relaciones sexuales para sentirse como "verdaderos" hombres.

En el Brasil, los hombres jóvenes dijeron que se sentían presionados por sus padres y amigos para tener una vida sexual activa.

Un estudio de aproximadamente 800 hombres en América Latina reveló que casi un cuarto de los hombres encuestados en Argentina, Cuba y el Perú dijeron que los hombres eran incapaces de decir "no" a las relaciones sexuales; más de la mitad de los hombres encuestados en Bolivia dieron la misma respuesta.

Las investigaciones en Tailandia y Haití revelaron que era de esperar que los hombres casados tuvieran relaciones amorosas con enamoradas o prostitutas y las investigaciones en Granada y Santa Lucía revelaron que tener relaciones sexuales con múltiples compañeras era permisible para los hombres.

Como ha podido notarse, la infertilidad y la esterilidad son fenómenos que afectan igualmente a los varones y a las mujeres, desde el punto de vista orgánico, pero también psicosocial.

1.5. La persona

El estudio de este apartado se limitará al estudio de la persona jurídica, esto es, a los alcances que, en el campo del derecho guarda el concepto “persona”.

Es de señalarse que la “persona” en el ámbito jurídico constituye un concepto jurídico fundamental.

El artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal proporciona una adecuada distinción entre el sujeto de derecho y la persona, al indicar que:

> **Artículo 22**. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

La persona es el destinatario de la norma; a ella corresponde el ser titular de derechos y de obligaciones, de intervenir en las relaciones jurídicas de todo tipo y de ejecutar actos jurídicos en general.

Por tanto, es fundamental la definición que al respecto aporta el imperativo antes mencionado; dado que en ella se estima que una persona debe ser considerada como tal desde el momento de la concepción, y desde ese momento se le considera como nacido para los efectos de ser objeto de protección jurídica.

En consecuencia, desde el momento en que inicia la vida intrauterina se coloca a la persona bajo la protección de la ley y, por ende, es titular de derechos.

Ello permite afirmar que, en una buena medida, una vez concebida una persona es considerada sujeto de derecho, es decir, un ente jurídico al que la norma le otorga prerrogativas.

Es estimación general, que la concepción se presenta en el momento de la *fecundación, que es definida como el encuentro de los gametos (del griego gamos –matrimonio-), que son las dos células reproductoras, femenina y masculina: el óvulo y el espermatozoide. Ocurre en una de las trompas de la mujer y tiene como consecuencia la creación de la primera célula embrionaria humana: el huevo.*[43]

Una vez que ambos gametos se unen, el núcleo de ellos se fusiona, y da lugar a la unión de los 46 cromosomas (23 de la célula masculina y 23 de la femenina) necesaria para la constitución del huevo. Cada cromosoma materno forma un par con su homólogo paterno.

Desde ese instante, el sexo y los caracteres genéticos del hijo que va a nacer ya están concretamente definidos.

Después de la etapa de fecundación, viene la de nidación, que implica la entrada e implantación del huevo en el útero de la madre; momento en el que se multiplican, diferencian y organizan.

[43] LEPERCQ, Jacques, *et al*, *Op. cit,* p. 14.

Por tanto, si el artículo 22 del ordenamiento antes aludido reconoce como sujeto de derechos a la persona humana, desde el momento de su concepción; y que la concepción se presenta desde la fecundación, debe deducirse entonces que al momento en que las células antes mencionadas se fusionan, se da lugar a la situación jurídica en mención.

El autor Carlos Fernández Sessarego ha indicado que *el concebido constituye vida humana genéticamente individualizada, desde el instante mismo de la concepción, o sea, a partir de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide.*[44]

Como se ha indicado, se estima que una persona asume la titularidad de derechos y la protección de la norma, desde el momento de la concepción.

Por ello, es necesario referir cuáles son los derechos generados por tal motivo; lo que doctrinariamente es conocido como *derechos de la personalidad.*

Entre otros, se reconocen los siguientes:

a. El derecho a la vida; y,
b. El derecho a la integridad corporal.

El derecho a la vida y a la integridad corporal, no son derivados de la norma civil, sino que están protegidos por una

[44] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las personas,* Lima, Perú, Ed. Librería Studium Editores, 1986, p. 50.

serie de leyes especiales que además no forman parte de dicha legislación.

Tal derecho deriva del ser mismo del individuo y está protegido por el Código Penal y, de alguna manera, por la Ley General de Salud.

Implica una situación jurídica tutelar que obliga al Estado a definir normas que tiendan a evitar que se prive a una persona de la vida o que se afecte su integridad -de ahí que se prevean figuras delincuenciales tales como el aborto, el homicidio, las lesiones, etcétera-.

Así, la persona humana se constituye en cuanto sujeto de derecho y término de las relaciones jurídicas, en eje insustituible del derecho.[45]

En materia de la infancia, los avances jurídicos han sido evidentes, a saber:

La reforma al artículo 4º de la Constitución General de la República, que en sus párrafos sexto, séptimo y octavo establece un régimen protector de los derechos de los menores. [46]

[45] PÉREZ VARGAS, Víctor, *El derecho de familia y los nuevos paradigmas,* T. II, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 242.

[46] "*…Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.…*"

Un paso más lo constituyó la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño.[47]

Con este instrumento internacional se consolidó un cambio paradigmático: el de la protección integral del niño, a quien se conceptúa como todo ser humano menor de 18 años, incluyéndose como niño también al concebido, no nacido todavía, de modo que también se dé una protección integral desde el punto de vista cronológico, al señalar:

> (…) el feto (…) desde la fecundación pertenece a la especie humana por su origen, por su misma composición y por su radical autonomía biológica y por el programa psicológico determinado por su código genético y además por sus primeras recepciones psíquicas (…)

Como lo plantea Víctor Pérez Vargas, el llamado "Derecho de menores" ha colocado al menor como "sujeto preferente de derecho y cada día se afirma más la autoridad de los progenitores como función.[48]

En el apartado que antecede, se ha señalado que, entre las diversas teorías admitidas para determinar el

[47] Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989 mil novecientos ochenta y nueve, que vincula al Estado Mexicano, virtud a que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 veintiuno de julio de 1990 mil novecientos noventa, ratificada por el Senado de la República el 21 veintiuno de septiembre de ese mismo año; y en vigor a partir del 21 veintiuno de octubre de esa anualidad. _____, *Convención sobre los derechos del niño,* [En línea], México, s.l., [citado 23/03/2012], formato pdf, disponible en: http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/689/1/images/Convencion_sobre_los_derechos_del_nino.pdf

[48] PÉREZ VARGAS, Víctor. "*Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona"*, en *El derecho de familia y los nuevos paradigmas, Op cit.* p. 244.

comienzo de la vida, se encuentra la de la fecundación, en la que se sostiene que aquella inicia con la unión del óvulo y del espermatozoide.

Si se adopta esta teoría, se impone indicar que la protección integral al derecho a la vida, previsto por la Constitución, debe entenderse como una tutela a toda la existencia; y cuando se alude a menores, desde su concepción hasta su mayoría de edad.[49]

En este sentido, es importante destacar que el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, otorga al concebido la posibilidad de gozar de la titularidad actual de situaciones jurídicas.

Esta posibilidad de ser destinatario de efectos jurídicos es precisamente la capacidad jurídica y en ella consiste el atributo fundamental de la personalidad en sentido jurídico.

En su acepción jurídica, persona es simplemente el titular de un derecho (o de un deber).[50]

Adoptando este argumento, puede afirmarse entonces que persona y derecho subjetivo son términos correlativos; es decir, no puede concebirse un poder jurídico que no pertenezca a nadie; de esta manera, para que exista un derecho debe existir un titular de éste.

[49] Que en términos del artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se establece hasta los 18 años, admitiendo como salvedad el que la legislación nacional señale como límite una edad mayor a esa, pero no menor.
[50] PÉREZ VARGAS, Víctor, *Op cit.* p. 247.

Es criterio mayoritariamente aceptado la necesidad de respetar al niño (nacido o no nacido, pero en todo caso "niño", según el texto de la Convención de los Derechos del Niño) en todos sus derechos, desde que se encuentra en el seno materno.

Este sistema protector implica la existencia de una serie de valores a favor del concebido, a saber:

- El valor jurídico de la vida del concebido, que implica el considerar al concebido como un niño en sus primeras etapas de desarrollo, que merece, por su condición especial, un tratamiento jurídico distinto, a fin de garantizar su protección integral; ello encuentra sustento en el hecho de que entre las personas por nacer y las personas de existencia visible, la única diferencia palpable la constituye una diferencia en la etapa de desarrollo;
- El derecho a la propia identidad, que se sustenta en el hecho de que el ser humano tiene a su favor la prerrogativa a ser sí mismo, a conocer su origen y a moldear su propia identidad.

Debe destacarse que en nuestro país, el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, reconoce al concebido la calidad de persona, y por ende, le asigna la titularidad de derechos y prerrogativas, particularmente al de la vida.

De hecho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto al reconocer en el producto de la concepción tal derecho, reconociéndole protección jurídica, en la siguiente jurisprudencia:

"DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES[51]. Si se toma en consideración, por un lado, que la finalidad de los artículos 4º y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente, es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad y, por ende, la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquella, independientemente del proceso biológico en que se encuentre y, por otro, que del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y uno y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, aprobados por la Cámara de Senadores del Congreso de la unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, respectivamente, cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia norma fundamental, se desprende que establecen, el primero, la protección a la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana, así como que del

[51] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XV, Febrero de 2002, Fuente: Pleno, tesis P.J. 14/2002, p. 588.

> estudio de los códigos Penal Federal y Penal para el Distrito Federal, y los Códigos Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado heredero o donatario, se concluye que la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales."

En consecuencia, el sistema jurídico mexicano reconoce la calidad de persona al concebido -no nacido- desde el momento mismo de la concepción, y por ende, lo coloca dentro de un régimen de protección y tutela.

1.6. Conclusiones

Como ha quedado reseñado en el presente capítulo, el derecho a la procreación se encuentra reconocido por el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y su ejercicio se encuentra limitado únicamente a partir de dos supuestos esenciales: la responsabilidad y la información.

El primero de ellos implica una cuestión personalísima y subjetiva, pues depende del individuo el ejercer una sexualidad responsable y determinar así, el número y espaciamiento de los hijos.

El segundo se encuentra determinado por factores exógenos, constituidos en los deberes del Estado de dotar a los individuos de información suficiente sobre la existencia y uso correcto de los métodos de anticoncepción.

Ahora bien, para comprender el fenómeno que significa el acceso y la utilización de las técnicas de fecundación asistida se hace indispensable efectuar un estudio acerca de los supuestos biológicos que los determinan, a saber: el embarazo y la esterilidad.

Para ello, es indispensable partir de la base de que el embarazo es un hecho biológico, en el que participa la unión de dos gametos: el espermatozoide y el óvulo, para dar lugar a una multiplicación de células, su anidación y evolución hasta dar lugar al nacimiento.

Por su parte, la esterilidad es también un fenómeno biológico, con una amplia y variada ramificación de consecuencias sociales y personales; la misma se encuentra rodeada además de diversos mitos, condicionados por factores socio-culturales.

Para determinar el impacto del uso de las técnicas de fecundación asistida en el ámbito jurídico, es necesario tener en cuenta las diversas teorías que la ciencia ha venido aportando para determinar el comienzo de la vida, destacando las siguientes: la de la fecundación; la de la anidación; la de la hominización y la del nacimiento.

Al margen de disquisiciones de carácter teórico-biológico, no debe perderse de vista que el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en consonancia con el numeral 22 del Código Civil para el Distrito Federal, reconoce como titular de los derechos de la persona (entre otros, el de la vida y la integridad), al sujeto concebido y no nacido; en tanto que el instrumento internacional antes invocado estima que es beneficiario del régimen protector que en él se establece, a los niños desde el momento de su concepción hasta que cumplan dieciocho años; lo que implica que ambos ordenamientos han adoptado como válida, la teoría de la fecundación.

CAPÍTULO 2

LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SUS PARADIGMAS

En la actualidad, es común encontrarnos frente a la problemática de parejas que no están en condiciones plenas de procrear descendencia; ello a pesar de que constituye una de las aspiraciones más nobles del ser humano, pues implica la posibilidad de trascender a través de sus hijos y además participar en la formación de una persona en todos sus niveles -psicológico, moral, físico, etcétera-.

Para ello, la ciencia pone a su disposición, cada vez más adelantos, mecanismos y procedimientos que les permiten alcanzar esa finalidad; muchos de ellos considerados en el concepto genérico de fecundación asistida o fertilización asistida.

La definición jurídica de la *fertilización asistida* se encuentra contenida en la fracción XI del ordinal 40 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, en los términos siguientes: *es aquélla en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro.*

En este tenor es menester indicar que la procreación, como bien lo señala Marcela Martínez Roaro,[52] *es un hecho de índole esencialmente biosexual*.

[52] CUELLO CALÓN, Agustín, *Medicina forense,* México, Ed. Porrúa, 1996, p. 653.

Un derecho que, como quedó detallado con anterioridad, se encuentra reconocido en el párrafo segundo del artículo 4º de la Constitución General de la República, que señala que toda persona -hombre y mujer- tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos.

Pero ¿qué acontece cuando la propia naturaleza impone limitaciones para el ejercicio de ese derecho?; lo que cada vez es más común: se acude a métodos de reproducción asistida.

Métodos que, con mayor frecuencia, se encuentran al alcance de más personas.

Más allá de los cuestionamientos de carácter ético, moral o religioso que impone el acudir a ese tipo de procedimientos, el derecho se encuentra obligado a atender a la realidad social que pretende normar y regular; de ahí su carácter dinámico y su finalidad última.

La ciencia ha rebasado a tal grado al derecho, que los conceptos de paternidad y maternidad están en entredicho con estas nuevas técnicas.

Como es sabido, el derecho constitucional a la procreación tiene implicaciones que recaen en el ámbito del derecho familiar, puesto que tiene que ver con la filiación de las personas.

2.1. Breve reseña histórica de la reproducción asistida

A fin de contar con un marco histórico adecuado en torno a las técnicas de fecundación asistida, permítaseme indicar los antecedentes con que se cuenta al respecto.

Eduardo A. Sambrizzi señala que estas técnicas se vienen desarrollando desde fines del siglo XVIII, aunque mucho antes de ello ya se había experimentado tanto en plantas como en animales, existiendo antecedentes de su aplicación tanto en Grecia como en el Imperio Romano.[53]

Desde 1628, se han hecho experimentos al respecto en huevos de gusanos de seda.

Aníbal Guzmán Ávalos señala como el antecedente más remoto el de Villeneuve, quien, se dice, practicó la inseminación artificial a Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV de Castilla, cuyo intento resultó fallido.[54]

Por su parte, Welthein -en el año de 1720- consiguió fecundar huevos de trucha y en 1779 el abate italiano Lázaro Spallanzani logró fecundar una perra en celo con semen proveniente de un macho.[55]

Previamente, en 1765 el alemán Ludwiy Jascobi hizo uso de tales técnicas en salmones.[56]

---

[53] BASSO, Domingo M., *et al*., *Problemas éticos que plantean las técnicas que actúan sobre la reproducción humana desde la perspectiva cristiana a fines del siglo XX*. Buenos Aires, Argentina, 1995. p. 196. Este dato es referido también por Eduardo E. Zambrizzi, *Op cit.*, p. 25, al indicar que el semen utilizado era precisamente el del marido de Juana de Portugal.
[54] GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal*, Op cit.,* p. 185-186.
[55] SAMBRIZZI, Eduardo A., *Op cit.,* p. 14.
[56] DE LA MATA PIZAÑA, Felipe, *Op cit.,* p. 374.

Se señala también como antecedente el que Thouret logró fecundar a su mujer estéril, con una jeringa de estaño, inyectándole en la vagina su propio semen.

En 1799 la *Royal Society of London* atribuye el primer caso (en 1791) al médico inglés Jon Hunter, realizando la inseminación artificial con éxito, en la esposa de un mercader que padecía hipospadias.

En 1837 J. Marion Sims, obtuvo semen del marido de una mujer que sufría vagina hiperestésica, muy probablemente vaginismo, la anestesió con éter e inyectó el semen, a lo que se denominó *copulación celestial*.

En 1866, el mismo autor, realizó inseminaciones artificiales homólogas intracervicales a 6 mujeres.

Inglaterra fue el país en donde se realizaron la mayor parte de las experiencias.

En 1886 Montegazza propuso la creación de bancos de semen congelado, sin haber logrado aún mantenerlo vivo en ese estado; en 1889, Dickinson practicó en los Estados Unidos de América la inseminación artificial con semen de donante.

Rohleder inventó la punción testicular como medio de obtener esperma, dando una evolución a la práctica y se estima que continuaron empleándose en el transcurso de los años, al amparo de una prudente discreción, hasta que en la primera década del siglo XX empezaron a publicarse los

resultados en las revistas especializadas, por considerar el procedimiento, un medio racional para superar la esterilidad.

En 1949 se descubrió que el semen podía mantenerse congelado y, a partir de ahí, Sheman en 1953, obtuvo en los Estados Unidos de América los primeros embarazos de humanos con semen congelado.

En el Reino Unido tuvo lugar la primera fecundación *in vitro*, en el caso de una mujer que no podía quedar embarazada por procedimientos naturales dado que sus trompas estaban totalmente obstruidas.

Se le extrajeron los óvulos madurados mediante la aportación de hormonas; se depositaron en un medio nutritivo y uno se puso en contacto con el semen masculino y una vez que el ovocito quedó fecundado, se le dejó madurar en un segundo recipiente con más medio nutritivo durante algunos días y de esa manera se inició en esta fase la división celular.

El embrión fecundado se introdujo dos días mas tarde en el útero materno, cuyas paredes se habían hecho receptivas, igualmente mediante aportación hormonal, siguiendo el embarazo su curso normal.

De esta manera, el 26 de julio de 1978, nació la primera niña de una fecundación *in vitro,* Louise Brown; con ello inició lo que se ha dado por llamar la era de los *bebés de probeta.*[57]

Después de ello, los avances en materia de biotecnología han ido *in crescendo*, al grado de haberse

[57] DE LA MATA PIZAÑA, Felipe, *Op cit.,* p. 374.

logrado la clonación de un mamífero, la oveja llamada “Dolly”; la gestación de un ser humano fuera del útero de una mujer -cuyo experimento resultó fallido pero marcó el inicio del afán por crear úteros artificiales-; la gestación de híbridos ya sea por fecundación de un ser humano a partir de gametos de otras especies o viceversa; el tráfico de gametos y embriones y la fecundación de embriones con fines distintos a la procreación.

2.2. Cuestiones relacionadas con las técnicas de reproducción asistida

Con antelación, se ha definido a la fecundación como la unión de los gametos masculino y femenino que dan lugar a la concepción de una nueva vida.

En términos normales, la fecundación deriva de la cópula, es decir, del ayuntamiento carnal. Sin embargo, ello no ocurre en todos los casos, pues se ha señalado, en algunas ocasiones, la naturaleza impone obstáculos para que tal acto genere como resultado la concepción de un nuevo ser.

Cuando se trate de una concepción derivada de una cópula entre dos personas, se hablará de una fecundación intracorpórea; partiendo del supuesto de que los gametos se unen entre sí como resultado de un acto sexual, en el que el semen es depositado en el útero femenino, entre dos personas debidamente identificadas.

Sin embargo, existen también, en mérito de los avances tecnológicos, otros tipos de fecundación:

La extracorpórea, que se presenta cuando la unión de los gametos -espermatozoide y óvulo-, se da fuera del cuerpo de la mujer, es decir, no a través de la cópula. A *contrario sensu*, la intracorpórea se presentará obviamente dentro del cuerpo.

La fecundación homóloga, alude al hecho de que exista conocimiento cierto de la persona de la que se deriva el gameto, es decir, que se pueda determinar la identidad del sujeto a quien corresponde el espermatozoide o el óvulo -células necesarias para la fecundación-.

Se habla de fecundación heteróloga cuando tal identidad no pueda ser determinada -tal es el caso de los donantes anónimos de semen o de óvulos-, o bien, cuando existe la intervención de una persona distinta en la que habrá de depositarse el gameto para su desarrollo; esto es, cuando se hace uso de componentes genéticos extraños al marido, a la mujer o ambos.

Procede analizar ahora conceptos relacionados con las técnicas de fecundación asistida, que son comunes para todos y cada uno de ellos.

2.2.1. Células germinales

La Ley General de Salud, en su artículo 314, fracción I, define a las células germinales, en los términos siguientes:

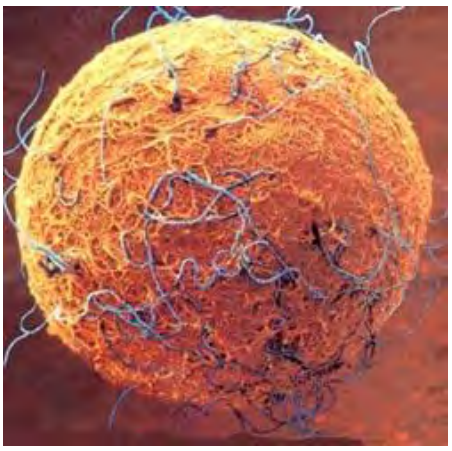
> **Artículo 314.** Para los efectos de este Título se entiende por:
>
> I. Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión; (…)

Las únicas células germinales que existen en el ser humano, capaces de dar origen a un embrión, son el óvulo y el espermatozoide.

El óvulo es una célula transparente, esférica y mide una décima de milímetro. Posee un núcleo, un citoplasma, que le sirve de reserva para sobrevivir hasta llegar al útero cuando es fecundado y está rodeado de una membrana gelatinosa, la zona pelúcida; contiene 23 cromosomas. No puede moverse por sí solo pero con la ayuda de los colios vibrátiles y los movimientos musculares de la trompa, avanza lentamente en ese medio, en el que puede sobrevivir de 12 a 24 horas.

Por su parte, los espermatozoides están formados por una cabeza, que contiene en núcleo, y un flagelo para desplazarse. Al igual que los óvulos contienen 23 cromosomas. Mucho más pequeños que el óvulo, miden cinco centésimas de milímetro y avanzan a razón de dos o tres milímetros por minuto.

Fig. 13. Gametos



Fuente: hpcastelli.com.ar

2.2.2. Embrión y feto

La única disposición normativa en México que define a ambos conceptos, se contiene en las fracciones VII y VIII del artículo 314 de la Ley General de Salud, que señalan:

> **Artículo 314.** Para los efectos de este Título se entiende por: (…)
> VII. Embrión, al producto de la concepción a partir de ésta; y hasta el término de la duodécima semana gestacional;
> VIII. Feto, al producto de la concepción a partir de la décimo tercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno; (…)"

El contenido de este precepto legal permite señalar que desde el punto de vista normativo, la propia ley establece la distinción en torno a los estadios de desarrollo gestacional,

en función de una cuestión temporal, que puede ilustrarse en los siguientes términos:

Tabla 6. Distinción entre embrión y feto	
Denominación	**Momento**
Embrión	Desde la concepción hasta la duodécima semana de gestación.
Feto	Desde la décimo tercera semana de gestación hasta el alumbramiento.

Fig. 14. Embrión humano de 4 semanas

Fuente: naceporquelate.blogspot.com

Figura 15. Feto humano

Fuente: peatom.info

2.2.3. Donación de células germinales

El *Diccionario Jurídico Mexicano*[58] aporta la siguiente definición respecto del término donación: "*Contrato por el que una persona, denominada donante, transfiere a otra llamada donatario, gratuitamente, una parte o la universalidad de sus bienes presentes, reservándose lo necesario para vivir".*

Por su parte, la Real Academia Española estima que la donación implica la *liberalidad de una persona que transmite gratuitamente una cosa que le pertenece a favor de otra que la acepta*[59]*.*

La actual Ley General de Salud reconoce la donación de células germinales en los siguientes preceptos legales:

[58] *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. II, México, Ed. Porrúa, 1997, pp. 1209-1210.
[59] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Español,* T. I., Madrid, España, 1992, p. 774.

> **Artículo 314.** Para los efectos de este Título se entiende por: (…)
> VI. Disponente, a aquél que conforme a los términos de la ley le corresponde decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte.
> VII. Donador o donante, al que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en transplantes;…
> XII. Receptor, a la persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, tejido, células o producto;…
>
> **320**. Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente Título.
>
> **321**. La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes de utilicen para transplantes.
>
> **327**. Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de transplantes, se regirá por los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.

De una interpretación sistemática de tales preceptos legales se colige que la norma que estatuye las actividades relacionadas con la salud, en México, reconoce a la donación de órganos, células y tejidos como un acto lícito, cuyas características se ajustan a la definición general del concepto

donación que antes ha sido dado a conocer, con las siguientes peculiaridades:

- La donación en materia de salud se refiere a órganos, tejidos y células –incluidas las germinales, esto es, óvulos y espermatozoides-;
- Al donador o donante también se le conoce como disponente;
- Al que recibe las células, tejidos u órganos se le denomina receptor;
- El consentimiento en torno a la donación puede ser expreso o tácito;
- Pueden donarse órganos, tejidos y células en vida o para después de la muerte;
- En la donación en materia de salud operan los siguientes principios:
    1. Altruismo;
    2. Ausencia de ánimo de lucro;
    3. Confidencialidad; y,
    4. Gratuidad.

Por altruismo puede entenderse la diligencia en procurar el bien ajeno; esto es, la intención del ser humano por alcanzar el beneficio de un tercero; en tal concepto, se encuentre implícito también el segundo de los principios, es decir, la ausencia de ánimo de lucro.

Un aspecto fundamental a tomar en cuenta cuando se trata de donación de órganos, tejidos y células se refiere a la confidencialidad, es decir, a la imposibilidad de proporcionar o hacer públicos los datos de los donantes y los receptores, a fin de proteger el derecho a la intimidad.

Finalmente, la gratuidad significa que la donación en sí, no debe implicar gasto alguno a cargo del donante ni del receptor.

La donación además no debe estar sujeta al ánimo de lucro y por tanto, debe ser gratuita, es decir, de obtener un provecho económico con motivo de ella; lo contrario implicaría necesariamente el comerciar con los órganos, tejidos y células, circunstancia que se encuentra prohibida por la norma.

Finalmente, el Estado debe garantizar la confidencialidad en torno a los datos del donante o del receptor de los órganos, tejidos o células, de tal suerte que uno y otro -o sus respectivas familias- se mantendrán en el anonimato.

2.2.4. Comercio de células germinales

El comercio constituye una actividad lucrativa que consiste en la intermediación directa o indirecta entre productores y consumidores de bienes y servicios, a fin de facilitar y promover la circulación de la riqueza.[60]

La Real Academia Española lo define como *la negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías*.[61]

[60] *Diccionario Jurídico Mexicano*, *Op cit.,* p. 512.
[61] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Op cit.*, p. 517.

Tal concepto puede ser aplicado también al comercio de órganos, tejidos y células, pues tal conducta implica el otorgar alguno de esos elementos a cambio de una retribución o provecho económico.

Esta circunstancia se encuentra expresamente prohibida por el artículo 327 de la Ley General de Salud, pues contradice los principios de altruismo y gratuidad que revisten a la donación de los mismos.

2.3. Reproducción asistida. Distintas técnicas

A fin de ubicar adecuadamente la problemática que puede llegar a presentarse en torno a los procedimientos de fecundación asistida, es indispensable plantear casos que, atendiendo a la dinámica de la genética, pueden llegar a presentarse y, de hecho, se presentan en la actualidad.

Así, puede ocurrir que, existiendo obstrucción de las trompas de Falopio, no es posible que los óvulos que producen los ovarios, transiten por ellas a fin de ser fecundados por el espermatozoide.

En esos casos, podría procederse a la extracción del óvulo de ese medio y a su fecundación externa con el semen del cónyuge o de la pareja de la mujer, o bien, con aquél que proporcione una persona desconocida -donante-.

Por otro lado, es común que, obteniéndose los gametos de una pareja, las condiciones fisiológicas de la mujer impidan que pueda implantarse el gameto en su cuerpo; por tanto, se

podría requerir de la intervención de otra para que en ella se implante el mismo para su desarrollo, gestación y alumbramiento.

Asimismo, podría llegar a pasar que, haciendo uso de semen y óvulos de donantes, se proceda a la fecundación y a la colocación del gameto en el cuerpo de una mujer.

De igual manera, podría suceder que una vez fallecida una persona, se extraigan las células necesarias para la concepción de un nuevo ser, y se haga uso de ellas para la fecundación -por parte de su esposa(o) o pareja-.

Ante estas situaciones, el problema jurídico es evidente; en el caso de la fecundación homóloga y extracorpórea, podría decirse que aquél es menos trascendente, dado que la filiación puede fácilmente deducirse partiendo del supuesto de que la identidad de los otorgantes de los gametos es conocida.

Pero en los restantes, el componente genético puede derivarse de un tercero desconocido; o bien, el organismo de una mujer, puede servir de albergue a un gameto hasta su alumbramiento, y bien podría aquella reclamar su derecho a la maternidad; lo que de igual manera podría ocurrir respecto del (la) donante de alguno de esos gametos.

El lenguaje científico universalmente aceptado para designar las técnicas de fecundación asistida,[62] puede resumirse en los siguientes términos:

Tabla 7. Descripción del lenguaje científico usado en las técnicas de fecundación asistida	
Siglas	**Término**
FIV	FECUNDACIÓN *IN VITRO*
FIVTE	FECUNDACIÓN *IN VITRO* CON TRANSFERENCIA DE EMBRIONES
GIFT	TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETOS (Gameter Intrafallopium Transfer)
IA	INSEMINACIÓN ARTIFICIAL
IAC o IAM	INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CON SEMEN DEL MARIDO O COMPAÑERO, LLAMADA TAMBIÉN HOMÓLOGA.
IAD	INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CON SEMEN DE DONANTE (Se prefiere casi en forma universal a HETERÓLOGA que se usó inicialmente)
TRA	TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA O TÉCNICAS DE PROCREACIÓN ASISTIDA
TE	TRANSFERENCIA DE EMBRIONES
TIG	TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE CIGOTOS

[62] SANZ ÁLVAREZ, Jaime Enrique, *Op. cit.,* pp. 16-17.

A fin de conocer con mayor veracidad los alcances de estas situaciones, se impone detallar los procedimientos, hasta ahora más conocidos, de la fecundación asistida; a saber:

A. La inseminación artificial;
B. La fecundación *in vitro;*
C. La maternidad subrogada; y,
D. La reproducción asexuada o clonación.

2.3.1. La inseminación artificial

A fin de tener un contexto lo más universal posible en torno a la esta técnica, se señalarán los conceptos que, de la misma, proporcionan distintos autores:

En primer lugar Jaime Enrique Sanz Álvarez cita la definición que, respecto a la inseminación artificial, se señalara en el Informe de la Comisión Especial para el Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial, en los términos siguientes: *"Consiste en trasladar el semen de un varón…recogido previamente…al interior de una vagina o del útero de una mujer, sin que se realice el coito entre ambos".*[63]

Por su parte Jorge Eduardo Córdoba y Julio C. Sánchez Torres señalan que la inseminación artificial es el *"acto médico por el que se introduce esperma en el aparato genital de la mujer, en procura de la fecundación. Este procedimiento*

[63] El autor cita como fuente a la Comisión Especial de Estudios de la Fecundación "*in vitro"* y la inseminación artificial. SANZ ÁLVAREZ, Jaime Alberto, *Op cit.* pp. 20,21 y 135.

es artificial en cuanto a la manera de obtenerse el esperma[64] *y por su introducción en el cuerpo de la mujer; pero lo demás, la fecundación y el proceso posterior de multiplicación celular, es natural".*[65]

María Valeria Massaglia de Bacigalupo la define como la *"técnica que consiste en colocar el esperma en una capa plástica que se adapta en contacto directo con el cuello uterino en el momento de ovulación, o bien, se inyecta semen, previamente preparado, mediante una cánula dentro de la cavidad uterina. La unión de los óvulos y espermatozoides se producirá naturalmente en la porción distal de la trompa. Es en ese lugar donde el óvulo será fecundado para luego implantarse en el útero".*[66]

Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez señalan que la ingerminación artificial *"consiste en la fecundación del óvulo a través de ayuda instrumental que permite introducir el semen hasta la mucosa cervical".*[67]

Por su parte, Zannoni refiere al respecto que la inseminación artificial ocurre cuando *"previa extracción del semen, éste es introducido en la vagina, en el cuello del útero*

[64] El autor alude a que la obtención del esperma se obtiene normalmente por masturbación, aunque puede también obtenerse mediante una relación sexual con preservativo. CÓRDOBA, Jorge Eduardo, *et al*. *Op cit.* p. 25.
[65] *Idem*.
[66] MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria. *Op cit.* p. 53.
[67] DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Derecho familiar y sus reformas más recientes a la Legislación del Distrito Federal*, México, Ed. Porrúa, 2005, p. 374.

(inseminación intracervical) o directamente en el interior del útero (inseminación intrauterina)".

Aníbal Guzmán Ávalos señala que tal método de reproducción asistida *"consiste en colocar el semen fresco o congelado en el útero de la mujer, sin contacto sexual y puede ser homóloga o heteróloga. Recibe el nombre de artificial porque ésta conexión entre óvulo y espermatozoide no se hace en forma natural, pero la posterior fecundación y gestación continúan su proceso bajo las leyes de la naturaleza".*[68]

Finalmente Dora García Fernández la define como *"aquella que se lleva a cabo mediante un sencillo proceso que consiste en depositar semen en el fondo de la vagina de una mujer que está en su período fértil".*[69]

Del contenido de los conceptos antes reseñados, puede concluirse que la inseminación artificial se hace consistir en la fecundación del óvulo a través de ayuda instrumental, que permite introducir el semen en la vagina, en la mucosa cervical del útero o directamente en el útero.

Se considera artificial única y exclusivamente en cuanto a la forma en que se obtiene el semen y se introduce en el aparato reproductor femenino; los eventos subsecuentes -la

[68] GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, *La filiación en los albores del siglo XXI,* México, Ed. Porrúa. 2005, p. 187.
[69] GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora y *et al*, *Estudios de Derecho y Bioética,* t. I., México, Ed. Porrúa y Universidad Anáhuac, 2005, p. 27.

fecundación y la anidación o implantación- deberán ocurrir de manera natural.[70]

En este caso, la inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga; en el caso de la primera, el semen proviene del cónyuge, concubino o pareja habitual de la mujer; por su parte, la segunda implica la intervención de un donante -admitiéndose en estos casos, que el semen pueda ser fresco o congelado, de ahí la existencia actual, cada vez más frecuente, de bancos de semen-.

En este tenor, la inseminación artificial heteróloga suele ser clasificada, como lo proponen los autores Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez,[71] en inseminación remedio y de conveniencia.

La inseminación remedio puede darse en dos casos: por esterilidad del marido o compañero y cuando, por causas genéticas, una pareja puede llegar a tener un hijo anormal.

La de conveniencia es aquella que practica una mujer que no quiere tener relaciones con un varón.

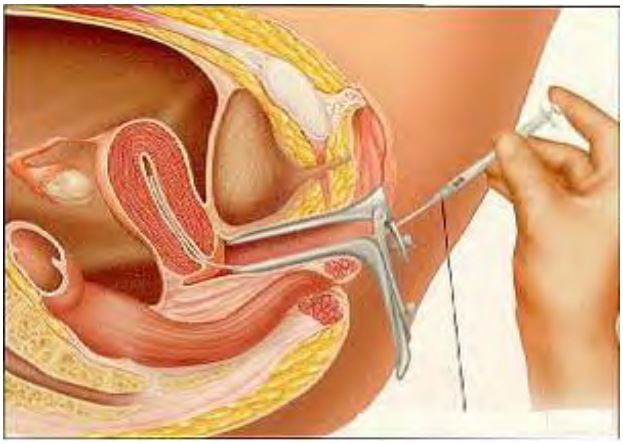
Esta técnica se encuentra indicada para algunas formas de infertilidad femenina tales como: vaginismo, malformaciones y patologías inflamatorias de la vagina o del útero; así como de infertilidad masculina, en los casos de

[70] Es importante señalar que un procedimiento técnico también utilizado en este método, implica la manipulación del semen con el objeto de obtener aquél que reúna las condiciones de calidad requeridas para facilitar la fecundación, esto es, se seleccionaran los espermatozoides que tengan mayor movilidad y capacidad procreativa y de igual manera, se acumularán en número suficiente para garantizar el éxito del procedimiento. *Idem.*

[71] DE LA MATA PIZAÑA, Felipe, *et al, Op cit*., pp. 376-378.

aspermia[72], *astenospermia*[73]y *oligospermia*[74], cuando el hombre sea portador del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) o cuando pueda ser transmisor de alguna malformación genética.

Fig. 16. Representación gráfica de la inseminación artificial



Fuentes: doctorairenematarranz.com y

2.3.2. Transferencia intratubárica de gametos

María Valeria Massaglia de Bacigalupo opina que la técnica de transferencia intratubárica de gametos *"consiste en transferir los gametos (óvulo y espermatozoide) dentro de las trompas de la mujer. La forma de obtenerlos es la misma que la descrita para la fertilización in vitro, deteniéndose el proceso en la laparoscopía para algunos. En este caso, los ovocitos, una vez identificados, son colocados en una cánula junto a los espermatozoides y a través del laparoscopio se*

[72] Ausencia de espermatozoides en el eyaculado. *Idem.*
[73] Lentitud en el movimiento de los espermatozoides que impide la fecundación. *Idem.*
[74] Bajo número de espermatozoides. *Idem.*

devuelven a la trompa. Se dejan transcurrir de 12 a 14 días para comprobar si hubo implantación".[75]

Por su parte, Dora García Fernández, señala que ésta *"es una técnica de fecundación asistida intracorpórea que implica la transferencia simultánea (pero por separado) del espermatozoide y del óvulo, al interior de la trompa de Falopio"*.[76]

Esta técnica es comúnmente conocida por sus siglas en inglés GIFT (Gameter Intrafallopium Transfer).

La misma está indicada para casos de infertilidad femenina -provocada por endometriosis pélvica- o masculina –como oligospermia-, que no pueden ser resueltos mediante la inseminación artificial.

En este sentido, aplica el mismo criterio que el señalado para la inseminación artificial, tocante a que la artificialidad radica en la obtención de las células germinales -ovocito y espermatozoide-, en tanto que los procesos biológicos de fecundación, anidación y gestación; y se distingue de aquella, porque en este caso se obtienen ambos gametos y no solamente los espermatozoides.

Se aplica de manera particular, cuando la inseminación artificial no garantiza resultados satisfactorios; se considera intracorpórea porque se lleva a cabo dentro del cuerpo de la mujer y tiene como ventaja el que las trompas de Falopio son

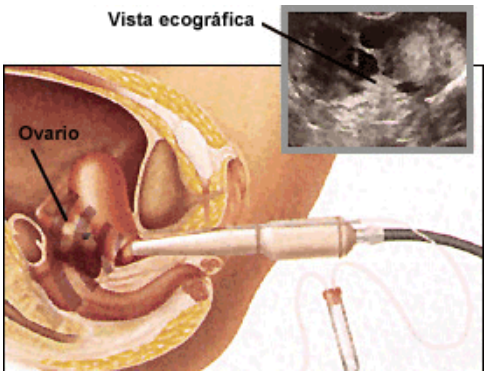
[75] MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Op cit.*, p. 59.
[76] GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora, *Op cit.,* p. 30

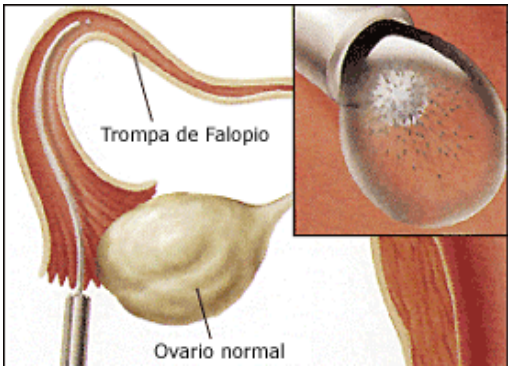
el sitio natural de la fecundación y del desarrollo temprano del embrión.

Las fases de la GIFT son las siguientes:

Tabla 8. Descripción de las bases de la Transferencia Intratubárica de Gametos	
Fase	**Descripción**
Fase 1	Hiperestimulación de la ovulación y obtención de los óvulos (mediante laparoscopía o aspirándolos con una aguja bajo guía ecográfica).
Fase 2	Obtención y preparación del esperma.
Fase 3	Transferencia del esperma y del óvulo (separados por una burbuja de aire) al interior de la trompa.

Figs. 17 y 18. Representaciones gráficas de la transferencia intratubárica de gametos





Fuente: monografias.com

2.3.3. Fecundación *in vitro* o extracorpórea

La autora María Cárcaba Fernández, indica que este tipo de fecundación *consiste en la unión del espermatozoide y del óvulo en un laboratorio, creando un cigoto que tras la división celular adquiere el estatus embrionario siendo transferido al útero de la que va a ser su madre antes del décimo cuarto día a contar desde la fecundación y descontando el tiempo que pudo estar crioconservado.* [77]

Por su parte Jorge Eduardo Córdoba y Julio C. Sánchez Torres, señalan que *"la fecundación in vitro es un proceso médico científico, de varias etapas, tendientes a subsanar problemas de esterilidad de la mujer, y que consiste en la obtención y extracción de células germinales masculinas y femeninas que son puestas en contacto de manera artificial; lograda la fusión y conseguido, por tanto, el embrión fuera del claustro materno, es luego transplantado a éste para que el embarazo siga su curso natural".* [78]

Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez indican que *"la fecundación in vitro consiste en la unión del espermatozoide y del óvulo en un laboratorio, creando un cigoto, que tras la división celular adquiere el estatus embrionario, siendo transferido al útero de la que va a ser su madre antes del décimo cuarto día, a contar desde la*

[77] Referida en la *op cit* en la nota al pie que antecede, aludiendo como fuente de la definición que se acota, el texto denominado "*Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana".* Barcelona. José Ma. Bach, 1995. p. 137.
[78] CÓRDOBA, Jorge Eduardo. *Op cit.* p. 26.

fecundación y descontando el tiempo que pudo estar crioconservado".[79]

Para Rodolfo Ramos, la fertilización *in vitro* consiste en "*sacar los óvulos de la mujer y fertilizarlos in vitro, es decir, en el vidrio o incubadora, y cuando están formados los embriones, implantarlos".*[80]

Finalmente, para Jaime Enrique Sanz Álvarez la fecundación *in vitro "se obtiene en el laboratorio y en una placa de cultivo, cuando el óvulo y el esperma no pueden encontrarse por el mecanismo natural, viene como solución a la infecundidad de la pareja propiciada por la esterilidad de la madre y, en ocasiones, por la concurrencia de causas tanto en el hombre como en la mujer, porque desde luego, la sola esterilidad del padre, puede solucionarse, generalmente con la inseminación artificial…En resumen, la fecundación in vitro debe emplearse para las alteraciones graves de las trompas de Falopio, endometriosis, infertilidad sin causa identificada y por grave escasez de espermatozoides"*.

Aníbal Guzmán Ávalos distingue la inseminación artificial de la fecundación *in vitro* pues esta última "*tiene un procedimiento distinto, ya que ocurre en probeta…Es decir, en la fecundación in vitro se suple a la trompa en sus funciones*

[79] DE LA MATA PIZAÑA, Eduardo y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Op cit.*, p. 382.
[80] RAMOS, Rodolfo, *Op cit.*, p. 21.

de recoger el óvulo, servir de receptáculo a la fecundación y transportar el huevo a la cavidad uterina".[81]

Dora García Fernández estima que este tipo de técnica consiste en *"la fecundación externa de los gametos masculino y femenino, en un medio de cultivo, para posteriormente hacer la transferencia del embrión al útero de la mujer*".[82]

Este tipo de método constituye, en términos generales, a un medio de reproducción que sustituye al sexual; y tiende a solucionar el problema de imposibilidad de concepción que normalmente genera la falta u obstrucción de las trompas de Falopio.

Se distingue de la inseminación artificial porque en ésta lo único artificial es la obtención e introducción del esperma, en tanto que la fecundación se realiza en forma natural; en cambio, en la FIVET, aquella es controlada y llevada a cabo *in vitro* por vía artificial.

Las fases en la FIVET, son las siguientes:

Tabla 9. Descripción de las fases de la fecundación *in vitro*	
Fase	**Descripción**
Fase 1	Obtención de los óvulos mediante inducción[83].
Fase 2	Obtención del esperma.
Fase 3	Fecundación *in vitro* en el medio de cultivo.
Fase 4	Una vez fecundado el óvulo,

[81] GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, *Op cit.,* p. 188
[82] GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora. *Op cit.,* p. 29.
[83] Mediante hiperestimulación ovárica controlada con gonadotropina. *Idem*

	este se transforma en cigoto y posteriormente sufre divisiones meióticas que dan lugar a la mórula[84]. Este estadío es considerado el idóneo para hacer la transferencia.
Fase 5	Transferencia de los embriones al útero de la mujer[85].

La eficiencia puede medirse en la proporción (tasa) de mujeres que logra un embarazo luego de haber aspirado sus folículos o luego de haber transferido embriones al útero.

Sin embargo, considerando que la tasa (proporción) de abortos espontáneos es de aproximadamente 15%, la medida más real de evaluar la eficiencia es midiendo la tasa de partos o la tasa de nacidos vivos por cada 100 ciclos de aspiración folicular y/o transferencia de embriones.

La eficiencia de los procedimientos de reproducción asistida está en gran parte determinada por la calidad de los profesionales y equipamiento del centro.

No obstante, existen condiciones que afectan las probabilidades de embarazo independientemente de la calidad del centro. Estas son: el número de embriones que se transfieren al útero y la edad de la mujer.

Tomando como referencia los resultados obtenidos en Latinoamérica y reportados en el Registro Latinoamericano de

[84] División del huevo hasta el estadío de entre 12 y 16 células. *Idem.*
[85] En un principio era común transferir varios embriones, con el fin de tener más éxito, pero esto tenía como resultado un alto índice de embarazos múltiples. Actualmente se transfieren 3 y excepcionalmente 4, pero hay una tendencia a disminuir la transferencia a 2 embriones y excepcionalmente a 3. *Idem.*

Reproducción Asistida dichas tasas de embarazo se encuentran entre 27% y 38%.[86]

Como se ha referido, el procedimiento que nos ocupa implica la fecundación de una gran cantidad de óvulos para obtener embriones, de los cuáles, se desecharán los que no se consideren idóneos.

Con posterioridad, a fin de ampliar la posibilidad de éxito del mismo, se implantarán en la mujer un buen número de embriones, a sabiendas que la mayoría morirán durante la gestación.

Este tipo de fecundación implica alguna de las siguientes prácticas:

a. Con óvulos de la mujer que va a gestar y con semen de su marido o compañero;
b. Con óvulos de la mujer que va a gestar y, por imposibilidad de su marido o compañero, con semen de un donante;
c. Con óvulos de la mujer que va a gestar y, por conveniencia de ella, con semen de un donante;
d. Con un óvulo donado que se fecunde y se introduzca en el útero de la mujer que gestará y que será la madre;
e. Maternidad subrogada;
f. Que se done el embrión fecundado y se introduzca en el útero de quien será la madre.

La fecundación *in vitro* admite las formas homóloga o heteróloga.

---

[86] _____, *Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida,* [En línea], México, s.l., [citado 12/06/2007], formato htm, disponible en: www.imm.com.mx.

En la primera, intervienen los componentes genéticos de un varón y una mujer que se encuentran unidos en matrimonio o que forman una pareja estable.

Por su parte, la heteróloga consiste en fecundar *in vitro* el óvulo de la madre biológica o un óvulo donado y el semen de un tercero o donador o del padre biológico.

Existen además variantes de la FIVET, que son:[87]

Tabla 10. Variantes de la fecundación *in vitro*	
Variante	**Descripción técnica**
ISCI	Inyección intracitoplásmica de Espermatozoides, que consiste en inyectar un solo espermatozoide en cada óvulo. Una vez inyectados los espermatozoides en los ovocitos, estos son incubados de 16 a 18 horas; posteriormente, son examinados para detectar posibles daños y para determinar si existe evidencia de que se haya verificado la fecundación. Los embriones resultantes entonces pueden ser transferidos al útero de la mujer utilizando las técnicas FIVET o ZIFT, o pueden ser congelados para transferirse más tarde. Con esta técnica se sortean todas las barreras físicas y químicas que impiden

[87] Referidas por Dora García Fernández, *Op cit*. pp. 30-31

	la fertilización y se logra un mayor número de embarazos[88] que con la FIVET clásica[89].
ZIFT	Transferencia Intratubárica de Cigotos, en la que los cigotos se transfieren a las trompas de Falopio en lugar de al útero, con lo que se obtiene un mayor porcentaje de éxitos en comparación con la FIVET. Los cigotos son colocados en los tubos intrafalopianos utilizando un laparoscopio y anestesia general. En ella, la tasa de niños nacidos es de 22.8% por ciclo de recuperación de ovocitos.
TET	Transferencia Intratubárica de Embriones, que se diferencia de la anterior porque se transfieren embriones a las trompas de Falopio, en lugar de cigotos. Los índices de éxito obtenidos son muy semejantes a los de la ZIFT.

2.3.4. La maternidad subrogada

Este tipo de método es posible gracias a la fecundación *in vitro*, y consiste en gestar un ser que procede genéticamente de otra mujer.

[88] Alrededor del 30% con esta técnica, en la FIVET la tasa es del 19%. *Idem*.
[89] MARCÓ, Javier, *Diez temas de reproducción asistida,* Madrid, España, Ed. Ediciones Internacionales Universitarias, 2005, p. 32.

También es conocido como maternidad de alquiler, puesto que, según la opinión de algunos autores,[90] se trata de un verdadero alquiler de vientre.

Es importante distinguir entre los conceptos de maternidad o gestación[91] subrogada y maternidad compartida, que si bien tienen aspectos comunes, son distintas entre sí.

La primera se presenta cuando el embrión[92] de una pareja (padres biológicos) es implantado en el útero de una mujer (portadora), que llevará a cabo la gestación y posteriormente dará a luz, obligándose a entregar el producto a aquellos.

La segunda[93] ocurre cuando una mujer acepta ser inseminada con el semen del varón de una pareja, obligándose a entregar el hijo a ésta; en ella se produce la identificación de la madre portadora y de la genética, de ahí la improcedencia del término subrogada.

Esta técnica da lugar a contar con los servicios de una mujer *para que lleve el embarazo con la intención de entregar*

[90] Entre ellos BOSSERT, Guillermo A. y ZANNONI, Eduardo, quienes han referido que en este tipo de procedimientos pueden generarse situaciones indeseables, como el llegar a convertirse en un verdadero y lucrativo negocio, en el que pueden llevar a intervenir intermediarios para conseguir "madres de alquiler", que, literalmente, alquilen su cuerpo para la gestación de un embrión. BOSSERT, Guillermo A. y ZANNONI, Eduardo, *Op. cit.,* pp. 65.

[91] Los autores CÓRDOBA, Jorge Eduardo y SÁNCHEZ TORRES, Julio C., señalan que el término gestación es más adecuado, en virtud del aporte que realiza la tercera extraña a la pareja, al proceso de procreación; CÓRDOBA, Jorge Eduardo y SÁNCHEZ TORRES, Julio C., *Op cit.,* pp. 154.

[92] El embrión puede ser producto de los gametos de la pareja, o de donante, en el supuesto de infertilidad de aquella. MARCÓ, Javier, *Ibidem*.

[93] En este caso se admite el término maternidad, a diferencia de la gestación sustituta, por el mayor aporte biogenético de la portadora en el proceso de reproducción. MARCÓ, Javier, *Ibidem*.

el niño o la niña, al nacer, a las personas que se lo han encargado.[94]

En esencia, la mujer inseminada es una madre sustituta que ha prestado su útero para que pueda lograrse en él lo que no podría realizar una mujer estéril.

María Valeria Massaglia de Bacigalupo la califica como "maternidad por encargo" o "alquiler de vientres",[95] señalando que se lleva a cabo mediante la introducción de un óvulo fecundado con espermatozoide de su pareja (o de un donante) en el útero de una madre subrogada, para que ahí se lleve a cabo el embarazo, o que el semen del marido fecunde artificialmente *in vitro* al óvulo donado por otra mujer que luego llevará el embarazo y que después del parto se compromete a entregar al producto a la pareja que lo alquiló.

Evidentemente, para esta técnica es indispensable la fecundación *in vitro*, como procedimiento para alcanzar la fecundación; y pueden intervenir hasta 3 madres y 2 dos padres; es decir, la madre biológica que podrá ser uno de los miembros de la pareja o bien, una donante; y, la madre portadora (quien alquila su útero); de igual manera, podrá ser padre el miembro varón de la pareja o un donante del semen.

De esta técnica pueden generarse problemas tales como:

1) Que la mujer gestante desee quedarse con el hijo.

[94] GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, *Op cit.,* p. 188.
[95] MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, *Op cit.*, p. 73.

2) Que antes del nacimiento se detecte alguna anomalía en el bebé y la madre genética solicite el aborto o se niegue a aceptarlo.
3) Que la gestante muera en el parto.
4) Que los padres genéticos se divorcien.

En el caso concreto, no existe regulación alguna en torno al contrato que -en cualquiera de las formas posibles- debe celebrarse entre la madre genética (y en su caso, su marido) y la mujer que alquilará su útero.

Estimo que la maternidad subrogada constituye una técnica de reproducción asistida no admisible en el contexto jurídico mexicano, puesto que implica graves problemas en torno al establecimiento de la relación de filiación entre el producto y sus padres.[96]

2.3.5. La inseminación *post-mortem*

Massaglia de Bacigalupo estima que *este tipo de inseminación suele darse cuando un marido por temor a morir, ya sea porque será sometido a una intervención quirúrgica riesgosa o porque ha sido convocado a la guerra, solicita que congelen su semen expresando su consentimiento por escrito para que sea utilizado mediante inseminación a su mujer en caso de fallecimiento*.[97]

En este caso, sólo puede considerarse como inseminación post-mortem cuando interviene una mujer a

[96] Genéticos o legales. *Idem.*
[97] MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria. *Op cit.* p. 72

quien se le introduce el semen de su marido o pareja, en forma posterior a la muerte de aquél, con la finalidad de tener un hijo del mismo.

Aníbal Guzmán Ávalos la define como *la procreación asistida que realiza la viuda, a través de fecundación artificial con esperma congelado del marido, recogido antes de su muerte.*[98]

En esencia, en este tipo de inseminación se utiliza el semen congelado de un hombre muerto y no supone problemas de esterilidad, sino que, simplemente atiende a la voluntad de la madre.

Por tanto, la misma implica el uso de la técnica denominada *crioconservación*.[99]

Las técnicas de procreación humana médicamente asistida se valen de distintos artificios para lograr mejor resultado, entre los cuáles puede señalarse el del congelamiento,[100] ya sea de embriones o de gametos.[101]

Los cuestionamientos en torno a esta técnica son fundamentalmente de orden ético y no jurídico, pues no existe regulación alguna que prohíba que una mujer viuda utilice el

[98] GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, *Op cit.,* p. 213.
[99] Que no es otra cosa, más que el congelamiento con la finalidad de conservar, vivo, un ser, un órgano, un tejido o una célula.
[100] SAMBRIZZI, Eduardo A., *Op. cit.*, p. 177.
[101] Los primeros bancos de semen se crearon en la década de 1970, pocos años después de advertirse la posibilidad de congelar el semen sin que éste pierda sus características. No obstante y como informa Bossert, ya en 1886 Montegasa propuso la creación de bancos de semen congelado. *Idem.*

semen congelado de su marido muerto, para procurarse una fecundación.

Se estima que la misma atenta contra la naturaleza de la procreación, que debe ocurrir entre vivos.

En segundo término, no tiene ningún fin que la justifique, sino un interés egocéntrico como tratar de prolongar la vida del padre a través del hijo o, en su caso, de ser un hijo póstumo, para reclamar una herencia.

En tercer lugar, seguramente el hijo enfrentará serias confusiones y problemas psicológicos al tratar de entender su origen, naturalmente imposible y que sólo obedeció a la voluntad de su madre.

En este caso, es evidente la pugna de dos valores: el derecho a procrear que tiene todo ser humano; y, el derecho de todo niño a una paternidad responsable por parte de sus progenitores.

Al respecto, atendiendo a las tendencias que en los últimos tiempos se imponen en el campo del derecho, el valor que debe ser privilegiado es el del niño por nacer o del concebido.

En torno al derecho a la procreación, éste pasa a un segundo plano frente al primero.

2.3.6. La reproducción asexuada o clonación

Este tipo de reproducción es identificada también con el nombre de *reproducción asexuada*, y a decir de Mercedes

Alberruche Díaz Flores, *es el proceso mediante el cuál, sin la unión de dos células sexuales y a partir de la implantación del núcleo de una célula con una dotación cromosómica completa en un óvulo al que previamente se le ha extraído un núcleo, se obtiene un ser humano genético idéntico de aquél a quien le ha sido extraída la célula dotada de la totalidad del cromosoma.* [102]

El *Diccionario de la Real Academia Española*, define a la palabra clon alude al *"conjunto de células u organismos genéticamente idénticos, originado por reproducción asexual a partir de una única célula u organismo o por división artificial de estados embrionarios iniciales. 2. Conjunto de fragmentos idénticos de ácido desoxirribonucleico obtenidos a partir de una misma secuencia original".* [103]

Como es sabido, todo organismo vivo se encuentra compuesto por unidades biológicas llamadas células que, agrupadas, conforman lo que se conoce por tejido y éstos, en conjunto, dan lugar al cuerpo del ser vivo.

La clonación es el procedimiento mediante el cuál se obtiene una copia genéticamente idéntica de un organismo determinado, pudiéndose denominar también, con este vocablo, a la obtención de copias idénticas de un gen, mediante técnicas de ingeniería genética molecular.[104]

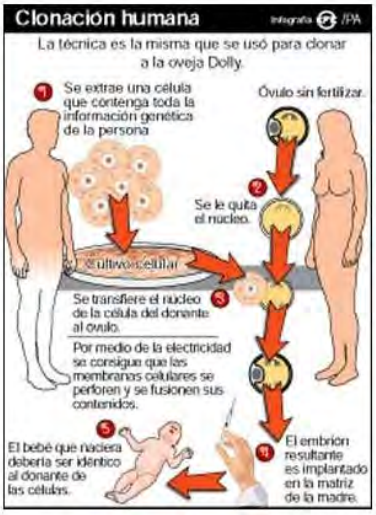
---

[102] ALBERRUCHE DÍAZ FLORES, Mercedes, *La clonación y selección de sexo ¿Derecho genético?,* Madrid, España, Ed. Dykinson, 1998, p. 19.
[103] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA*, Op cit.,* p. 570.
[104] ALBARELLOS, Laura A., *Op cit.,* p. 140.

En este sentido, es un *proceso del cuál resulte la creación de una copia genética idéntica o cercana a lo idéntico de una molécula de DNA, célula, planta, animal o humano*.[105]

Tal técnica constituye esencialmente una manipulación al material genético de un ser; y cuando alude a un ser humano, es decir, cuando se pretende crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, existe una prohibición legal contenida en el artículo 154 del Código Penal Federal vigente que sanciona el pretender manipular genes humanos, de manera que se altere el genotipo; se fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación o cuando se creen seres humanos por clonación o se realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

Fig. 19. Diagrama explicativo de la clonación



Fuente: raquelchelet.blogspot.com

[105] CANO VALLE, Fernando, *Bioética. Temas humanísticos y jurídicos*, México, Ed. UNAM, 2005, p. 151.

2.4. La reproducción asistida y su impacto en la sociedad mexicana

Precisados los métodos de reproducción asistida que, en la actualidad, la ciencia pone a disposición de las personas, es conveniente indicar cuál es la problemática jurídica que puede derivarse de ellas.

Así, la existencia de tales procedimientos, sus efectos y sus consecuencias, representan una serie de retos para aquellos que hacen del derecho una actividad cotidiana; pero particularmente para quienes tienen a su cargo la importante encomienda de impartir justicia, dado que en la aplicación del derecho de familia, los órganos judiciales tienen como función la de preservar el orden público que implican las normas de esa naturaleza.

En el derecho positivo mexicano, existen apenas ligeros asomos de regulación en torno a la fecundación asistida.

Realmente podría considerarse que esas expresiones constituyen un mero intento por contemplar tal situación; y se encuentran considerados en los artículos 326 y 329 del Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo 326 es del siguiente tenor:

> **Artículo 326.** El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se la haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos

> anteriores al nacimiento. Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de la fecundación asistida, si hubo conocimiento expreso en tales métodos.
>
> Por otro lado, el artículo 329 indica:
>
> Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

Tales preceptos legales aluden a la impugnación de la paternidad, estableciendo como limitantes para ello, el que el cónyuge varón haya tenido conocimiento pleno o haya manifestado su consentimiento expreso, en torno al uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

Sin embargo, tales dispositivos no regulan la fecundación asistida propiamente dicha; antes bien, la establecen como una circunstancia específica que impide controversia sobre la paternidad de un hijo por parte del varón.

Se afirma que no regulan tal situación de hecho, puesto que no la definen, tampoco establecen reglas, al menos genéricas, que permitan una atención jurídica a lo que la realidad viene imponiendo.

Se ha señalado con absoluta claridad, que el derecho tiene como razón fundamental, el regular la realidad social a la que se encuentra destinado, de tal suerte que, si en el seno de la sociedad se vienen presentando determinadas situaciones, corresponde al ámbito jurídico no sólo su reconocimiento, sino también, en caso de ser necesaria, su limitación.

Durante años, el tema de la fecundación asistida ha sido debatido y analizado a la luz de puntos de vista de carácter ético, moral y religioso; y es precisamente el hecho de haber centrado el debate sobre ese particular, que ha dado lugar a que no haya trascendido al ámbito del derecho.

Es decir, la gran limitación, no sólo para el reconocimiento jurídico de lo que la ciencia ha puesto al alcance de las personas, sino para la mera discusión del tema, ha sido el otorgar un enfoque de cualquiera de los tipos antes mencionados al mismo, cuando lo correcto es superar una discusión sesgada, y atender la problemática jurídica que puede generarse cuando alguna persona o personas acceden a la fecundación asistida con el objeto de alcanzar un anhelo legítimo y hacer realidad un derecho constitucional: la procreación.

En la actualidad, la infertilidad es un problema en ascenso a nivel mundial, y afecta a ambos sexos: 45 por ciento de los casos se concentran en el hombre y el resto en la mujer.

Además, de dos a tres de cada 10 parejas -casi 30%- tienen problemas de infertilidad y el porcentaje aumenta por la edad.[106]

De igual manera, es de considerarse que, según la opinión de especialistas, a partir del año 2100 el 95 por ciento de los embarazos serán por fertilización *in vitro*.[107]

Por ende, la proyección mundial implica que las técnicas en mención serán cada vez más socorridas.

No debe soslayarse que sólo en la Ciudad de México, existen entre 8 y 10 centros que funcionan como laboratorios de donación de semen;[108] en tanto que a nivel nacional, existen 100 centros que llevan a cabo las técnicas de reproducción asistida.[109]

En la ciudad de Morelia, Michoacán existen, cuando menos 6 seis médicos ginecólogos que ofrecen públicamente servicios relacionados con técnicas de reproducción asistida[110].

---

[106] Según datos referidos por el doctor Héctor Godoy, ginecólogo y especialista en Biología de la Reproducción, adscrito a la Clínica de Reproducción Asistida del Hospital Ángeles del Pedregal, en entrevista concedida a la periodista Nora Rodríguez, publicada en el artículo <<*Métodos de reproducción asistida. ¿Cueste lo que cueste?*>>, inserto en la revista semanal Tentación, Edit. El Despertador, número 50, año 2, México, 2006.

[107] Opinión expresada por el mismo galeno, en la fuente citada.

[108] Este dato fue proporcionado por el doctor Alfredo Góngora, del Centro de Fertilidad Humana, en donde existe un banco de esperma; ello, en entrevista concedida a la periodista Nora Rodríguez, publicada en el artículo <<*Métodos de reproducción asistida. ¿Cueste lo que cueste?*>>, inserto en la revista semanal Tentación, Edit. El Despertador, número 50, año 2, México, 2006.

[109] Dato referido en el artículo denominado <<*Métodos de reproducción asistida. ¿Cueste lo que cueste?*>>, de la periodista Nora Rodríguez, *Op. cit*.

[110] Según datos obtenidos en la Sección Amarilla del Directorio Telefónico publicado en forma anual por la empresa Teléfonos de México, Sociedad Anónima, en su edición

Por ende, la oferta de servicios en materia de biotecnología es considerablemente alta, en proporción a la población.

Como ya se ha expuesto, sus efectos y sus consecuencias, representan una serie de retos para aquellos que hacen del derecho una actividad cotidiana; pero particularmente para quienes tienen a su cargo la importante tarea de impartir justicia pues en materia de derecho familiar, los órganos judiciales tienen como función la de preservar el orden público que reviste a las normas de esa naturaleza.

El Título Segundo del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, dispone los que pueden considerarse, los principios éticos sobre los que debe orientarse toda actividad relacionada con la fecundación asistida;[111] a saber:

El artículo 13 dispone: *"En toda investigación en la que el ser humano sea sujeto de estudio, deberán prevalecer, el criterio del respeto a su dignidad y la protección de sus derechos y bienestar".*

Por tanto, toda actividad técnica relacionada con los seres humanos, particularmente aquella que se oriente a la

2006, apreciándose en el apartado denominado "Médicos", entre otros, a los doctores Alejandra Sotelo Murillo, María Guillermina Corona Verduzco, Abraham Jacobo Jacobo -quien incluso ofrece en forma expresa los servicios de banco de semen e inseminación artificial-, Osiel Equihua Equihua -quien ofrece servicios tales como fertilización in vitro, inseminación artificial y, en general, técnicas de reproducción asistida-, Javier Tenorio Ramos y Ricardo Mendoza Pimentel.

[111] En el entendido de que dichos principios son aplicables a todas las investigaciones en materia de salud, que involucren a seres humanos; por disposición expresa del citado precepto.

investigación para la salud -y obviamente la que alude a la fecundación asistida- deben tener como ejes rectores: la dignidad del ser humano y la protección de sus derechos y bienestar.

De igual manera, el artículo 14 de tal ordenamiento señala que la investigación que se realice en seres humanos, debe desarrollarse conforme a las bases que, en lo que aquí interesan, son los siguientes:

> "(…)
> I. Se ajustará a los principios científicos y éticos que la justifiquen.
> II. (…)
> III. (…)
> IV. Deberán prevalecer siempre las probabilidades de los beneficios esperados sobre los riesgos predecibles.
> V. Contará con el consentimiento informado y por escrito del sujeto de investigación o su representante legal, con las excepciones que este Reglamento señala.
> VI. Deberá ser realizada por profesionales de la salud a que se refiere el artículo 114 de este Reglamento, con conocimiento y experiencia para cuidar la integridad del ser humano, bajo la responsabilidad de una institución de atención a la salud que actúe bajo la supervisión de autoridades sanitarias competentes y que cuente con los recursos humanos y materiales necesarios, que garanticen el bienestar del sujeto de investigación. (…)"

De estas bases se advierten aspectos básicos:

- En la aplicación de las técnicas de fecundación asistida, deben observarse principios éticos y científicos básicos;
- Deben privilegiarse los posibles beneficios frente a los probables riesgos;
- Operará el consentimiento informado de quienes intervienen en ellas; y,
- Deberán ser aplicadas por especialistas autorizados por las autoridades sanitarias.

El tema del consentimiento informado, es el que de manera relevante cabe destacar en este trabajo.

En principio, puede convenirse que el consentimiento es la manifestación consciente de la voluntad para producir consecuencias de derecho.

Sin embargo, no es suficiente que los aspirantes a padres otorguen su consentimiento con la aplicación de la técnica, sino que éste debe ser informado, dotándolos de conocimiento en cuanto a los beneficios y riesgos potenciales, implicaciones y consecuencias de las mismas.

Uno de los rasgos en los que se expresa la necesidad de este consentimiento informado puede localizarse en el contenido de los artículos 150, 151 y 152 del Código Penal para el Distrito Federal, correspondiente a la reforma del 16 de julio del 2002.[112]

[112] Que son del siguiente tenor: *"150. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella ingerminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión. Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión".* "*151. Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quién implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un*

Un aspecto que no debe soslayarse es precisamente el de la posibilidad de éxito en la aplicación de este tipo de técnicas.

En primer término, es importante destacar que no existen criterios unánimes para determinar en forma exacta el índice de éxitos de este tipo de técnicas.

Ello opera particularmente cuando se habla de la fecundación *in vitro*; respecto de la que se puede decir que para el año de 1994,[113] hubo un 16.8% de niños nacidos por esta técnica, respecto al total de ciclos de recuperación de ovocito, un 19% de embarazos clínicos, un 5% de embarazos ectópicos[114] y un 14% de niños nacidos por ciclo emprendido; mientras que hubo un 22% de abortos espontáneos con respecto a los embarazos clínicos.

Entre las personas, existe una percepción casi común que pondera las ventajas de esta técnica frente a sus desventajas, esto es, se considera que la misma se encuentra sobrevalorada.

óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo. Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años". "Artículo 152. Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución".

[113] Datos aportados por GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora -*Op cit.* p. 31-, citando a la *American Fertility Society*, en un estudio que realizara en 1994.

[114] Es decir, embarazos en los que la anidación del embrión ocurre en las trompas de Falopio, que no es el espacio orgánico adecuado para el desarrollo de la gestación, lo que irremediablemente conduce a la práctica de un legrado. *Idem.*

En ello influye el que en las clínicas que prestan ese servicio, se seleccionen los datos que habrán de presentarse a los potenciales pacientes omitiendo resultados en los que la técnica fracasó; cuantificándose como éxitos los abortos espontáneos, los provocados, los niños muertos, los prematuros inviables y los embarazos naturales producto de las relaciones sexuales mantenidas en el período cercano a la realización de la técnica -pues se estila señalar que este tipo de embarazos representan éxitos por tratarse de fecundaciones logradas-.[115]

Estos datos dan lugar a deducir que el índice de éxitos en la técnica que nos ocupa deviene variable.

Puede indicarse que la situación actual de la fecundación *in vitro* de los últimos años, se resume principalmente en los siguientes datos: [116]

- La probabilidad de que un matrimonio tenga un hijo con esta técnica, repetidas las veces que sean necesarias, es del 20% (uno de cada cinco matrimonios) en los mejores censos del mundo[117], mientras que la probabilidad media es del 15% únicamente, lo que significa que el 85% de las parejas no obtiene una fecundación ni tienen un hijo;
- De los embriones creados por esta técnica llega a nacer, como máximo, el 6%, oscilando entre el 3 y

[115] MARCÓ, Francisco Javier, *Fecundación in vitro y manipulación de embriones, Introducción a la bioética,* México, Ed. Méndez Editores, pp. 171-173.
[116] GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora, *Op cit.*, p. 32.
[117] La autora cita los censos de Cambridge, Melbourne y Norford. *Idem.*

> el 6%. Esto significa que en la técnica mueren entre el 94% y el 97% de los embriones formados[118].

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, se observa que las técnicas reconocidas por el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud[119], en forma expresa son: la inseminación artificial (homóloga y heteróloga) y la fertilización *in vitro*; por tanto, puede deducirse que en México no se admiten como tales la maternidad subrogada y la clonación.

La fertilización *in vitro* presupone un problema mucho más profundo que el relativo a la tasa de éxitos que puede ofrecer a los que aspiran a procrear a través de ella.

Este problema se materializa en el hecho de que, con la finalidad de garantizar la eficacia de aquella, los médicos fecundan un número elevado de óvulos, pues el porcentaje de anidación y embarazo resulta ser de 1 o 2 por cada 10.

Al aplicarse esta técnica pueden ocurrir dos situaciones:

La primera se materializa al implantar todos los embriones, estimándose en este caso que la naturaleza realizará la selección correspondiente, es decir, determinará cuáles seguirán su curso de nidación y gestación y cuáles serán desechados *naturalmente*.

---

[118] La autora señala además que en Estados Unidos, en dos años fueron formados 14,713 embriones, de los cuales, únicamente 568 acabaron en nacimientos, lo que supone un porcentaje de supervivencia del 3.7%. *Idem.*

[119] Ver artículo 40, fracción XI, que señala en forma textual: *"Para los efectos de este Reglamento se entiende por: …XI. Fertilización asistida. Es aquélla en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro".*

Al respecto, los especialistas han venido optando por implantar un número máximo de embriones totales a fin de lograr un embarazo que no signifique riesgo grave para los mismos y para la madre potencial, estimándose como tal entre 2 y 3 embriones.[120]

La segunda da lugar a dejar varios embriones disponibles para intentar de nueva cuenta la técnica en caso de que ocurra un fracaso; los embriones excedentes son crioconservados;[121] si el embarazo se logra, entonces serán considerados como *sobrantes* o *supernumerarios*.[122]

Estos embriones podrán ser implantados posteriormente -en caso de que así se desee- a la madre o en mujer distinta.[123]

Lo peor ocurre cuando estos embriones son destruidos o donados para experimentación.[124]

Aquí es donde cabe preguntarnos: ¿Qué son realmente los embriones?

Desde el punto de vista jurídico, a la luz de lo que dispone el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, en íntima vinculación con el ordinal 314, fracción VII, y atendiendo a lo determinado por la Suprema Corte de Justicia

[120] Lo que da lugar a la existencia, en caso de éxito, de embarazos múltiples. *Ibidem.*
[121] Conservados vivos en estado de congelación. *Idem.*
[122] Así los denomina Dora García Fernández, *Op cit.* p. 53.
[123] Caso en el que se hablará de donación de embriones.
[124] Que no es otra cosa más que una forma distinta de destrucción, con fines científicos.

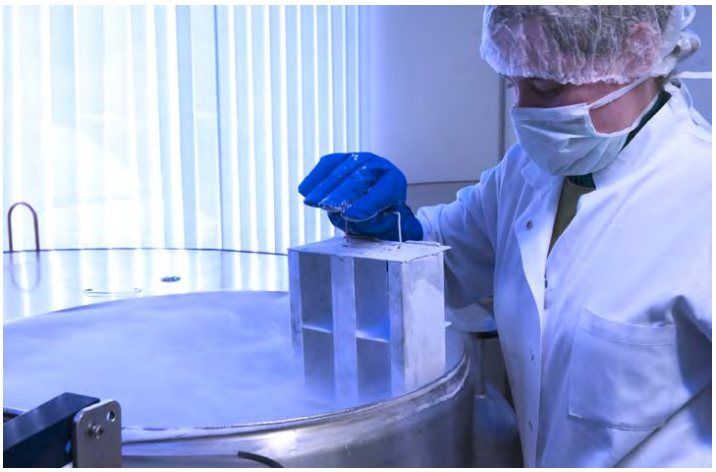
de la Nación,[125] el embrión debe ser considerado como *sujeto de derecho* y, por tanto, cuenta con los derechos de respeto a la vida y a la integridad que dispone la propia Carta Magna.

Las soluciones que, hoy, pueden proponerse a fin de evitar la existencia de embriones *supernumerarios* o *sobrantes*, son los siguientes:

- La limitación en el número de embriones creados a través de la FIVET, a un número no mayor de tres, que son los recomendados para su implantación en una sola ocasión.
- Obligar a las clínicas especializadas en la aplicación de estas técnicas a informar a los aspirantes a padres de los supuestos que pueden presentarse con la técnica -ventajas y desventajas- y con los embriones.

Figs. 20 y 21. Criogenización

[125] En la tesis P.J. 14/2002, que cuenta con el rubro: "**DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES"**, visible en la página 588, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, T. XV, febrero del 2002, Novena Época, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.



Fuente: elrincondelarte-lebron.blogspot.com y jorge-planas.clinicaplanas.com

2.5. Conclusiones

Las técnicas de fecundación asistida admiten fundamentalmente dos modalidades: la homóloga y la heteróloga; entendiéndose por la primera, aquella en la que las células germinales que se utilizan en ellas corresponden a los usuarios; y, por la segunda, en la que los gametos corresponden a donantes, es decir, terceros ajenos a los usuarios.

Por células germinales o gametos humanos, debe entenderse las células reproductoras masculina y femenina, es decir, el espermatozoide y el óvulo, capaces de dar origen a un embrión.

La donación de células germinales se encuentra permitida por la ley, siempre que en ella operen los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad;

de manera tal que el comercio de espermatozoides y óvulos se encuentra prohibido.

Las técnicas de fecundación asistida más usuales, en términos de científicos, son las siguientes: a. La inseminación artificial; b. La fecundación *in vitro; c*. La maternidad subrogada; y, d. La reproducción asexuada o clonación.

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, admite como únicas técnicas de fecundación asistida permitidas, a la inseminación artificial y a la fecundación *in vitro*, tanto homóloga como heteróloga.

En tanto que no se reconoce como tal a la maternidad subrogada y se prohíbe expresamente, en el Código Penal Federal, a la clonación.

CAPÍTULO 3
LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL DERECHO COMPARADO

En este apartado se efectuará un ejercicio comparativo de la regulación que, a nivel mundial, aplica en materia de fecundación asistida.

Para ello, se hará uso de un criterio eminentemente descriptivo, haciendo referencia expresa a la legislación que aplica en esta materia en el país de que se trate y a su evolución, para finalmente referirnos al caso particular de México.

Lo anterior dará lugar a la posibilidad de apreciar las diferencias y semejanzas existentes entre unas y otras.

A fin de contar con un mejor contexto en torno al tratamiento que, en distintas latitudes se ha venido dando al tema de la fecundación asistida, se analizarán las diversas legislaciones que países como España, Inglaterra, India, Costa Rica, Argentina y Perú se han emitido al respecto.

Con una finalidad meramente referencial, debe indicarse que en Suecia se encuentra en vigor, desde 1984, la Ley sobre la Inseminación Artificial y desde 1988, la Ley sobre la fecundación *in vitro.*

En Dinamarca, existe la Ley sobre el establecimiento de un Consejo Ético y la regulación de algunos experimentos biomédicos, vigente a partir de 1987.

Por otro lado, en Alemania existe la Ley sobre protección del embrión humano, a partir de 1990; en Francia, existe la Ley relativa al respeto del cuerpo humano y la Ley relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica, a la procreación y al diagnóstico prenatal, desde 1994.

Procede analizar ahora el caso particular de los países enlistados en el primer párrafo de este apartado.

3.1. España

En España se encuentra en vigor la Ley número 14/2006, del 26 de mayo del año 2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida,[126] promulgada por el Rey Juan Carlos I.

Los objetos de esta legislación son:

- Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, acreditadas científica y clínicamente indicadas;[127]
- Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas por la ley;[128] y,

[126] Citando el decreto publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 126, de 27 de mayo del 2006. BRENA SESMA, Ingrid, *et al.,* "*Código de Leyes sobre genética"*, T. I, México, UNAM. pp. 223-241.
[127] Artículo 1.1.a. *Idem.*
[128] Art. 1.1.b. *Idem.*

- La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.[129]

Ahora bien, los aspectos más relevantes de la Ley que nos ocupa son los siguientes:

- Se otorga reconocimiento jurídico al término preembrión, definiéndolo como *el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde*;[130]
- Se prohíbe en forma expresa la clonación en seres humanos con fines reproductivos;[131]
- Se autoriza la realización de las técnicas de reproducción asistida sólo cuando operen las condiciones siguientes:
  1. Cuando haya probabilidades razonables de éxito;
  2. Cuando no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia;
  3. Cuando opere la aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá ser anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.[132]

[129] Art. 1.1.c. *Idem.*
[130] Art. 1.2. Por tanto, se asume como jurídicamente correcta la teoría de la anidación en cuanto al comienzo de la vida humana que fue analizada con anterioridad. *Idem.*
[131] Art. 1.3. *Idem.*
[132] Art. 3.1. De hecho, la aceptación debe ser reflejada en un formulario de consentimiento informado en el deberá hacerse mención expresa de todas las condiciones concretadas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación; incluso, se admite la posibilidad de que la mujer solicite la suspensión de la aplicación de la técnica en cualquier momento anterior a la transferencia embrionaria, debiendo atenderse a su petición. *Idem.*

- Para la fecundación *in vitro* –afines- sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer, en cada ciclo reproductivo;[133]
- Se admite la donación de gametos y preembriones, a través de un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado;[134]
- Se reconoce la calidad de usuario de las técnicas de fecundación asistida a toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar, siempre que haya prestado su consentimiento de manera libre, consciente y expresa;[135]
- La ley trata además de la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida y su determinación legal;[136]
- Se establecen limitantes a la inseminación *post-mortem*;[137]

[133] Art. 3.2. *Idem.*

[134] Art. 5.1. En este caso, se define como centro autorizado a aquellos autorizados por la autoridad sanitaria correspondiente. La donación además debe estar revestida también del llamado consentimiento informado, pues el artículo 5.5. dispone que deberá hacerse del conocimiento de los donantes de los fines y consecuencias del acto; amén de que debe garantizarse a los donantes la confidencialidad de sus datos; autorizándose a los hijos nacidos por ese tipo de técnicas a obtener información por sí o por conducto de sus representantes legales, a obtener información general de los donantes, que no incluya su identidad, pudiendo revelarse ésta en casos extraordinarios que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo, prohibiéndose la publicidad de dichos datos. Es importante destacar que el artículo 5.6. indica que los donantes deberán tener más 18 años, buen estado de salud psico-física y plena capacidad de obrar. El artículo 6.4. dispone que la elección del donante está a cargo del personal médico y no de la receptora. *Idem.*

[135] En este sentido, el artículo 6.1. alude a la imposibilidad de discriminar a una mujer en su calidad de usuaria de las técnicas, por razón de su estado civil y orientación sexual; estableciéndose además en el ordinal 6.3. que si la mujer estuviere casada, deberá contarse además con el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho; en este caso, el consentimiento deberá reunir los requisitos de expresión libre, consciente y formal. *Idem.*

[136] Al respecto, los artículos 7 y 8 señalan que la filiación se regulará por las Leyes civiles; que en la inscripción en el Registro Civil no deberá reflejar datos de los que se pueda inferir el carácter de la procreación; se dispone además que cuando la mujer y su marido hayan prestado su consentimiento para la aplicación de la fecundación con contribución de donante o donantes, no podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de la fecundación. *Idem.*

- Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin aprobación, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero;[138]
- Se admite la crioconservación de preembriones sobrantes de las técnicas de fecundación *in vitro* que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo en los bancos autorizados para ello;[139]
- En cuanto a los destinos de los preembriones crioconservados se admiten: a) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge; b) La donación con fines reproductivos; c) La donación con fines de investigación; y, d) El cese de su conservación sin otra utilización; para ello, se requiere del consentimiento informado de la mujer, y en caso de que se encuentre casada, también de su marido;[140]
- Finalmente, en el Anexo de la Ley, inciso A, se reconoce como técnicas de fecundación asistida a las siguientes: 1. Inseminación artificial; 2. Fecundación *in vitro* e inyección intracitoplásmica de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o de donante y con

[137] En este sentido, el artículo 9.2. el marido puede prestar su consentimiento -mediante formulario-, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, generándose en caso de ocurrir una fecundación, una filiación matrimonial; pudiendo ser revocado el consentimiento antes de la realización de las técnicas; no se admite filiación o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de técnicas de fecundación asistida y el marido fallecido cuando el material reproductor -células germinales- de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. *Ídem.*

[138] Ver arts. 10.1 y 10.2, que prohíben por tanto la maternidad subrogada; señalando además que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. *Ídem*.

[139] Ver arts. 11.3; en este caso, se admite la prolongación de la crioconservación por el tiempo en que se considere por los responsables médicos. *Ídem.*

[140] Ver arts. 11.4 y 11.5; en este sentido, se establece como procedimiento el que cada 2 años, como mínimo, se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora, la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente; si no se pudiese obtener en 2 ocasiones sucesivas esa renovación o modificación, los preembriones quedarán a disposición de los centros en que se encuentren crioconservados, pudiendo ser utilizados para los fines antes mencionados, con las exigencias de confidencialidad y anonimato, gratuidad y ausencia de ánimo de lucro. *Ídem.*

transferencia de preembriones; y, 3. Transferencia intratubárica de gametos.[141]

3.2. India

La India cuenta con la legislación especializada en materia de fertilización denominada *Artificial Fertilisation Act.*[142]

El primero de dichos artículos se ocupa de las definiciones propias de las técnicas de fecundación asistida, de las que pueden destacarse las siguientes:

- Se define a la fertilización artificial en los siguientes términos: *Conception resulting from artificial insemination or in vitro fertilisation;*[143]
- La inseminación artificial es considerada como: "*Process whereby sperm are placed in or near the reproductive organs of woman, other than by sexual intercourse";*[144]
- La fertilización in vitro se define como: "*Process whereby an ovum, which has been removed from a woman"s body, is fertilised by sperm outside de body";*[145]

[141] Como antecedente de esta Ley, se encuentra la 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, a la que le siguió el Real Decreto número 412/1996, de 1º de marzo, por el que se establecieron los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de Reproducción Humana, publicado en el Boletín Oficial del Estado del 23 de marzo de 1996.

[142] Acta número 55, del 29 de mayo de 1996. BRESNA Sesma, Ingrid, *et al. Op cit*. p. 702.

[143] "Fertilización artificial. Concepción resultante de la inseminación artificial o de la fertilización in vitro". *Ídem*.

[144] "Proceso por el que el esperma es colocado dentro o cerca de los órganos reproductivos de una mujer, de manera distinta a la cópula sexual". *Ídem*.

[145] "Proceso por el que un óvulo, que ha sido removido del cuerpo de una mujer, es fertilizado por esperma fuera del cuerpo". *Ídem.*

- Se reconoce como gametos al óvulo y al espermatozoide;[146]
- Se define al embrión como *"Fertilised ovud at all stages of development, from fertilisation until de foetal stage"*;[147]
- Se reconoce la calidad de calidad de donante a: *"Individual who provides another with gametes";*[148]
- Se identifica a la maternidad subrogada, en los términos siguientes: *"Surrogacy: Artificial fertilisation performed on a woman who intends to carry a child for another woman, and has agreed before the pregnancy to give up de child inmediately afther the birth".*[149]

Tal legislación, admite solamente la fecundación asistida en los términos siguientes:

- Las técnicas sólo pueden ser aplicadas por instituciones de salud que hayan obtenido licencia por el Ministerio de Salud y bajo la supervisión de especialistas en ginecología y obstetricia;[150]
- Se admite el uso de fertilización artificial sólo:
  a. Para la mujer que antes del procedimiento viva con un hombre, casada o en una relación no formal, continuamente por los últimos 3 años, quien deberá otorgar el consentimiento por escrito en presencia de testigos;

[146] Artículo 1º, que señala: "*Gametes: Ova and sperm". Ídem.*
[147] "Óvulo fertilizado por todos los estados de su desarrollo, desde la fertilización hasta el estado fetal". *Ídem.*
[148] "Individuo que provee a otro sus gametos". *Ídem.*
[149] "Subrogación: Fertilización artificial llevada a cabo en una mujer que tiene la intención de llevar consigo el hijo de otra mujer, y ha aceptado antes del embarazo, el dar el niño inmediatamente después del nacimiento". *Ídem.*
[150] Ver artículo 2, que señala: *"Artificial fertilisation may only be carried out at a health institution which has obtained a licence from the minister for that purpose and under the supervision of specialists in gynaecology and obstetrics". Idem.*

b. Deberá garantizarse la salud física y mental y circunstancias sociales adecuadas de la pareja;
c. Que otros procedimientos para atacar la infertilidad hayan fallado o no sean disponibles.[151]

- Sólo se permite la fertilización *in vitro*, con el uso de gametos de la pareja, admitiéndose únicamente el uso de óvulos o esperma donados cuando el hombre o la mujer sean infértiles, o bien, cuando exista riesgo serio de transmisión de una enfermedad hereditaria;
- No se admite la donación de embriones;
- No se admite la maternidad subrogada.[152]

3.3. Reino Unido

En Inglaterra existe la *Ley de Fertilización Humana y Embriología*, del 1º de noviembre de 1990,[153] que regula las actividades relacionadas con las técnicas de fecundación asistida.

En esta legislación, los aspectos más relevantes a destacar son los siguientes:

[151] Ver artículo 3º. *Idem.*
[152] Los últimos 3 aspectos se encuentran contenidos en el artículo 6 de la ley, que señala: "*In vitro fertilisation may only be carried out with the gametes of the couple. It shall however be permitted to use donor gametes if the fertility of the man or the woman is impaired, if Esther of them has a serious hereditary disease or there are other medical reasons for use donor gametes. Donation of embryos is not permitted. Surrogacy is not permitted". Idem.*
[153] Su nombre oficial es "Ley que regula y dispone lo concerniente a los embriones humanos y a cualquier desarrollo posterior de los mismos; que prohíbe ciertas prácticas relativas a embriones y gametos; que crea el Consejo de Fertilización Humana y Embriología; que dispone qué personas han de ser tratadas en determinadas circunstancias como padres de un niño; y que modifica la Ley de Trámites para la Subrogación de 1985". BRESNA Sesma, Ingrid*, et al, Op cit.* p. 865-904.

- Se define al embrión como *"el embrión humano vivo cuando la fertilización se encuentre completamente consumada";*[154]
- Se prohíbe que un embrión sea almacenado o utilizado después de que haya aparecido "la línea primigenia";[155]
- Se requiere autorización expresa para colocar esperma y óvulos dentro de una mujer;[156]
- No obstante que se admite la maternidad subrogada, el artículo 36.1.1A. dispone que ningún acuerdo de subrogación podrá ser ejecutado coactivamente por o contra ninguna de las personas participantes;
- Se admite la objeción de conciencia, como mecanismo que permite a las personas el negarse a participar en cualquiera de las actividades reguladas por la ley;[157]
- El consentimiento para el uso de gametos y embriones debe constar por escrito y acorde al Apéndice III de la citada legislación.[158]

3.4. Costa Rica

En este país latinoamericano, el Decreto para la Regulación de la Reproducción Asistida, se emitió con el número 24029-S[159], por el Presidente de la República de

[154] Art. 1.1.a.; tal definición se extiende al huevo en proceso de fertilización, y para este efecto, la fertilización sólo se considerará consumada y completa cuando aparezca un cigoto de dos células. *Ídem.*
[155] Art. 3.3.a.; al respecto, el artículo 3.4. señala que la línea primigenia ha hecho su aparición al final del período de catorce días que comienza el día en que los gametos se mezclan, sin que se compute para ese efecto el tiempo durante el cuál pueda permanecer el embrión almacenado. *Ídem.*
[156] Art. 4.3. *ídem.*
[157] Art. 38.1. *Idem.*
[158] Art. 1 del Apéndice III. El consentimiento otorgado admite además la modificación o revocación. *Ídem.*
[159] _____, *Decreto para la Regulación de la Reproducción Asistida* [En línea], Costa Rica, s.l., [citado 22/05/2007], formato htm, disponible en www.netsalud.sa.cr/ms/decretos/dec5.htm.

Costa Rica y el Ministro de Salud de ese mismo Estado, que es quizá el caso más próximo en Latinoamérica sobre este tema.

Este decreto emitido por el Presidente y el Ministro de Salud de esa República, en el que destacan los siguientes aspectos:

- La realización de técnicas de reproducción se encuentra autorizada únicamente para cónyuges;
- Se definen a los métodos de reproducción asistida, como todos aquellos procedimientos artificiales en los que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio;
- Solo está autorizada su práctica, por equipos profesionales interdisciplinarios debidamente capacitados, en establecimientos acreditados por el Ministerio de Salud;
- Las células germinales -óvulo y espermatozoide-, deben proceder de la pareja conyugal;
- Sólo pueden ser utilizados en técnicas de reproducción asistida homólogas;
- Sólo se permite la utilización de células germinales provenientes de tercera persona donante, mayor de edad y soltera, como último recurso médico terapéutico dentro de las técnicas de reproducción asistida, cuando la pareja conyugal, aún por medio de las citadas técnicas homólogas, no pudiera concebir.
- Para este caso, se requiere autorización expresa del Ministerio de Salud, quien deberá oír la recomendación del Comité de Reproducción de Seres Humanos del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica;

- Se autoriza la donación de células germinales por una sola vez, si con su aporte se logra el nacimiento;
- El hijo que nazca como resultado de un tratamiento de técnicas de reproducción asistida, será considerado como hijo de matrimonio, aún cuando en dicho tratamiento haya participado una tercera persona, donante de células germinales;
- En casos de fertilización *in vitro*, se prohíbe en forma terminante la fertilización de más de seis óvulos de la paciente, por ciclo de tratamiento;
- Todos los óvulos fertilizados, deben ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando prohibido desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes;
- Se prohíben las maniobras de manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo;
- Se prohíbe terminantemente comerciar con células germinales, para ser destinados a tratamiento de pacientes en técnicas de reproducción asistida, sean éstas homólogas o heterólogas.

Es menester señalar que mediante el voto 2000-02306 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, se declaró inconstitucional el decreto antes mencionado, aduciéndose en primer término que la vida humana comienza con la fecundación, siendo el embrión la forma original y más joven del ser humano, refiriendo que el concepto pre-embrión no existe, ya que anterior a la formación del embrión lo que existe es un espermatozoide y un óvulo, los cuáles al unirse forman un cigoto o embrión y desde ese

momento se comienzan a formar las características del nuevo ser.

3.5. Argentina

La República de la Argentina carece de legislación particular en materia de fecundación asistida propiamente dicha.

Sin embargo, el entonces titular del Poder Ejecutivo de esa Nación, el 7 de marzo de 1997 emitió el decreto número 200/97,[160] en acuerdo con el Consejo de Ministros y de acuerdo con las facultades conferidas al presidente de la nación Argentina, por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, mediante el que prohibió los experimentos de clonación relacionados con seres humanos; que resulta relevante para este trabajo pues retoma el criterio sostenido mundialmente en torno a esta forma de reproducción asexuada de seres humanos.

Tal decreto consta de 4 artículos; el primero señala en forma expresa: *"Prohíbense los experimentos de clonación relacionados con seres humanos"*; por el segundo, se encomienda al Ministerio de Salud y Acción Social que en un plazo no mayor de 60 días elabore el proyecto de ley respectivo; los restantes aluden a trámites de orden legislativo y de publicidad.

[160] BRENA SESMA, Ingrid, *et al*, *Op cit,* p. 18

Las consideraciones sostenidas para su emisión pueden resumirse en las siguientes:

- Se estima que el Estado tiene la función indelegable de defender la dignidad de la persona humana, la preservación de su salud y la calidad de vida de los habitantes;
- Se considera que el Estado debe asegurar y garantizar el correcto empleo de los procedimientos y técnicas de uso y aplicación en los seres humanos;
- Se tomó en cuenta que los avances científicos que son del conocimiento público, posibilitan la realización de experimentos de clonación humana;
- Consideró que este tipo de experimentos plantean problemas éticos y morales que se contraponen a las pautas y valores culturales propios del pueblo argentino; y,
- Se calificó de urgente necesidad, la reglamentación, control y fiscalización de todas las actividades relacionadas con los experimentos de clonación, en particular con seres humanos.

3.6. Perú

En el caso de Perú, es menester traer a colación el contenido del artículo 7 de la Ley General de Salud,[161] que reconoce a toda persona el derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, en los términos siguientes:

> "*Artículo 7*. Toda persona tiene el derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética recaiga

[161] Ley número 26842. BRENA SESMA, Ingrid, *et al. Op cit*. p. 847.

> sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.
>
> Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos".

De este precepto legal, pueden deducirse las características que, en el Perú, rigen a las técnicas de fecundación asistida:

- Se reconoce a todas las personas el derecho a procrear, pudiendo hacer uso para ello de las técnicas de fecundación asistida;
- Se prohíbe el uso de óvulos donados y la maternidad sustituta o subrogada;[162]
- Se establece como condición para acceder a las técnicas de fecundación asistida, el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos;[163]
- Se prohíbe la fecundación de ovocitos con fines distintos a la procreación;
- Se proscribe la clonación humana.

Por su parte, el artículo 324 del Código Penal Peruano, reformado el 16 de enero del 2002, por la ley número 27636,[164] estima como delito contra la humanidad, la manipulación genética, planteando que toda persona que

[162] Lo anterior, al establecer como requisito que la condición de la madre genética recaiga sobre la misma persona; pudiendo identificarse como "madre genética" a la titular del material genético del ovocito; por tanto, en modo alguno podrá permitirse que el óvulo proceda de persona distinta a aquella que va a someterse a la técnica. *Ídem.*

[163] Se retoma de nueva cuenta el espíritu de consentimiento informado que rige en distintas legislaciones, al igual que la expresión formal y por escrito de dicho consentimiento. *Ídem.*

[164] BRENA SESMA, Ingrid, *et al*, *Op cit.* p. 851.

haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

Carlos Cárdenas Quirós, en el trabajo que denominó "*Fecundación extracorpórea, protección jurídica del embrión y reforma del Código Civil del Perú"*[165], realizó un análisis interesante en torno al proceso de reforma a la Codificación Sustantiva Civil del Perú, mediante la elaboración de un anteproyecto de ley de reforma a la misma, a la luz de los fenómenos que imponen las técnicas de fecundación asistida.

En ese trabajo se parte de la premisa de que la fecundación *in vitro* comporta problemas jurídicos; entre ellos, los relacionados con el derecho de los concebidos a través de esa técnica.

Al respecto, se trae a colación el contenido del artículo 1º del Código Civil peruano,[166] que establece una distinción entre la expresión "sujeto de derecho" y "persona"; estimándose que el primero es el ente al cuál el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes; en tanto que persona es el hombre, una vez nacido, como individuo.

[165] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, T. II, Buenos Aires, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, pp. 265-280.
[166] Que dispone: "La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo". *Idem.*

Se estima además, tras un estudio de la legislación antes mencionada, que los embriones obtenidos *in vitro* son seres humanos, no obstante lo cuál, en la gran mayoría de los casos, muchos de ellos, por no haber sido implantados, son destruidos, pasan a ser objeto de experimentación no directamente terapéutica o son congelados, lo que ocasiona un *daño a la persona*.

Finalmente, alude al proceso de conformación del anteproyecto de ley de reforma a que se ha hecho referencia, en el que se propone que el artículo 1º -antes mencionado- del Código Civil, para ahora establecerse: *"La vida humana empieza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho. Goza de manera actual de todos sus derechos. Los derechos personales se extinguen si el concebido muere. Tratándose de los derechos patrimoniales los readquiere el titular original o, en su caso, sus sucesores".*

Es evidente que se ha suprimido el primer párrafo del ordinal antes mencionado, a través del cuál se consideraba a la persona humana como sujeto de derecho desde su nacimiento; manteniéndose el principio relacionado con el inicio de la vida humana, puntualizándose la condición de sujeto de derecho del concebido, sin distinguir su origen uterino y extrauterino.

Con ello se determina que el concebido, por el simple hecho de serlo, goza de manera actual de todos sus

derechos -tanto los de orden propiamente personal, como patrimonial-.

3.7. México

En el caso de México y como punto de referencia, es importante señalar el marco jurídico que deviene aplicable al tema que nos ocupa.

En primer término, conviene aludir al artículo 4º de la Constitución General de la República, que señala:

> **Artículo 4º**. El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Por otro lado, la Ley General de Salud, en torno a la fecundación asistida, señala:

> **Artículo 68**. Los servicios de planificación familiar comprenden: (*…)*
> IV. El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y *biología de la reproducción humana*.

Articulo 100. La investigación en seres humanos se desarrollará conforme a las siguientes bases:

I. Deberá adaptarse a los principios científicos y éticos que justifican la investigación médica, especialmente en lo que se refiere a su posible contribución a la solución de problemas de salud y al desarrollo de nuevos campos de la ciencia médica;
II. Podrá realizarse sólo cuando el conocimiento que se pretenda producir no pueda obtenerse por otro método idóneo;
III. Podrá efectuarse sólo cuando exista una razonable seguridad de que no expone a riesgos ni daños innecesarios al sujeto en experimentación;
IV. Se deberá contar con el consentimiento por escrito del sujeto en quien se realizará la investigación, o de su representante legal en caso de incapacidad legal de aquél, una vez enterado de los objetivos de la experimentación y de las posibles consecuencias positivas o negativas para su salud;
V. Sólo podrá realizarse por profesionales de la salud en instituciones médicas que actúen bajo la vigilancia de las autoridades sanitarias competentes;
VI. (…)

Artículo 314. Para los efectos de este Título se entiende por: (…)

I. Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión; (…)

Artículo 320. Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente título.

> **Artículo 321**. La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para transplantes.

En materia regulatoria, existe también el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, que en lo conducente, dispone:

> **Artículo 13**. En toda investigación en la que el ser humano sea sujeto de estudio, deberán prevalecer, el criterio del respeto a su dignidad y la protección de sus derechos y bienestar.
>
> **Artículo 14**. La Investigación que se realice en seres humanos deberá desarrollarse conforme a las siguientes bases:
>
> I. Se ajustará a los principios científicos y éticos que la justifiquen;
> II. Se fundamentará en la experimentación previa realizada en animales, en laboratorios o en otros hechos científicos;
> III. Se deberá realizar sólo cuando el conocimiento que se pretenda producir no pueda obtenerse por otro medio idóneo;
> IV. Deberán prevalecer siempre las probabilidades de los beneficios esperados sobre los riesgos predecibles;
> V. Contará con el consentimiento informado y por escrito del sujeto de investigación o su representante legal, con las excepciones que este reglamento señala. (…)”

Artículo 40. Para los efectos de este Reglamento se entiende por:

I. Mujeres en edad fértil. Desde el inicio de la pubertad hasta el inicio de la menopausia.
II. Embarazo. Es el período comprendido desde la fecundación del óvulo (evidenciada por cualquier signo o síntoma presuntivo de embarazo, como suspensión de menstruación o prueba positiva del embarazo médicamente aceptada) hasta la expulsión o extracción del feto y sus anexos.
III. Embrión. El producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la duodécima semana de gestación.
IV. Feto. El producto de la concepción desde el principio de la decimotercera semana de la gestación hasta su expulsión o extracción.
V. Óbito Fetal. La muerte del feto en el útero.
(…)
XI. Fertilización asistida. Es aquélla en que la inseminación es artificial (homóloga y heteróloga) e incluye la fertilización in vitro.

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

Por su parte, el Código Penal para el Distrito Federal, con motivo de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 16 de julio del 2002, dispone:

Artículo 149. A quien disponga de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días de multa.

Artículo 150. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años y aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión
Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.

Artículo 151. Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quién implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo.
Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años.

Artículo 152. Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.

Artículo 153. Cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de

pareja, los delitos previstos en los artículos anteriores se perseguirán por querella.

Artículo 154. Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.
II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana.
III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

Artículo 153. Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal, señala:

Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

Artículo 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.
En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

Artículo 326. El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se la haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento. Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de la fecundación asistida, si hubo conocimiento expreso en tales métodos.

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

Finalmente, el Código Familiar para el Estado de Michoacán, prevé al respecto:

Artículo 150. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio, socorrerse mutuamente, procurarse ayuda, solidaridad y asistencia.

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, así como emplear, en los términos que señala la Ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia.

Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Artículo 261. Son causas de divorcio: (…)

XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge;

Artículo 301. El parentesco de consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan. (…)

3.8. Conclusiones

La regulación que ha sido detallada en este capítulo, correspondiente a países tales como España, India, Reino Unido, Costa Rica, Argentina, Perú, permite arribar a la convicción de que en el contexto internacional existe una regulación lo suficientemente avanzada en materia

de reproducción asistida, que se corresponde con el grado de desarrollo jurídico y cultural de dichas naciones.

Es advertible que en esos casos, se ha procurado establecer legislaciones no solamente de carácter genérico en torno a este tipo de técnicas, sino también específicas respecto a algunas de ellas; advirtiéndose como nota común la prohibición expresa de la clonación.

En el caso de México, dicha regulación aún no se encuentra suficientemente desarrollada, pues la Ley General de Salud solamente sienta las bases para ese objeto, empero sus efectos jurídicos en materia de filiación se encuentran limitados a meros esbozos en la legislación civil federal y en la familiar del Estado de Michoacán.

CAPÍTULO 4
LA FECUNDACIÓN ASISTIDA Y EL DERECHO CIVIL MEXICANO Y FAMILIAR MICHOACANO

La fecundación asistida, como fenómeno técnico y científico, que tiende a hacer realidad el derecho constitucional a la procreación para aquellas personas que adolecen de padecimientos fisiológicos que les impiden engendrar por sus propios medios, impacta decisivamente en el ámbito del derecho familiar, virtud a los vínculos jurídicos que se crean entre quienes acceden a este tipo de métodos y el producto o productos que se procrean a través de ellos.

Estos vínculos jurídicos pueden resumirse en el fenómeno de la filiación, al que se referirá este apartado con posterioridad.

En el mismo analizará simultáneamente el tratamiento que se da a la institución de la filiación en el Código Civil para el Distrito Federal (norma que además de ser aplicable en el ámbito civil a nivel federal, sirve como referencia para las restantes legislaciones en ese ámbito en la República) y en el Código Familiar para el Estado de Michoacán, atendiendo a la similitud que al respecto se advierte entre ambos.

4.1. Concepto de filiación

La filiación, figura jurídica de las más importantes del derecho de familia, que guarda vinculación esencial con una

de las fuentes generadoras de las relaciones de derecho familiar, en términos de lo que dispone el artículo 7º del Código Familiar para el Estado de Michoacán.[167]

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal no contiene disposición análoga a la comentada.

Tal institución ha sido estimada como *una de las notas del estado de familia, la de mayor jerarquía dentro del parentesco y portadora de las más importantes consecuencias jurídicas*.[168]

En opinión de Abel Fleitas Ortiz de Rozas, la filiación alude al *lazo de parentesco existente entre los padres e hijos. Ese vínculo materno-paterno-filial genera un universo de relaciones jurídicas, un conjunto de derechos y deberes recíprocos entre los padres y su descendencia*.[169]

Por su parte, Edgard Baqueiro Rojas la define como *la relación creada entre los progenitores, padre y madre, y sus descendientes, hijos, que forman el núcleo social primario de la familia, a quienes la ley atribuye derechos, deberes y obligaciones*.[170]

Lo expuesto permite señalar que la filiación es un vínculo jurídico que se establece entre padres e hijos y que genera derechos, deberes y obligaciones recíprocos.

---

[167] Que dispone: "***Artículo 7º***. *Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato".*
[168] MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *et al*, *Derecho de familia,* T. III, p. 9.
[169] FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, *et al*, *Manual de derecho de familia*, p. 333.
[170] BAQUEIRO Y ROJAS, Edgard, *et al*, *Derecho de familia*, p. 227.

Como quedó expuesto con anterioridad, esta figura guarda íntima relación con el parentesco y, de hecho, se constituye en una expresión del mismo.

Así lo confirma la idea que deja sentada Baqueiro y Rojas cuando afirma que *la filiación es el vínculo que crea el parentesco consanguíneo en línea recta en su primer grado y, por lo tanto, constituye la forma más cercana de parentesco*.[171]

En esa misma opinión se coloca Fausto Rico Álvarez, al indicar: *la filiación…solamente es la relación jurídica de parentesco consanguíneo en primer grado*.[172]

Esta noción es más que clara al respecto; el parentesco es el género y la filiación es una de sus especies; pues mientras aquél abarca todos los vínculos -en sus distintas líneas y grados- que pueden establecerse entre los integrantes de una familia; la filiación se limita a los padres e hijos.

Pero no es solo una especie de ese gran género -el parentesco-, sino que puede ser calificada como la más importante y trascendente, en virtud de los efectos y consecuencias jurídicas, tomando en cuenta que los derechos y deberes que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores y, lógicamente, a éstos con aquél.

---

[171] *Ídem.*
[172] RICO ÁLVAREZ, Fausto, *et al*, *De la persona y de la familia en el Código Civil para el Distrito Federal*, México, Ed. Porrúa, 2008, p. 269.

De ahí que sea el nacimiento de una persona, como hecho natural, el que determine la filiación; así lo sostiene Aníbal Guzmán Ávalos, cuando señala que *la filiación…tiene la característica de ser un hecho natural regulado por el ordenamiento jurídico, inspirado fundamentalmente en la protección del interés del hijo y la hija*.[173]

Así, el natalicio de un ente ubica a éste en una situación que lo vincula con quienes le dieron la vida, es decir, su padre y su madre; de esta manera, no es un acto jurídico lo que genera tal relación, sino un hecho jurídico el que da lugar a su establecimiento.

En este sentido, no debe perderse de vista que la filiación es esencialmente un lazo sanguíneo, es decir, una relación biológica que genera consecuencias en el campo del derecho; aunque como se detallará a continuación, debe distinguirse entre la filiación material y la jurídica.

Ambas vertientes se encuentran vinculadas virtud a que tal vínculo material -derivado del hecho natural de la procreación- se encuentra reconocido por el derecho.

Así lo sostiene Ernesto Gutiérrez y González, cuando afirma que *se considera por algunos autores que, la filiación deriva de un hecho de la naturaleza, lo cual es cierto, pero la realidad es que, mientras el derecho no sancione ese fenómeno natural, no tendrá la relevancia jurídica que merece, y por ello es que debe destacarse que la filiación es*

[173] GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, *Op. cit.,* p. 1.

una relación jurídica que establece el Derecho, al margen de que no pueda negarse que parte del supuesto físico del nacimiento del producto de la concepción.[174]

4.2. Evolución histórica

A continuación, un breve recuento de la evolución histórica por la que ha atravesado la filiación y su regulación a lo largo del tiempo.

4.2.1. La filiación en Grecia y Roma

Como institución del derecho de familia, la filiación se ha visto sometida a distintos tratamientos.

Conviene establecer en primer lugar que el término "filiación", proviene del latín *filium*, que significa hijo y *tionis*, entendidos entonces como la *acción y efecto de filiar*.[175]

Conviene analizar ahora la forma en que la filiación ha evolucionado a lo largo de la historia.

Irene López Faugier alude que en Roma puede localizarse el ejemplo típico de la familia monogámica, indicando que en ella, el principio constitutivo de la misma fueron las creencias, de manera tal que *la unidad de los miembros de la familia antigua provino de algo más poderoso*

[174] GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, México, Ed. Porrúa, 2004, pp. 414-415.
[175] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Op.cit.,* p. 968.

que el nacimiento, el sentimiento o la fuerza física, pues se basó en la religión del hogar y de los antepasados.[176]

Por ende, en esa época, el lazo sanguíneo no resultaba necesariamente trascendente para la determinación de la filiación familiar, pues si un descendiente consanguíneo renunciaba al culto o se emancipaba, dejaba de ser considerado tal; en cambio, el adoptado estaba en condiciones de incorporarse a la familia como un verdadero descendiente, aún cuando no tuviera nexo de sangre, ya que poseía lo que realmente se valoraba: la comunidad de culto, es decir, un vínculo de carácter religioso.

Operaba además un fenómeno particular en relación a la mujer; en este caso, cuando contraía nupcias, debía renunciar a la religión de su padre, pues aquél vínculo generaba como resultado el que quedara desligada completamente de su familia de origen, ingresando a la potestad de su marido; de esta manera, asumía desde el punto de vista normativo la categoría de hija del marido, quedando obligada a profesar la religión y a rendir culto a los antepasados de su cónyuge.

De esta manera, tal culto se asumía desde el punto de vista masculino; por tanto, era mucho más relevante el nacimiento de un hijo varón que el de una mujer, habida

[176] LÓPEZ FAUGIER, Irene*, La prueba científica de la filiación,* México, Ed. Porrúa, 2005, p. 86.

cuenta que el nacimiento de una hija no daba lugar a su continuación.

Por otro lado, en materia de relaciones filiales, el hijo debía provenir de un matrimonio religioso; esto es, el concebido extramatrimonialmente no podía desempeñar papel alguno por razones del orden religioso.

Ahora bien, el vínculo de relación filial no se configuraba sólo mediante el nacimiento, sino que era necesaria la declaración que el padre hiciera al respecto, acto que puede identificarse como *la aceptación del padre*,[177] para luego procederse a la iniciación del hijo en la familia, que se materializaba en una reunión que el padre convocaba y a la que asistían todos los integrantes del núcleo familiar y algunos testigos, realizando un sacrificio en el hogar, presentando luego al hijo ante los dioses domésticos.[178]

En el caso de la adopción, su permisividad obedecía al interés de prevenir la extinción del culto religioso familiar; permitiéndose solo a quienes no tuvieran hijos.

Por tanto, en las antiguas familias de las culturas griega y roma, la filiación no se definía en razón del nacimiento, sino por razones de índole religioso y estaba reservada únicamente para los varones, pues les correspondía a éstos la preservación del culto familiar.

---

[177] En este sentido, la autora plantea que el ingreso de un hijo a la familia -consanguíneo- se consideraba un acto religioso, en el que el nuevo integrante debía ser aceptado primeramente por el padre. *Idem.*

[178] Al respecto, se precisa que en Grecia, la iniciación familiar tenía lugar al décimo día de nacido el hijo; y en el caso de Roma, al noveno. *Ídem.*

4.2.2. La filiación en el Código Civil Francés

Fausto Rico Álvarez señala que esa Codificación estableció una distinción entre los hijos nacidos de matrimonio o hijos legítimos y los naturales o ilegítimos, ubicando entre éstos últimos a los *simplemente naturales, que eran los nacidos de padres solteros y los nacidos de comercio incestuoso o adulterino;*[179] incluyéndose en esa codificación un capítulo especial sobre filiación, en la que se distinguieron los distintos tipos de hijos, se fijaron las presunciones, las reglas para combatirlas y se regularon las pruebas de la paternidad.

4.2.3. La filiación en la cultura azteca

Precisados los antecedentes históricos relativos a la filiación en la antigüedad y en el antecedente normativo que mayor influencia tuvo en la determinación de las normas sustantivas civiles que corresponden al sistema románico-germánico, es menester ocuparnos de aquellos que aluden al ámbito nacional.

Para ello, se aludirá a la que ha venido a constituirse en la cultura emblemática de nuestro país, es decir: la azteca.

En ella, la familia *se sustentó en la unión monogámica preponderantemente patriarcal*,[180] lo que vino a determinar de

[179] RICO ÁLVAREZ Fausto, *et al*, *Op cit.,* p. 270.
[180] LÓPEZ FAUGIER, Irene*, Op. cit.,* p. 88.

una manera eficaz la filiación tanto en la vía paterna como en la materna.

No debe obviarse el hecho de que para las clases altas o dirigentes, la poligamia se encontraba permitida para los varones, sin embargo, las mujeres se encontraban obligadas a guardar celosamente un deber de fidelidad, de manera tal que la definición filial no sufría grandes problemas, pues evidentemente podía saberse la identidad tanto del padre como de la madre, en relación con el hijo.

La diferencia sustancial entre descendientes habidos en la unión matrimonial y los que no lo eran, radicó esencialmente en materia de sucesiones, virtud a que sólo tenían derecho a heredar aquellos y no estos últimos.

4.2.4. La filiación en la Nueva España

Es sabido que en la Nueva España, como colonia de la corona española, privó el Derecho Indiano, fundado *en la tradición romana y canónica*,[181] y en mérito de ello, fue condenada todo tipo de unión que no correspondiese al matrimonio.

Esta percepción eminentemente religiosa, alcanzó a los hijos, pues a partir de ella se marcó una severa diferencia entre los descendientes habidos tanto dentro como fuera de esa institución; creándose categorías entre los miembros del grupo familiar, lo que generó como consecuencia la

[181] *Íbidem*, p. 89.

imposición del *abandono y la privación de seguridad material y social a todas aquellas mujeres y descendientes, que conformaban las familias poligámicas*[182] que venían tolerándose en las culturas indígenas conquistadas.

En virtud de esta circunstancia, se generó la diferencia entre filiación matrimonial y extramatrimonial que se reflejó en las legislaciones que la normaron a lo largo de nuestra historia.

Tal escenario privó en el país a lo largo del período de gestación de la independencia, con el logro de ésta no cambió y se extendió, incluso, durante el período de la reforma.

4.2.5. La filiación en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 para el Distrito Federal

Diego H. Zavala Pérez señala que ambos ordenamientos adoptaron la misma posición normativa, distinguiendo las siguientes clases de hijos: *legítimos, legitimados, naturales y espurios*,[183] señalando que los primeros son los nacidos de matrimonio celebrado con arreglo a las leyes, y, por tanto, válido y verdadero, así como los nacidos de matrimonio putativo;[184] los hijos naturales resultaban ser los concebidos fuera de matrimonio.

[182] *Ídem.*
[183] ZAVALA PEREZ, Diego H., *Derecho familiar*, México, Ed. Porrúa, 2006, p. 243.
[184] Entendiéndose por tal, el celebrado con impedimento dirimente que ignoraban los dos cónyuges o uno de ellos; lo que da lugar a deducir que en este caso, la conducta

Por su parte, los ilegítimos o espurios no fueron adecuadamente definidos en tales legislaciones, sin embargo, las mismas aludieron a los adulterinos y a los incestuosos, considerándose por tales, en su orden, los nacidos de relación de adulterio y, aquellos que fueran producto de relaciones sexuales entre parientes.

Es obvio que los hijos legítimos gozaban de total protección de la ley; en tanto que los naturales tenían derecho a llevar el apellido de quien los reconociera (el padre, la madre o ambos), a ser alimentados por él y a recibir la posición hereditaria que señalara la norma; sin embargo, en este sentido, se encontraban en una posición de desventaja frente a los legítimos, habida cuenta que cuando en la sucesión concurrieran con éstos últimos, aquellos tenían derecho a una porción menor, precisamente por su calidad.

4.2.6. La filiación en la Ley de Relaciones Familiares

Esta ley fue el producto y resultado del movimiento revolucionario mexicano,[185] y en ella *se suprimió el señalamiento de hijos espurios*,[186] se amplió la posibilidad de investigación de la paternidad, concediéndola en el supuesto

de los cónyuges al contraer el connubio no afectaba la situación de los hijos, quienes con motivo del impedimento dirimente, no perdían la calidad de legítimos.

[185] Iniciado en 1910, con el levantamiento maderista y concluido formalmente con la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917.

[186] ZAVALA PÉREZ, Diego, *Op. cit.*, p. 244.

de posesión de estado de hijo natural, sin embargo, en lo tocante a los derechos de éstos, pudo denotarse una disminución en los beneficios que previamente les habían sido reconocidos, al privárseles del derecho a percibir alimentos y a heredar, delegándoles la posibilidad de llevar el apellido del progenitor.

No obstante lo anterior, Jorge Alfredo Domínguez Martínez considera que tal legislación propició una *serie de planteamientos con los cuáles los hijos naturales, aún adulterinos e incestuosos, iniciaron con paso firme el camino a su reividicación*,[187] indicado que ello respondió a la entrada del siglo XX, el movimiento revolucionario, el fortalecimiento del liberalismo en las relaciones familiares, factores todos que generaron una evolución en las concepciones sociales relacionadas con aquellas.

Y lo estima de esa manera, porque en el artículo 17 de tal legislación desapareció la calificación de hijos espurios; sin embargo, como ha quedado precisado, el avance radicó en una mera conceptualización de la calidad de los hijos, pues en lo tocante a sus derechos, el contenido de tal compendio normativo implicó un retroceso.

Es necesario señalar que, según lo refiere Irene López Faugier,[188] en esta legislación se dejaba en estado de indefensión al descendiente cuando los progenitores se

[187] DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Op. cit.,* p. 476.
[188] LÓPEZ FAUGIER, Irene, *Op. cit.,* p. 137.

negaran a reconocerlo, al señalar que, en este caso, se indicaría que procedía de padres no conocidos.

4.2.7. Código Civil de 1928

En primer término, es de tomar en cuenta que, en su versión original, la filiación se contemplaba en esta legislación en el Título Séptimo del Libro Primero, denominándosele "De la paternidad y la filiación".

En lo que interesa a este estudio, es conveniente hacer alusión a los capítulos I, III y IV; el primero aludía a los hijos de matrimonio; el tercero, aludía a la llamada "legitimación"; y, el cuarto al "reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio".

A diferencia de la Ley de Relaciones Familiares, este Código dejó de emplear las expresiones "filiación legítima" y "filiación natural", que fueron sustituidas por las de "hijos de matrimonio" e "hijos nacidos fuera de matrimonio", evitándose el uso del término "hijos espurios".

El mismo implicó, un avance significativo, virtud a que en él se *determinó la equiparación jurídica de las clases de hijos, todos, nacidos de matrimonio o fuera de él, tienen iguales derechos*.[189]

[189] ZAVALA PÉREZ, Diego H., *Op. cit.,* p. 246

5.3. Naturaleza jurídica

La filiación puede ser considerada, al mismo tiempo, como un hecho natural y como un hecho jurídico; en el primero de los casos, es de sostenerse que la filiación existe siempre en todos los individuos, pues naturalmente siempre se es hijo de un padre y de una madre.

Jurídicamente no ocurre lo mismo, puesto que para que la filiación produzca efectos, es necesario que el derecho se asegure primeramente de la paternidad o maternidad para reconocer efectos al hecho de la procreación.

En este apartado se analizará la naturaleza jurídica de la filiación, entendiéndose por tal, aspectos tales como: sus generalidades, sus elementos; su clasificación; efectos y la forma de probarse.

4.3.1. Generalidades

La filiación es, ante todo, una institución de derecho de familia; por tanto, en la misma convergen una serie de elementos que hacen de ella una figura jurídica rica y compleja al mismo tiempo.

A través de ésta, concurren hechos que no siempre se colman en el aspecto biológico para establecer los presupuestos jurídicos que el derecho debe regular, sino que a ella se agregan, además del mero evento de la procreación, circunstancias de orden afectivo, espiritual, moral y social,

que hacen de la misma una relación paterno-filial con complejas consecuencias jurídicas.

El Código Civil para el Distrito Federal prevé las normas bajo las cuáles debe regirse en el Título Séptimo del Libro Primero; en tanto que el Código Familiar para el Estado de Michoacán se ocupa de ella en el Título Octavo del Libro Primero, contando aquél con los siguientes capítulos: el primero se ocupa de "los hijos de matrimonio"; el segundo, de la "prueba de la filiación de los hijos de matrimonio"; el tercero, "de la legitimación"; el cuarto, del "reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio"; el quinto y el sexto, de la adopción -considerando como tal a la nacional y a la internacional-.

Antes de referirnos al contenido de las disposiciones de tal ordenamiento, en lo que interesa a este trabajo, es menester indicar que en México, el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé una declaración garantista de los derechos de los niños y las niñas, en los términos siguientes:

> *Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.*
> *Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.*

> *El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.*

Partiendo de esta base, es de señalar que tal norma prevé la protección igualitaria para todos los menores, sin distingos de ninguna especie.

Es decir, el mandato constitucional se refiere a los niños y niñas sin ningún menoscabo de desigualdad, por el contrario, declara propiciar el respeto a su dignidad y el ejercicio pleno de sus derechos y otorgar las facilidades que se requieran a los particulares para que cumplan sus derechos.

De esta manera, la ley secundaria -entendiéndose por tal, aquellas disposiciones ordinarias federales y locales- no pueden establecer distingos en el otorgamiento de derechos a favor de los menores; y ello incluye a la filiación.

Como institución y, por disposición de los artículos 339 del Código Civil para el Distrito Federal y 323 del Código Familiar para el Estado de Michoacán, la filiación no admite transacción ni compromiso en árbitros.

4.3.2. Elementos

Como elementos de la filiación, pueden distinguirse los siguientes:[190]

[190] GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, *Op. cit.,* pp. 4-8.

El primero resulta ser el *dato biológico*; esto es así, virtud a que la relación paterno-filial tiene fundamentalmente una base biológica, sobre la que se sustenta la institución.

Tal base resulta ser el hecho mismo del nacimiento -y su antecedente, la concepción-, virtud a que, por lógica y naturaleza, siempre se es hijo de un padre y de una madre.

La procreación, como hecho biológico, ha sido reconocida y regulada por el derecho; de esta manera, sus efectos se encuentran amparados por la norma.

Sin embargo, no basta con que una persona nazca, es fundamental asegurarse de la paternidad o la maternidad para generar consecuencias jurídicas respecto del hecho de la procreación.

De lo anterior se sigue la definición de la filiación como una relación biológica existente entre padres e hijos, dotada de un contenido jurídico desde el momento en que el ordenamiento atribuye derechos, deberes y obligaciones entre padres e hijos.

La maternidad y la paternidad son dos elementos en que se sustenta la relación de filiación desde el punto de vista físico; ello no implica complejidad alguna, virtud a que, como ha quedado señalado, toda persona tiene un padre y una madre.

Empero, el problema se presenta en que idénticos hechos naturales son tratados de manera distinta por el derecho, virtud a circunstancias extrínsecas a sí mismos.

De esta manera, la relación jurídica sólo existe entre el hijo y sus dos progenitores; no obstante, esta relación puede no existir en casos concretos, bien porque resulten totalmente desconocidos o no identificables los progenitores del hijo, o bien, porque aunque se sospeche quiénes puedan ser, no existan pruebas al respecto.

Así, aunque lo ideal resulta ser que exista coincidencia entre el hecho biológico, para el derecho resulta intrascendente que exista equivalente plena entre la relación biológica y la relación jurídica, pues existen casos en los que los progenitores no son padres en el sentido estrictamente jurídico de la palabra y, por el contrario, existen padres para el derecho que no son progenitores materiales o biológicos.

El segundo elemento resulta ser *la voluntad*, que juega un papel distinto dependiendo del tipo de filiación que deba establecerse; como se indicará más adelante, en el caso de los hijos de matrimonio, la filiación opera a través de una presunción de carácter legal, que debe ser destruida con pruebas idóneas, pues quienes nazcan en una relación de connubio se presumen descendientes de los consortes.

Sin embargo, la voluntad opera de manera particular en tratándose de la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, en donde el reconocimiento voluntario del padre aparece como medio fundamental para establecer la paternidad.

De igual manera, la volición del hijo es importante cuando se trata de la investigación de la paternidad o la maternidad, al otorgarse a aquél la libertad para indagarlas.

Asimismo, es trascendente en tratándose del establecimiento de la filiación adoptiva, pues para la misma se requiere de la voluntad de quienes fungen como adoptantes; de los entes que deben consentir con tal acto jurídico e, incluso, del propio adoptado, cuando cuente con más de 12 años.

Así, *la paternidad y maternidad no son ya un hecho solamente biológico: la adopción ha creado un tipo diferente de paternidad y de maternidad que puede llamarse afectiva o social, sin pensar que desde siempre, la paternidad legal puede no corresponder con la paternidad biológica*.[191]

Otro fenómeno en el que también opera la voluntad y en el que -al igual que en la adopción-, existe la posibilidad de que la paternidad jurídica y la biológica no sean correspondientes, resulta ser el de la procreación que se materializa con el auxilio de los avances científicos, es decir, con el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que se cuente con el consentimiento de los interesados.

4.3.3. Clasificación

Para estar en condiciones de proponer una clasificación admisible en torno a la filiación, es fundamental tener en

[191] GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, *Op. cit.,* p. 7.

cuenta las disposiciones legales que la prevén y que implícitamente establecen aquella.

En el Título Séptimo del Libro Primero del Código Civil para el Distrito Federal, puede apreciarse la clasificación a que se viene haciendo referencia, distinguiendo a la filiación en los siguientes tipos: la de los hijos nacidos en matrimonio; implícitamente, la de los nacidos fuera de matrimonio, aunque se les reconoce identidad de calidad y de derechos a ambos; así como la derivada de la filiación.

Por su parte, del contenido del Título Octavo del Libro Primero del Código Familiar para el Estado de Michoacán, pueden distinguirse los siguientes tipos: la relativa a los hijos nacidos dentro del matrimonio; la legitimada; la que corresponde a los que hayan nacido fuera de matrimonio; y, la que atañe a la adopción.

La primera de ellas es comúnmente conocida como *matrimonial,* que puede ser conceptualizada como aquella en que el hijo nace dentro de los plazos determinados por la ley, de forma tal que se reputa nacido dentro de la unión legítima conyugal de marido y mujer.

En este sentido, cabe recordar que el matrimonio constituye una de las formas válidas de conformación del núcleo familiar, al punto que ha sido considerada *la única*

fuente de la familia, toda vez que no hay más familia en el verdadero sentido de la palabra que la familia legítima.[192]

Los artículos 340 del Código Civil para el Distrito Federal y 309 del Código Familiar para el Estado de Michoacán, establece las reglas sobre las cuáles opera la presunción de legitimidad de los hijos, cuyo estudio se realizará con mayor profundidad en párrafos siguientes.

Por el momento, bástenos señalar que, tales reglas se expresan en los siguientes términos:

Del Código Civil para el Distrito Federal:

> **Artículo 324.-** Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:
> I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y
> II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Del Código Familiar para el Estado de Michoacán:

> **Artículo 309**. Se presumen hijos de los cónyuges:

[192] IBARROLA, Antonio, *Op. cit.*, p. 380.

I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; y,
II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de divorcio o de muerte del marido. En los dos primeros casos, el término se contará desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

La filiación *legitimada* es aquella en la que el *neonato no se encuentra dentro de los plazos que establece la ley para reputarlo hijo del matrimonio; sin embargo, por un acto jurídico posterior, llamado legitimación, se le dota de tal carácter*.[193]

Su fundamento puede ser localizado en el artículo 339 del Código Familiar para el Estado de Michoacán, que dispone:

> **Artículo 339**. El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración.

En el caso del Código Civil para el Distrito Federal, la regulación en torno a los hijos legitimados fue derogada y, por lo tanto es inexistente.

Sin embargo, se ve suplida por el hecho de que el numeral 360 de dicho catálogo normativo prevé que el

[193] DE LA MATA PIZAÑA, Felipe, *et al, Op. cit.*, p. 230.

reconocimiento que se haga de un hijo por el padre, la madre o ambos, es fuente de la filiación.

En este sentido entonces, el acto jurídico posterior al nacimiento o incluso, a la procreación misma, que otorga legitimidad a los hijos, resulta ser el matrimonio.

No obstante es fundamental para que tal legitimación opere que se observe lo preceptuado por el ordinal antes mencionado y por el arábigo 340 de la legislación familiar de Michoacán, esto es: el reconocimiento expreso de los padres antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo, o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente.

La filiación que se establece en relación con los hijos nacidos fuera de matrimonio, también es conocida como natural o extramatrimonial, y ocurre cuando el nacimiento se encuentra fuera de los plazos a que se refiere la ley y, por ende, se reputa como hijo nacido fuera del matrimonio.

Finalmente, la filiación adoptiva se presenta precisamente en razón del acto jurídico de la adopción.

Recuérdese que el régimen reconocido en torno a la adopción es precisamente el de la plena; respecto de ella debe señalarse que, *es la tercera fuente del parentesco…si bien por su origen es civil, por sus efectos legales se equipara al parentesco consanguíneo*.[194]

[194] BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *et al*, *Op. cit.,* p. 252.

Y puede estimarse que, a partir de este tipo de adopción, se materializa una filiación equiparable a la consanguínea, por disposición expresa del artículo 410-A del Código Civil para el Distrito Federal, que señala:

> **Artículo 410-A.** El adoptado en adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos del matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.
> La adopción plena extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado o tenga una relación de concubinato con alguno de los progenitores del adoptado, no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resulten de la filiación consanguínea.
> La adopción es irrevocable.

Mientras que el numeral 382, párrafo segundo, del Código Familiar, indica:

> **Artículo 382**. El adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.

4.4. Efectos

La filiación es, ante todo, una fuente del parentesco, y por lo tanto, genera una serie de consecuencias que resultan ser las que se presentan en torno a aquél.

Pueden resumirse los efectos que corresponden a la filiación en los aspectos siguientes:

- La actualización de los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad;
- El relativo al derecho alimentario;
- El correspondiente a la sucesión legítima;
- El relativo al nombre; y,
- El que corresponde a las prohibiciones del matrimonio.

4.4.1. La patria potestad

La patria potestad es una de las instituciones más importantes del derecho de familia y se deriva del vínculo paterno-materno filial que relaciona a ascendientes con descendientes.

Es importante señalar al respecto que tal institución se encuentra diseñada para proteger los intereses, derechos y bienes de los menores -incapaces naturales-, y se asigna a los ascendientes por mandato de la ley, siendo considerada como de orden público.

Edgard Baqueiro Rojas propone como concepto de patria potestad el siguiente: *es una institución derivada del vínculo paterno-materno filial que relaciona ascendientes con*

descendientes. Se considera un poder concedido a los ascendientes como medio para cumplir con sus deberes respecto a la guarda, custodia y educación de sus descendientes, por ello, se equipara a una función pública; en nuestros días puede considerarse como una sumisión de los padres a las necesidades de los hijos y de la sociedad.[195]

Por su parte, Fausto Rico Álvarez señala que aquella es *el conjunto de derechos-deber que existen entre el o los ascendientes y su descendiente menor de edad, que tienen por objeto la educación, asistencia y protección tanto de la persona como de los bienes de éste último*.[196]

Felipe de la Mata Pizaña la define como una *institución de derecho familiar derivada de la filiación, que tiene por objeto la asistencia, formación, guarda y protección de la persona y la administración prudente de los bienes de los descendientes menores de edad, sujetos a ella*.[197]

De los conceptos antes reseñados, se advierten rasgos comunes en cada una de ellas, así como aspectos que son diversos.

Por ende, conviene aportar como definición de la figura jurídica que nos ocupa, la siguiente: la patria potestad debe ser entendida como una institución del derecho familiar; se deriva necesariamente de la filiación, pues implica un vínculo

[195] BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *et al*, *Op. cit.,* p. 268
[196] RICO ÁLVAREZ, Fausto, *et al*, *Op. cit.,* p. 310.
[197] DE LA MATA PIZAÑA, Felipe, *et al, Op cit.,* p. 257.

jurídico que sólo puede establecerse entre ascendientes y descendientes menores de edad.

Por otro lado, la patria potestad implica la existencia de derechos y deberes entre esos ascendientes y descendientes; estimándose que los primeros tienen una serie de facultades y obligaciones para con los segundos, todas determinadas por la ley, lo que dota a la patria potestad del carácter de orden público.

Finalmente, tal institución tiene por objeto la protección, formación, asistencia, guarda y educación de los descendientes y de sus bienes, así como la prudente administración de estos últimos.

Lo anterior podría implicar que los padres o ascendientes ejercen un verdadero poder sobre los hijos, sin embargo, esa noción se encuentra superada, puesto que el aspecto primordial que pretende tutelar la patria potestad es precisamente la persona y los bienes de los menores.

Por tanto, todas las decisiones que asuman los ascendientes sobre ese particular, deberán atender al beneficio y provecho de aquellos y no a su perjuicio.

De esta manera, no se trata de un mero poder, sino de un deber que implica también algunas facultades, a saber: el respeto que deben los descendientes hacia sus progenitores -o en su caso, los abuelos-; y, la de corregirlos, con los límites que la propia norma establece.

Por tanto, la naturaleza jurídica de la patria potestad es la de un derecho-deber, ya que se trata de una relación jurídica en la que se faculta y obliga entre sí a las dos personas que conforman la misma, dándole en algunos casos a uno, el carácter de acreedor y en otros el de deudor, recíprocamente.

En mérito de su naturaleza, la patria potestad no es renunciable ni transferible, ya que voluntariamente el que la tiene (padre, madre, abuelos) no puede cederla a nadie, tampoco es prescriptible, ya que el no ejercicio o abandono se sanciona pero no libera de sus funciones y deberes a quien la tiene.

En la actualidad, la patria potestad debe ejercerse por igual y en forma compartida tanto por el padre como por la madre o, en ocasiones, de manera exclusiva por alguno de los dos (en los casos de suspensión o pérdida) para proteger a los menores.

Además, como ya se dijo, hoy en día se ha erradicado la idea de poder absoluto para gobernar o administrar los bienes de éstos.

La patria potestad cuenta con instituciones afines, identificadas por Felipe de la Mata Pizaña como: la custodia y la convivencia.[198]

Es común que en el medio social e, incluso, en el jurídico, lleguen a confundirse éstos términos con el de la

[198] *Idem,* pp. 257 y 258.

patria potestad y se les equipare como si fueran sinónimos; sin embargo, esto no es así, ya que existen características particulares que diferencian a una de la otra.

Así, puede afirmarse que la custodia es una situación jurídica que implica el cuidado directo y vigilancia inmediata de un menor, derivada de la filiación o parentesco, de una sentencia judicial o de la determinación contractual de los sujetos a quienes corresponde originalmente.

No debe soslayarse que la ley determina dos clases de efectos de la patria potestad: los relativos a la persona del hijo; y los que aluden a sus bienes.

Los efectos de la patria potestad sobre la persona del hijo se refieren tanto a las relaciones personales entre los que ejercen la patria potestad y los menores sometidos a ella como a la función protectora y formativa que deben llevar a cabo los primeros.

Así, en las relaciones personales del menor con quienes ejercen la patria potestad deben imperar el respeto y la consideración mutuos, y en cuanto a la función protectora y formadora, el ascendiente está obligado a la guarda, custodia, manutención y educación del menor, así como a su corrección dentro de los límites que prevé la ley, corrección que implica la obligación de observar buena conducta que le sirva de ejemplo y, de ninguna manera, infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica.

Es notorio que el derecho de corrección ha evolucionado, desde la facultad mencionada de vida y muerte para los menores que existía en el derecho romano, hasta la tipificación del maltrato de los progenitores a éstos como delitos.

Fundamentalmente, el que ejerce la patria potestad, asume la representación legal del menor, quien no puede celebrar actos ni comparecer en juicio sin autorización.

El representante, para terminar cualquier arreglo, requiere el consentimiento expreso de la otra persona cuando comparta el ejercicio de la patria potestad.

Los efectos de la patria potestad sobre los bienes del menor son en cuanto a la administración de los mismos y el usufructo legal.

Respecto de ambos efectos se atiende al origen de los bienes, que se clasifican en aquellos que el menor adquiere por su trabajo y los que el menor adquiere por otro título (rentas, donación, herencia, legado).

En lo que concierne a los primeros, esos pertenecen al menor en propiedad, administración y usufructo.

En el caso de los segundos, la propiedad y la mitad del usufructo corresponden al hijo, pero la administración y la otra mitad del usufructo pertenecen al ascendiente que ejerza la patria potestad, excepto cuando los bienes provienen de herencia, legado o donación, ya que se estará a lo dispuesto por el donante o el testador.

Cuando la patria potestad la ejerzan ambos padres o ambos abuelos o sea llevada a cabo por adoptantes, la administración quedará en manos de quien por mutuo acuerdo lo decidan, pero para los negocios por realizar, el electo deberá consultar con el otro y obtener su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

Los frutos aludidos de los bienes obtenidos por medios distintos del trabajo, respecto de los cuales la ley señala que la mitad le corresponde al menor y la otra mitad a quien ejerce la patria potestad, se conoce como usufructo legal.

Tal usufructo puede ser renunciable por quienes ejerzan la patria potestad, lo que deberán hacer por escrito o por un medio que no dé lugar a duda.

Si la renuncia se hace a favor del hijo, se considerará donación.

En relación con este usufructo, los padres tienen todas las obligaciones de los usufructuarios comunes, excepto la de dar fianza, a no ser que por cualquier causa se pongan en peligro los bienes del menor.

4.4.2. El derecho alimentario

Conviene señalar, en primer término que existen una serie de reglas morales que obligan a la solidaridad, ayuda mutua y apoyo entre los miembros de la familia. De esta manera, tales reglas han trascendido al ámbito jurídico.

Dicha circunstancia encuentra su más acabada expresión en el contenido del numeral 138 sextus del Código Civil para el Distrito Federal, que es del siguiente tenor:

> **Artículo 138 Sextus.-** Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.

Texto que retoma el artículo 8º del Código Familiar para el Estado de Michoacán, al indicar:

> **Artículo 8º.** Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos, solidaridad, respeto y atención recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.

En este contexto puede sostenerse que el derecho alimentario es una manifestación de tal deber de solidaridad y apoyo; pudiendo definírseles como el derecho que tiene una persona de recibir de otro sujeto los elementos necesarios para subsistir y poder desarrollarse plenamente en su entorno social, en términos del artículo 452 del compendio normativo antes mencionado.

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal no prevé disposición análoga que defina a la institución alimentaria, en los términos en que sí lo hace la legislación familiar local.

Por disposición de los artículos 308 del Código Civil para el Distrito Federal y 453 del Código Familiar para el Estado de Michoacán, los alimentos comprenden los siguientes aspectos:

I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;
II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales; y,
III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y, por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.

Los numerales antes referidos dan lugar a considerar que el Estado impone al deudor alimentista, la obligación de proporcionar lo necesario para cubrir las necesidades alimentarias de los menores, esposas, incapacitados y adultos; pero además, como complemento, se exige que se les dé un lugar donde se sientan seguros y protegidos, es decir, un hogar.

De igual modo, en relación con los menores, se les tendrá que brindar los elementos necesarios para que en el

futuro puedan valerse por sí mismos; y en relación a los discapacitados o declarados en estado de interdicción, se procura su rehabilitación para que, de la misma manera puedan cubrir sus necesidades ellos mismos.

De hecho, los ordinales 303 del Código Civil para el Distrito Federal y 456 del Código Familiar para el Estado de Michoacán establece el deber que los progenitores tienen, de otorgar alimentos a sus hijos; mientras que los arábigos 304 y 457 de los compendios normativos (señalados en su orden) alude a la obligación de éstos de darlos a sus padres.

Es precisamente en tales disposiciones en las que se sustenta el efecto alimentario que deriva de la filiación, amén de que el contenido de la fracción II de los numerales 389 del Código Civil para el Distrito Federal y 371 del propio Código Familiar, confirman tal circunstancia al indicar:

> **Artículo 389.** El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos tiene derecho: (…)
>
> II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan; (…)

> **Artículo 371.** El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos, tiene derecho: (…)
> II. A ser alimentado por éste; y, (…)

4.4.3. Efectos en materia sucesoria

Los numerales 389, fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal y 371, fracción III, del Código Familiar para el Estado de Michoacán, prevén, entre otros efectos a favor de los hijos reconocidos por el padre, la madre, o por ambos, con independencia del tipo de filiación que los vincule (esto es, si es legítima, natural, legitimada o por adopción), el derecho a percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley, como consecuencia del fallecimiento de uno o ambos de sus ascendientes.

Es precisamente en esta disposición en la que se sostiene la consideración de que los hijos tienen derecho a participar en la sucesión de sus padres y a obtener, por tanto, la porción hereditaria que les corresponda; en el entendido que, para la determinación de ésta no puede distinguírseles en función de su origen.

4.4.4. Efectos en cuanto al nombre

El estudio de este efecto requiere partir de la base de que los ordinales 389, fracción I, del Código Civil para el Distrito Federal y 371, fracción I, del Código Familiar para el Estado de Michoacán, prevén el derecho del hijo reconocido de llevar el apellido del que lo reconoce.

No debe soslayarse que el nombre es un atributo de las personas y se conforma por el llamado nombre propio y por los apellidos; como atributo, cumple fines de identificación

frente a otros entes y, al mismo tiempo, de vinculación con quienes lo preceden en razón del parentesco.

De esta manera, los patronímicos de una persona lo ubican en un contexto familiar de determinar, al relacionarlo con sus padres, abuelos, etcétera.

Así, por disposición de los artículos 58 y 60 del Código Civil para el Distrito Federal, y 51 y 53 del Código Familiar del Estado de Michoacán, al levantarse el acta de nacimiento de un ente, deben asentarse los datos que correspondan a los progenitores.

Cuando los padres se encuentren unidos en matrimonio, deberá inscribirse el nombre de ambos; cuando el hijo nazca fuera de matrimonio, para que se asiente el nombre del padre, es necesario que este lo pida por sí o por apoderado especial.

En el caso de la madre, la ley prevé que ésta no tiene derecho a dejar de reconocer al hijo, más sin embargo, si el menor es presentado sin que se mencione el nombre de la madre, deberá testarse el espacio correspondiente en la partida, reservándose el derecho de aquél para ejercitar la acción de maternidad conducente.

En este sentido, es menester señalar que la ley prohíbe en forma expresa que en el acta de nacimiento se exprese el origen del hijo, es decir, si es natural o extramatrimonial.[199]

[199] Así lo dispone el artículo 51, último párrafo, del Código Familiar para el Estado de Michoacán.

4.4.5. Efectos en torno a las prohibiciones del matrimonio

Con independencia del origen de la filiación (esto es, si es biológica o civil[200]), operan una serie de prohibiciones en torno al matrimonio; esto es, impedimentos que dan lugar a que personas vinculadas por una relación de parentesco en línea recta, lo contraigan, entendiéndose por tales, los hechos o actos que legalmente prohíben la celebración del matrimonio civil.[201]

Tal prohibición se encuentra considerada precisamente en la fracción III del numeral 156 del Código Civil para el Distrito Federal, y 141, fracción I, del Código Familiar para el Estado de Michoacán, que establecen:

> **Artículo 156**. Son impedimentos para celebrar el matrimonio: (…)
> III. El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa; (…)
>
> **Artículo 141**. Son impedimentos no dispensables:
> I. El parentesco por consanguinidad sin limitación de grado en línea recta ascendente o descendente; (…)

[200] Entendiéndose por tal la derivada de la adopción, en sus modalidades de simple o plena, pues aunque sus efectos son diversos, su origen es el mismo.
[201] Ver artículo 138 del Código Familiar para el Estado de Michoacán.

4.5. Prueba de la filiación

En torno a la prueba de la filiación, es menester señalar que, atendiendo a su tipo, la forma de probarse será diversa.

En principio, debe señalarse que operan dos ideas fundamentales.

En tratándose de la maternidad, ésta se encuentra determinada por el alumbramiento, un hecho natural evidente y siempre cierto; por tanto, para establecerla basta con justificar el nacimiento y la identidad del producto, generándose certeza al respecto.

Con la paternidad no necesariamente ocurre ni puede ocurrir lo mismo, pues existen razones biológicas que impiden tenerla como origen un hecho evidente siempre.

Para establecerla se ha requerido acudir a presunciones, la mayoría de ellas legales, que deben ser distribuidas para contradecirla, a partir de un hecho conocido, a saber: el matrimonio y el concubinato, para determinarse un hecho desconocido: que el marido o el concubino es quien ha fecundado a la madre.

Con el objeto de determinar la forma de probar la filiación, se hará uso de la distinción de la misma, en mérito de su tipo y con el auxilio de las disposiciones contenidas tanto en el Código Civil para el Distrito Federal y el Código Familiar para el Estado de Michoacán.

4.5.1. Prueba de la filiación de los hijos de matrimonio

En primer término, conviene señalar que el Código Civil para el Distrito Federal no establece distinción específica entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, de ahí que el artículo 340 de ese compendio normativo prevea que la filiación de los hijos se prueba con su acta de nacimiento.

En términos de lo que dispone el numeral 325 del Código Familiar de la Entidad, 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.

Se ha indicado con anterioridad que, en el caso de la maternidad, ésta se encuentra determinada a través de un hecho cierto y evidente: el parto o alumbramiento.

La paternidad significa un problema mayor y, como también se ha reseñado, para su determinación, se parte de presunciones.

Las mismas se encuentran definidas por los artículos 324 del Código Civil para el Distrito Federal y 309 del Código Familiar para el Estado de Michoacán, cuyo contenido ha sido dado a conocer con antelación, pudiendo resumirse en las siguientes:

La primera se hace consistir en el nacimiento del hijo después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; de manera tal que el marido no podrá desconocer la paternidad relativa siempre que operen las circunstancias siguientes:

I. Si supo antes de casarse del embarazo de su futura consorte; siempre que esto se pruebe debidamente y haya principio de prueba por escrito;
II. Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;
III. Si de una manera expresa reconoció como suyo al hijo de su mujer; y,
IV. Si el hijo no nació capaz de vivir. [202]

La segunda alude a los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga de nulidad del mismo, de divorcio o de muerte del marido; en los dos primeros casos, el término se contará desde que de hecho quedaren separados los cónyuges por orden judicial.

En ambos casos, contra las presunciones en mención no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible para el marido tener acceso carnal con su mujer los primeros ciento veinte días que precedan al nacimiento.[203]

A partir de esta concepción, el marido no puede desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que se presente alguno de los siguientes supuestos:

1. Que el nacimiento se le haya ocultado;

[202] Contenidas en el artículo 313 del Código Familiar para el Estado de Michoacán.
[203] En términos de lo que señalan los artículos 325 del Código Civil para el Distrito Federal y 310 del Código Familiar para el Estado de Michoacán.

2. Que demuestre que durante los diez meses que precedan al mismo, no tuvo acceso carnal con su esposa.[204]

Asimismo, se da también la posibilidad de que no existan actas de matrimonio o de nacimiento; que éstas sean defectuosas, incompletas o falsas; en este caso, la filiación puede probarse a partir de la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio[205].

4.5.2. Prueba de la filiación de los hijos legitimados

Como ha quedado señalado, la ley admite la posibilidad de que el matrimonio subsecuente de los padres, hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración.

Para probar esta circunstancia, es necesario que los padres reconozcan al producto expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo, o durante él, haciendo en todo caso tal reconocimiento ambos padres, junta o separadamente.

[204] Ver artículos 326 del Código Civil para el Distrito Federal y 311 del Código Familiar para el Estado de Michoacán.
[205] Cuyas reglas se contienen en los artículos 341 y 343 del Código Civil para el Distrito Federal, 326, 327 y 328 del Código Familiar.

En este caso, aunque el reconocimiento sea posterior, los hijos adquieren todos sus derechos desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres.[206]

4.5.3. La prueba de la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio

En torno a la madre, la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta del solo hecho del nacimiento. En relación al padre, sólo se establece por reconocimiento voluntario o por resolución judicial que declare la paternidad.[207]

De esta manera, opera en relación al padre la necesidad del reconocimiento bien, la investigación de la paternidad, que es un mecanismo que permite que una autoridad judicial declare, mediante sentencia, que una persona es padre de otra.

Tal reconocimiento puede ocurrir a través de las siguientes formas[208]: I. En la partida de nacimiento ante el Oficial del Registro Civil; II. Por acta especial de reconocimiento ante el propio funcionario registral; III. Por

[206] Por disposición del artículo 342 del Código Familiar para el Estado de Michoacán.
[207] Artículos 360 del Código Civil para el Distrito Federal y 345 del Código Familiar para el Estado de Michoacán.
[208] Contenidas en el artículo 352 del mismo cuerpo de leyes.

escritura pública; IV. Por testamento[209]; y, V. Por confesión judicial directa y expresa.

4.6. Filiación material vs filiación formal

Por tanto, la filiación[210] puede ser entendida desde dos puntos de vista: uno material y uno jurídico.

El primero implica que la filiación *consiste en la relación jurídica que se establece entre los padres y su hijo en virtud de la procreación, es decir, porque el padre y la madre aportaron el material genético para la concepción de su hijo*.[211]

Por otro lado, desde el punto de vista jurídico, se hace consistir en *la relación jurídica que existe entre el padre y su hijo y/o la madre y su hijo, en función de la posible procreación (o filiación en sentido material).*[212]

Es importante tomar en consideración que ambos tipos de filiación no necesariamente pueden ser coincidentes, es decir, que no exista concordancia entre la paternidad o maternidad biológica y la jurídicamente declarada.

---

[209] A este respecto, es de destacar que el reconocimiento no puede revocarse, y si se hace en testamento, aunque éste acto se revoque, el reconocimiento contenido en él quedará firme.

[210] Que ha sido analizada como un vínculo de parentesco que se establece entre padres e hijos. Como institución, tiene fundamentalmente 3 tres vertientes de apreciación, es decir, puede ser vista desde esos diferentes puntos, sin que por ello deje de tratarse de una misma. La distinción entre estos tres conceptos parte fundamentalmente de la distinción de los sujetos entre los que se generan deberes, derechos y obligaciones. De esta manera la paternidad es la relación que une al padre con el hijo; la maternidad, la que vincula a la madre con aquél; y, por último, la filiación, resulta ser el nexo que se establece entre el hijo y sus padres.

[211] RICO ÁLVAREZ, Fausto, *et al*, *Op. cit.,* p. 271.

[212] *Ídem.*

Tal es el caso de la adopción, que de suyo, implica que no exista tal coincidencia, pues normalmente los adoptantes no son los progenitores biológicos del adoptado y aunque pueden existir rasgos biológicos comunes (como ocurre en el caso de que entre ambos exista una relación de parentesco) no serán los que corresponden al padre y a la madre.

Por otro lado, el acceso a las técnicas de fecundación asistida nos coloca frente a un nuevo escenario en torno a la filiación, particularmente a partir de la multiplicidad de mecanismos que, en ellas, pueden ser usados.

Puede presentarse el caso de una pareja en la que uno de sus miembros sea estéril, es decir, que no produzca adecuadas o suficientes células germinales que les permitan procurar la procreación; o bien, que ambos los sean; también es factible plantear la circunstancia de una mujer que, sin pareja, desee procrear.

Para estos casos, se encuentra indicada la utilización de células germinales[213] de donantes, es decir, de terceros ajenos a la relación que, normalmente en forma anónima, aportan tal material biológico para que sea utilizado en la aplicación de la técnica.

En este sentido, vale la pena destacar que las técnicas permitidas y reconocidas por la ley, para procurar una asistencia en la fecundación, son las relativas a la inseminación artificial y a la fecundación *in vitro*; y, ambas,

[213] Espermatozoides u óvulos.

por su naturaleza, admiten la utilización de células germinales de donantes.

El producto de la concepción, es decir, la persona que sea procreada a través de ellas, no compartirá necesariamente el material genético de uno o de ambos; sin embargo, el reconocimiento que hacen los padres a ese respecto, puede permitir establecer una filiación jurídica o formal.

4.7. Conclusiones

La filiación debe ser entendida como una relación biológica existente entre padres e hijos, dotada de un contenido jurídico desde el momento en que el ordenamiento atribuye derechos, deberes y obligaciones entre padres e hijos; en el entendido que tal vínculo biológico no siempre coincide con el que jurídicamente pudiera definirse al respecto, de ahí que deba distinguirse entre filiación material y filiación formal.

Como tal, dicho vínculo jurídico puede establecerse en las siguientes formas; la llamada filiación legítima; la legitimada; la natural; y, la derivada de la adopción.

De igual forma, debe ser advertida a través de distintos puntos de vista: se le identifica como paternidad o maternidad, cuando se observa desde el padre o la madre; y, como filiación, cuando ello ocurre desde el punto de vista del hijo.

La maternidad, en todo caso, resulta de un hecho cierto y evidente: el nacimiento, de manera tal que no podrá negarse cuando el alumbramiento y la identidad del nacido se acrediten; la paternidad, al no corresponder a un hecho igualmente cierto y evidente, debe acreditarse a través de presunciones.

El acceso a las técnicas de fecundación asistida nos coloca frente a un nuevo escenario en torno a la filiación, particularmente a partir de la multiplicidad de mecanismos que, en ellas, pueden ser usados.

El uso de técnicas de fecundación asistida presupone, de suyo, la procreación, siempre que se tenga éxito en su aplicación; de manera tal que, cuando se hace uso de dichos métodos, se genera un embarazo y éste llega a término, se origina con ello el nacimiento de un ser vivo y viable, dando lugar a vínculos jurídicos entre los usuarios de dichos métodos y el producto del mismo.

Los nexos reconocidos por el derecho caen en el campo de la filiación, por ser la relación que crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado y, por lo tanto, constituye la forma más cercana del parentesco.

CAPÍTULO 5
LA REGULACIÓN DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA Y SU IMPACTO EN EL DERECHO DE FAMILIA

En este capítulo se abordará el estudio de aquellos aspectos que deben ser tenidos en cuenta a fin de lograr una regulación más acabada de los efectos o impacto de las técnicas de fecundación asistida en el ámbito del derecho de familia y, de manera más particular, en la filiación que se establece como vínculo jurídico entre los usuarios de ese tipo de métodos y aquellos que son producto de ellos.

A continuación se detallarán los que aspectos que actualmente norman esta circunstancia; y, enseguida, los límites y alcances de la regulación que se propone y la forma en que debe expresarse tanto a nivel constitucional como en las normas secundarias.

5.1. Regulación actual

Como ha quedado dicho en párrafos precedentes, en la actualidad, la norma constitucional reconoce -en su artículo 4º- el derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos.

En lo esencial, esta disposición delega a todo individuo el derecho a procrear, estableciendo como únicas

condiciones, el que lo haga sobre la base de la libertad, la responsabilidad y la información.

Implícitamente reconoce que, para ello, puede accederse no sólo a la procreación natural, sino también a la asistida, mediante la utilización de los métodos que la ciencia pone a disposición de las personas para alcanzar esa finalidad.

Ahora bien, desde el punto de vista técnico, la regulación de la fecundación asistida (como métodos científicos y de aquellos aspectos que se encuentran vinculados con ella, como la identificación de las células germinales y el carácter de donantes y usuarios) se encuentran contemplados en la Ley General de Salud.

En términos genéricos, tal circunstancia se prevé en el artículo 68, fracción IV de dicho ordenamiento, al disponer que los servicios de planificación familiar comprenden: el apoyo y el fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad, planificación familiar y biología de la reproducción humana.

Por tanto, el Estado y ninguna persona pueden obligar a otra a procrear y tampoco impedirle el hacerlo; es una decisión personalísima e individual y no tiene más limitación que las condiciones antes mencionadas.

La autoridad no puede condicionar bajo ningún supuesto el acceso a ciertos programas de subsidio o la provisión de bienes materiales y recursos económicos a la

adopción de medidas para el control natal; mucho menos puede imponerlas u obligar a los individuos a asumirlas.

Para así sostenerlo, debe tenerse en cuenta lo establecido en el párrafo 5 del artículo 23 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que protege a la familia, al señalar que cuando los Estados adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias.

Ya que estas conductas constituyen un agravio a la dignidad y libertad de las personas y es un atentado contra el espíritu que contiene el precepto constitucional que se analiza en este apartado.

Con el objeto de comprender con absoluta claridad el significado y alcance de la expresión *técnicas de fecundación asistida,* debe recurrirse al contenido del artículo 40, fracción XI, del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, pudiendo identificársele como aquellas en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro.

De esta manera, la Ley General de Salud sólo reconoce como métodos de fecundación asistida en el país a la inseminación artificial (en la que se usen células germinales de quienes pretenden acceder a la procreación o de donantes), así como a la fecundación *in vitro.*

Tomando en consideración que la transferencia intratubárica de gametos es una variante de la inseminación artificial, debe considerarse a ésta también como un método permitido por la norma sanitaria.

Como se ha analizado en párrafos que preceden, la técnica de la fecundación ha adoptado también los métodos de maternidad subrogada, inseminación *post-mortem* y clonación (en el entendido que ésta no es permisible en seres humanos, encontrándose de hecho proscrita y sancionada por la ley penal), por ser científicamente viables.

Empero, la ley en México no las reconoce como tales, de ahí que no pueda sostenerse que las mismas sean admisibles en el contexto científico.

En este tenor, debe señalarse que las células germinales (espermatozoide y óvulo) no pueden ser objeto de venta o comercio, sino sólo de donación, en mérito de lo que disponen los numerales 321 y 327 de la norma antes mencionada.

Vale la pena mencionar que en términos de lo preceptuado por el último dispositivo mencionado, la donación de este tipo de células se rige por los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro, confidencialidad y gratuidad.

Es precisamente en este principio donde radica uno de los aspectos más trascendentes del acto de donar esperma y óvulos: la confidencialidad, que se constituye como una

garantía para quien dona, de que sus datos personales no serán revelados al usuario de las técnicas de fecundación asistida.

Ahora bien, el Reglamento antes mencionado dispone los criterios a los que debe sujetarse toda investigación en la que el ser humano sea sujeto de estudio, incluyéndose en este concepto, la aplicación de las técnicas de fecundación asistida, a saber: el respeto a la dignidad de la persona y la protección de sus derechos y de su bienestar.

El artículo 14, fracción V del mismo, prevé como condición para la utilización de este tipo de métodos, el llamado consentimiento informado y por escrito.

Finalmente, en el ámbito eminentemente técnico, los métodos de fecundación asistida sólo son admisibles cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si éste difiere con el del investigador.

Desde el punto de vista jurídico, conviene destacar que el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal prevé la protección de la ley a favor del individuo desde el momento de la concepción, teniéndosele por nacido para los efectos de la legislación civil.

Las únicas expresiones que hacen alusión a la fecundación asistida en ese catálogo normativo, se contienen en los artículos 293, 326 y 329; el primero de ellos establece

la existencia de parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de la reproducción asistida y el hombre y la mujer, o solo esta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora; en el entendido de que la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la técnica; el segundo contempla, la prohibición de impugnar la paternidad de los hijos concebidos durante el matrimonio, mediante la utilización de las técnicas respectivas, siempre que medie consentimiento expreso en su uso; mientras que el tercero prevé que la acción de desconocimiento de la paternidad no prosperará cuando pretenda ejercitarla el marido, si consintió expresamente en la aplicación de los métodos antes mencionados a su cónyuge.

La legislación familiar del Estado de Michoacán contempla, por su parte, el derecho de los cónyuges a usar cualquier método de fecundación asistida para lograr descendencia (artículo 150), en el entendido de que ese derecho sólo puede ser ejercido de común acuerdo por ambos.

Igualmente, contempla como causa de disolución del vínculo matrimonial el uso de esos métodos sin consentimiento del cónyuge; y, finalmente, reconoce que el parentesco por consanguinidad se genera en el hijo que es producto de la fecundación asistida y de quienes la consientan (artículo 310).

Este último numeral dota a cualquier persona (casada o no) a procrear a través de este tipo de métodos, siempre que consienta en ello, generándose el vínculo de parentesco consanguíneo entre el nacido y el usuario o usuarios de los mismos, lo que de suyo genera la noción de que quedan excluidas de tal parentesco aquellas personas que hubiesen donado células germinales (óvulos o espermatozoides) en el caso de aquellos que tengan la característica de heterólogos.

5.2. Límites y alcances de la regulación pretendida

Del contenido del apartado que antecede, se desprende que la regulación que actualmente priva en el contexto jurídico mexicano y michoacano en torno a los efectos de la fecundación asistida en el ámbito familiar, es inacabada.

Al respecto, este trabajo pretende constituirse en un estudio que permita proponer una regulación en este sentido, que importe al ámbito del derecho de familia y que, de ninguna manera, obvie las disposiciones que, en materia de salud, existen en nuestro sistema jurídico; contrario a ello, se procura que la misma sirva como elemento referencial, mediante el reenvío legislativo, como aplicable en las cuestiones técnicas que tienen que ver con este tipo de métodos.

A continuación, se fijarán los principios rectores (expresados en límites y alcances) de la regulación pretendida.

5.2.1. El derecho a la dignidad y a la vida del producto de la concepción

El primero de los principios y límites que la regulación que, se estima, debe imperar en materia de fecundación asistida a nivel nacional y local, se hace consistir en el necesario respeto a la dignidad y a la vida del producto de la concepción.

Para así sostenerlo, debe tenerse en consideración que de una correcta interpretación del artículo 1º de la Convención de los Derechos del Niño, se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años, esto es, desde el momento de su concepción, habiendo sido reconocido por los Estados suscriptores (entre ellos México) el derecho intrínseco a la vida.

En este sentido, debe tenerse en consideración que los tratados internacionales resultan ser un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional Público; y el mismo tiene el carácter de Ley Suprema de la Unión, por disposición del artículo 133 de la Constitución General de la República (sólo por debajo de ésta y por encima de las leyes federales).

El derecho a la vida del concebido no nacido, está formulado en diversas declaraciones internacionales de derechos humanos.[214]

El artículo 22 del Código Civil del Distrito Federal otorga la calidad de persona, dotada de los derechos y prerrogativas que las leyes civiles les conceden, al concebido reputándosele como nacido para los efectos de las mismas.

El derecho a la vida y a la integridad corporal, no son derivados de la norma civil, sino que están protegidos por una serie de leyes especiales que además no forman parte del Código Civil.

Tal prerrogativa deriva del ser mismo del individuo y está protegido por el Código Penal y, de alguna manera, por la Ley General de Salud.

Implica una situación jurídica tutelar que obliga al Estado a definir normas que tiendan a evitar que se prive a una persona de la vida o que se afecte su integridad (de ahí que se prevean figuras delincuenciales tales como el aborto, el homicidio, las lesiones, etcétera).

Así, la persona humana se constituye en cuanto sujeto de derecho y término de las relaciones jurídicas, en eje insustituible del Derecho.[215]

---

[214] Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948); Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Carta Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José); Declaración de los Derechos del Niño.

[215] PÉREZ VARGAS, Víctor, *El derecho de familia y los nuevos paradigmas,* T. II, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 242.

En opinión de Dora García Fernández, *el límite de todo avance científico debe ser, fundamentalmente, la dignidad del hombre como ser humano*.[216]

De esta manera, entre los derechos fundamentales de todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta su muerte, se encuentra el derecho a la vida y a la integridad física; y el del respeto a su dignidad.

En el curso de este trabajo, se han detallado las distintas teorías en torno a la cuestión del momento en el que comienza la vida humana.

Esta circunstancia ha sido discutida a través del tiempo, *aunque con el avance de la ciencia se ha ido confirmando con total certeza que ello ocurre mediante un proceso que se inicia a partir de la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide*.[217]

Lo anterior es así, porque a partir de ese momento -en especial, por conjugarse los 23 cromosomas paternos y 23 maternos-, queda impreso un nuevo código genético, un nuevo ser, irrepetible, con una autonomía e identidad genética propia, distinta a la de sus padres, el cual, desde el principio de su existencia y con independencia de las diferencias biológicas que el nuevo ser tiene durante su desarrollo, posee potencialidad suficiente como para, mediante un proceso irreversible y continuo, desarrollarse y llegar al nacimiento.

[216] GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora, *Op. cit.,* p. 46.
[217] SAMBRIZZI, Eduardo A., *Op. cit.,* p. 129.

Por tanto, el embrión debe ser sujeto de una protección especial que salvaguarde su vida y su integridad y que asegure el respeto a su dignidad.

Lo anterior es así, pues desde la fecundación del óvulo, la vida humana se desarrolla en sus diversas fases, con lo que se crea el estatuto biológico del embrión.

Del contenido del artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que existen una serie de efectos y derechos jurídicos a favor del concebido, pues el mismo establece que desde el momento en que el ser es concebido se le tiene por nacido para los efectos declarados en esa legislación y, por lo tanto, desde que se inicia en la vida intrauterina entra bajo la protección de la ley.

Es importante tener en consideración que el no nacido, no ha adquirido aún personalidad plena, sin embargo *sí obtiene algunos de sus atributos como el nombre (patronímico de ambos progenitores en caso de una filiación legítima y, por lo menos el de la madre, en el caso de una filiación ilegítima)*; *el domicilio (en este caso corresponde al legal, entendiéndose por tal, como ya se expuso, el de la persona que ejerza la patria potestad), por lo que respecta al estado civil y político, adquiere la calidad de hijo de los presuntos padres, y la de nacional México, de conformidad con la carta magna.*[218]

[218] LAURENT ÁVALOS, Angélica, en *Estudios de Derecho y Bioética*, Coord. GARCÍA FERNÁNDEZ DORA, Ed. Porrúa, 1ª ed., México, 2006, p. 71.

El derecho civil coloca al concebido bajo la protección de la ley y muestra el deseo del legislador de darle la mayor protección posible al considerarlo como nacido.

En esa virtud, se estima que la legislación que regule la aplicación de las técnicas de fecundación asistida permitidas por la ley, prevea de manera expresa la necesidad de que su uso se ajuste a los principios del respeto a su dignidad.

5.2.2. La voluntad como fuente del vínculo paterno filial

La voluntad es determinante para la determinación de la filiación.

Para la aplicación de las técnicas de fecundación asistida es indispensable contar con el consentimiento de los usuarios; sin embargo, este consentimiento no es simple ni llano, requiere de una característica esencial, la de ser informado.

El consentimiento informado importa una serie de cualidades o características que puede describirse en los términos siguientes: *el acto mediante el cual se informa detalladamente al paciente sobre el padecimiento, los diversos procedimientos diagnósticos, terapéuticos, posibles complicaciones, secuelas o riesgos inherentes a ellos, a efecto de que decida y autorice los procedimientos médicos en forma consciente, libre y responsable.*[219]

[219] GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora, *Op. cit.,* p. 44.

Tal descripción se ocupa esencialmente de las cuestiones médicas y es necesario traducirla al ámbito jurídico de la filiación, pues con la aplicación de la técnica de fecundación *in vitro* y ante la posibilidad de que fructifique en éxito, es indispensable que los interventores en ella, sepan que, con independencia del origen genético del producto, el mismo será considerado como suyo.

Lo anterior, permitirá prevenir problemas futuros que, a la larga, generarán ineludiblemente un perjuicio al menor que pudiera nacer con motivo de la aplicación de este tipo de técnicas.

Puede plantearse el caso de una pareja que, tras años de convivir como tal, decide procrear descendencia, dándose cuenta que no puede hacerlo por sí, auxiliándose para ello de la fecundación *in vitro*, por ser la indicada para su situación particular, en el entendido de que el varón es estéril y, por ende, se ha prescrito el uso de gametos masculinos.

Una vez aplicada la técnica y coronada por el éxito de un embarazo y un nacimiento, esta pareja incurra en problemas de gravedad tal que generen como consecuencia una ruptura; y que, a la postre, el interventor masculino en la misma, decida impugnar la paternidad que previamente reconociera, negando haber prestado su consentimiento o incluso, haberlo hecho motivado por el error, el engaño, o cualquier otro vicio de la voluntad.

En este caso, se generaría una situación de incertidumbre jurídica en el producto de la fecundación, pues sería evidente que el origen genético de éste no corresponda al de la persona que participó en el procedimiento antes mencionado; lo que se haría patente con la simple aplicación de una prueba de compatibilidad conocida como de análisis comparativo de ácido desoxirribonucléico (ADN).

El simple hecho de admitir esa posibilidad implica una situación de indefinición jurídica que debe ser solventada mediante una regulación mucho más explícita sobre el particular.

Existe una opinión generalizada entre los autores, sostenida de manera diáfana por Ma. de Jesús Moro Almaraz, en el sentido de que "*si ha mediado consentimiento por parte de los receptores no podría impugnarse luego la paternidad o la maternidad. Y, en general, se refieren al padre respecto de una fecundación con semen de donante".*[220]

Sin embargo, nuestra legislación no recoge de manera expresa tal circunstancia, particularmente cuando no reclama o exige que tal consentimiento sea informado en torno a las consecuencias jurídicas que pueda generar la fecundación haciendo uso de la técnica de fecundación mediante los gametos de donantes.

[220] MORO ALMARÁZ, Ma. Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial*, Barcelona, España, Ed. Librería Bosch, 1988, p. 280.

Es en este supuesto, entonces, donde pueden surgir graves conflictos y de solución mucho más que compleja.

Por lo tanto, se considera que en la legislación pretendida es necesario contemplar como requisito para el establecimiento de la filiación a partir de la aplicación de alguna técnica de fecundación asistida, el de que opere el consentimiento informado de los usuarios.

Entonces, deberán modificarse las disposiciones legales atinentes, con el objeto de que en ellas se prevea que, operando el consentimiento informado del padre, éste no podrá impugnar la paternidad del hijo que nazca, a través de la aplicación de la fecundación asistida, con independencia de que el material genético con que fue procreado sea propio o de un tercero.

Ello generará, para el infante nacido, la certeza jurídica de nacer al amparo de una filiación efectiva y eficazmente determinada por la ley, en la que pueda identificarse adecuadamente a un padre y a una madre, desde el punto de vista biológico, cuando el varón y la mujer consientan informadamente en la aplicación de las técnicas de fecundación asistida (particularmente cuando tenga la calidad de heteróloga).

5.2.3. El derecho a la intimidad y al anonimato en el caso de donantes de células germinales

En términos de lo que dispone el artículo 327 de la Ley General de Salud, la donación de células se encuentra reconocida como como un acto lícito, cuyas características se ajustan a la definición general del concepto “donación”.

La misma se encuentra sujeta a las siguientes peculiaridades: la donación en materia de salud se refiere a órganos, tejidos y células -incluidas las germinales, esto es, óvulos y espermatozoides-; al donador o donante también se le conoce como disponente.

Al que recibe las células, tejidos u órganos se le denomina receptor; el consentimiento en torno a la donación puede ser expreso o tácito; pueden donarse órganos, tejidos y células en vida o para después de la muerte; en la donación en materia de salud operan los siguientes principios: a) Altruismo; b) Ausencia de ánimo de lucro; c) Confidencialidad; y, d) Gratuidad.

Un aspecto fundamental a tomar en cuenta cuando se trata de donación de células germinales se refiere a la confidencialidad, es decir, a la imposibilidad de proporcionar o hacer públicos los datos de los donantes y los receptores, a fin de proteger el derecho a la intimidad.

Lo anterior implica la necesidad de garantizar al donante la confidencialidad debida respecto del acto mismo de la donación y de su identidad y datos personales.

Se considera necesario, retomando el espíritu de la legislación mencionada, que la regulación pretendida, acoja esta circunstancia como un elemento que impida, a la larga, que cualquier persona que tenga la calidad de disponente o de donante de células germinales usadas en la aplicación de técnicas de fecundación asistida, pueda ser objeto de indagación respecto de su identidad y condición, pues ello atentaría contra este principio.

5.2.4. La necesaria referencia a la Ley General de Salud para fines técnicos

En primer término, debe señalarse que la legislación civil (y en su caso, la familiar) no pueden ocuparse del establecimiento de especificaciones técnicas en materia de fecundación asistida.

Ello sólo compete a la Ley General de Salud y sus distintos Reglamentos, que se ocupan de la definición normativa de tales métodos, así como de la especificación de los elementos y supuestos que giran en torno a ellos, tales como el concepto de donante o disponente, de usuario, de consentimiento informado, de células germinales, de las técnicas permitidas en materia sanitaria, etc.

Para fines de evitar reiteraciones innecesarias, se considera pertinente que la regulación pretendida haga uso del mecanismo del reenvío legislativo para que exista una remisión directa y expresa a dicha legislación en torno a

cuestiones eminentemente técnicas y que en ella sólo se contengan los efectos, límites y alcances de los métodos de reproducción asistida en materia de derechos familiares.

5.3. Regulación de la fecundación asistida en la Norma Constitucional

Con el objeto de dotar a las técnicas de reproducción asistida de un sustento jurídico mucho más pleno y eficaz, así como de reconocerlas en el contexto jurídico mexicano, se estima que la regulación que se pretende parta de la modificación al artículo 4º Constitucional.

Tal modificación implicaría la inclusión del reconocimiento del derecho de las personas a acceder a este tipo de métodos, bajo la base del respeto a la dignidad tanto de los usuarios como del producto, en cuanto seres humanos y teniendo como elemento sustancial el consentimiento informado.

Lo anterior significaría un notable avance en esta materia, en virtud de que en ella se sentarían los principios básicos sobre los cuáles debe operar el uso de las distintas técnicas de fecundación asistida reconocidas por la ley y su acceso por parte de los usuarios a partir de esquemas de protección mínimos y básicos.

Además, la inclusión en la norma constitucional generaría condiciones de certeza jurídica a favor de quienes acceden a este tipo de métodos y acabaría por delinear de

una manera más acabada, los alcances del derecho a la procreación que ya prevé el numeral 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

5.4. Regulación de los efectos de la fecundación asistida en el Código Civil para el Distrito Federal

Se considera oportuno que la legislación civil para el Distrito Federal regule de una manera mucho más completa, los efectos y consecuencias que la aplicación de las técnicas de fecundación asistida genera en el ámbito de la filiación.

En primer término, se estima necesario que este catálogo normativo mantenga, como ya lo hace que el parentesco por consanguinidad puede surgir entre el hijo producto de la reproducción asistida y quienes la consientan.

Lo anterior, en el entendido que al supuesto de consentimiento a que se hace alusión se adicione la expresión *informado*, a fin de que el mismo cumpla con los fines de pleno conocimiento y convicción de las consecuencias y efectos que el mismo genera.

Por otro lado, es indispensable también que en la norma civil a que se hace alusión se prevea que por reproducción asistida se entienden los métodos que reconoce la Ley General de Salud, a fin de cubrir los aspectos técnicos que las mismas entrañan.

Asimismo se señalará que no podrá impugnarse el parentesco que se establezca cuando el hijo sea producto de

la reproducción asistida -con independencia de que el material genético usado en ella sea propio de los usuarios o de un donante-, cuando se demuestre que la misma fue llevada a cabo mediante el consentimiento informado y que en todo caso, la aplicación de tales técnicas deberán respetar la dignidad intrínseca del ser humano; asimismo, deberá incluirse en la legislación el derecho a la intimidad y al anonimato del donante, en caso de que se trate de fecundación asistida heteróloga.

5.5. Regulación de los efectos de la fecundación asistida en el Código Familiar para el Estado de Michoacán

Como se ha señalado, en el caso del Código Familiar para el Estado de Michoacán, se reconoce a la reproducción asistida como una fuente del parentesco.

No obstante ello, se considera que la regulación que en torno a ella se establece en tal catálogo normativo resulta inacabada.

A este respecto, se considera oportuno que en el Código Familiar se incluya un precepto que reproduzca en lo esencial, la definición de persona que prevé el numeral 22 del Código Civil para el Distrito Federal, a fin de dotar de sustento normativo al principio de protección al embrión, considerándolo como persona para los efectos de la legislación civil, desde el momento de su concepción.

De igual manera, se estima conveniente que el Código Familiar prevea la generación del parentesco por consanguinidad en este tipo de supuestos de la misma manera en que lo hace el Código Civil para el Distrito Federal, por considerarse que tal prevención –salvo lo que se señala en el párrafo siguiente- es mucho más acabada y refleja de mejor manera los alcances de esa regulación.

Por otro lado, al igual que en el caso de la legislación civil para el Distrito Federal, es indispensable señalar que el consentimiento que expresen los usuarios de las técnicas de fecundación asistida debe tener la calidad de informado, a fin de generar certeza jurídica en torno a la filiación que pueda establecerse entre ellos y el producto de la concepción.

Se considera fundamental que en la legislación familiar local se haga un reenvío legislativo a la Ley General de Salud y sus Reglamentos, en lo que hace a los aspectos técnicos de los métodos de reproducción asistida.

Asimismo deberá indicarse que la paternidad y la maternidad derivadas del uso de estos métodos se considerará acreditado respecto de los usuarios, cuando medie el consentimiento informado y con independencia de que el material genético utilizado en ellos corresponda a dichos usuarios o donantes, a quienes deberá resguardarse el derecho a la intimidad y al anonimato.

CONCLUSIONES

Una vez concluida la actividad de investigación contenida en este trabajo, pueden sostenerse las siguientes conclusiones:

La fecundidad social implica el comportamiento reproductivo de una sociedad, y en su incremento o reducción se ven involucrados factores de carácter social, cultural, económico, e incluso moral.

Por su parte, la infertilidad es una expresión biológica de la fecundidad social, que implica la incapacidad fisiológica del ser humano para reproducirse; como fenómeno, impacta de manera evidente en el ámbito individual y social.

El derecho a procrear forma parte de las libertades que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce a los individuos, en términos de su artículo 4º.

Si tal numeral prevé el derecho y la libertad a la procreación, la ley secundaria no puede proscribirlos; en consecuencia, si se parte de la base de que los métodos de reproducción asistida forman parte de las alternativas que la ciencia pone al alcance de los individuos para procrear, la ley no puede prohibirlos pues contradeciría el espíritu de aquella disposición; y, por tanto, al encontrarse permitidos tácitamente estos métodos no puede omitirse su regulación pues ello deriva en colocar a quienes se someten a ellos a un estado de indefinición e indefensión jurídicas.

Las técnicas de fecundación asistida admiten fundamentalmente dos modalidades: la homóloga y la heteróloga; entendiéndose por la primera, aquella en la que las células germinales que se utilizan en ellas corresponden a los usuarios; y, por la segunda, en la que los gametos corresponden a donantes, es decir, terceros ajenos a los usuarios.

Por células germinales o gametos humanos, debe entenderse las células reproductoras masculina y femenina, es decir, el espermatozoide y el óvulo, capaces de dar origen a un embrión.

La donación de células germinales se encuentra permitida por la ley, siempre que en ella operen los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad; de manera tal que el comercio de espermatozoides y óvulos se encuentra prohibido.

En términos científicos, las técnicas de fecundación asistida más usuales son las siguientes: a. La inseminación artificial; b. La fecundación *in vitro; c*. La maternidad subrogada; y, d. La reproducción asexuada o clonación.

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, reconoce como únicas técnicas de fecundación asistida permitidas, a la inseminación artificial y a la fecundación *in vitro*, tanto homóloga como heteróloga. En tanto que no se reconoce

como tal a la maternidad subrogada y se prohíbe expresamente, en el Código Penal federal, a la clonación.

La filiación debe ser entendida como una relación biológica existente entre padres e hijos, dotada de un contenido jurídico desde el momento en que el ordenamiento atribuye derechos, deberes y obligaciones entre padres e hijos; en el entendido que tal vínculo biológico no siempre coincide con el que jurídicamente pudiera definirse al respecto, de ahí que deba distinguirse entre filiación material y filiación formal.

Como tal, dicho vínculo jurídico puede establecerse en las siguientes formas; la llamada filiación legítima; la legitimada; la natural; y, la derivada de la adopción.

De igual forma, debe ser advertida a través de distintos puntos de vista: se le identifica como paternidad o maternidad, cuando se observa desde el padre o la madre; y, como filiación, cuando ello ocurre desde el punto de vista del hijo.

La maternidad, en todo caso, resulta de un hecho cierto y evidente: el nacimiento, de manera tal que no podrá negarse cuando el alumbramiento y la identidad del nacido se acrediten; la paternidad, al no corresponder a un hecho igualmente cierto y evidente, debe acreditarse a través de presunciones.

El acceso a las técnicas de fecundación asistida nos coloca frente a un nuevo escenario en torno a la filiación,

particularmente a partir de la multiplicidad de mecanismos que, en ellas, pueden ser usados.

El uso de técnicas de fecundación asistida presupone, de suyo, la procreación, siempre que se tenga éxito en su aplicación; de manera tal que, cuando el empleo de los métodos de fecundación asistida genera un embarazo y éste llega a término, generando con ello el nacimiento de un ser vivo y viable, se da lugar a vínculos jurídicos entre los usuarios de dichos métodos y el producto del mismo.

Los nexos reconocidos por el derecho caen en el campo de la filiación, por ser la relación que crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado y, por lo tanto, constituye la forma más cercana del parentesco.

El contenido de los artículos 326 y 329 del Código Civil para el Distrito Federal; 150, 261, fracción XX, y 301 del Código Familiar para el Estado de Michoacán, contienen meras referencias a las técnicas de fecundación asistida, sin embargo, su contenido no implica en modo alguno la existencia de una regulación específica y mucho menos, la determinación precisa de sus efectos en materia de filiación.

En tratándose de las técnicas de reproducción asistida con el carácter de homólogas –es decir, haciendo uso de células germinales de los propios usuarios-, cuando éstos son cónyuges o concubinos, la filiación que puede establecerse entre éstos y el producto es evidente y no puede

ser materia de controversia, pues en todo caso existirá coincidencia entre la material (genética) y la formal (jurídica).

Sin embargo, la situación asume un cariz distinto cuando se alude a la fecundación heteróloga, es decir, cuando en ella se utilizan células germinales de donantes.

Para la aplicación de las técnicas de fecundación asistida es indispensable contar con el consentimiento de los usuarios; sin embargo, este consentimiento no es simple ni llano, requiere de una característica esencial, la de ser informado.

Analizando el contenido de la legislación civil para el Distrito Federal, se tiene que la misma no prevé expresamente si el parentesco generado entre el hijo producto de una fecundación asistida y de sus padres, se equipara al consanguíneo; en tanto que el numeral 301, párrafo segundo del Código Familiar, prevé que para que el parentesco por consanguinidad opere, entre el hijo producto de reproducción asistida y los interventores en ella como usuarios, es necesario que éstos la consientan; sin embargo, la ley no reclama, en este caso, algún otro carácter del consentimiento, más que el que sea expresado.

Como ha quedado señalado, la maternidad no representa mayor problema, pues el alumbramiento y la identidad del nacido, la determina; en el caso de la paternidad, debe distinguirse entre aquella que pueda

asignarse en mérito de que el presunto padre se encuentre unido o no con la madre.

En el primero de los casos, la paternidad deriva de presunciones que admiten excepciones, tales como el que se demuestre que el presunto progenitor no pudo tener acceso carnal con su cónyuge, durante un tiempo determinado que permita deducir que el producto desciende de él.

El problema es mucho más complejo, cuando el hijo nace fuera de matrimonio, pues en este caso, la filiación sólo puede determinarse a partir del reconocimiento expreso del presunto padre.

Cuando se haga uso, en ambos casos, de la fecundación asistida, con células de donantes, de llegarse a controvertir la paternidad derivada de las presunciones o de promoverse la investigación de la misma, para lograr el reconocimiento, el resultado será negativo para el hijo, habida cuenta que no podrá demostrarse vínculo biológico entre éste y el presunto padre.

En esta virtud, es indispensable contar con una regulación que defina de manera específica y puntual, los efectos de la aplicación de este tipo de técnicas, en materia de filiación.

En esta tesitura, la legislación civil (en el caso del Distrito Federal) y familiar (para el caso de Michoacán) debe señalar en forma expresa que las técnicas de fecundación asistida reconocidas por ella, son las que prevé la Ley

General de Salud, generando con ello la prohibición implícita de que, para lograr la procreación, se haga uso de la maternidad subrogada o de la clonación.

Por otro lado, la regulación que se propone debe considerar que el consentimiento que se otorgue para la utilización de este tipo de técnicas, debe ser informado en cuanto a los efectos jurídicos que, en materia de filiación, se generan en caso de resultar exitosas.

Es indispensable además que dicha regulación procure respetar la dignidad del hijo y generar en él la certidumbre jurídica de nacer al amparo de una filiación efectiva y eficazmente determinada por la ley, en la que pueda identificarse adecuadamente a un padre y a una madre, o en su defecto, únicamente a ésta, desde el punto de vista biológico, cuando se consienta informadamente en la aplicación de la fecundación *in vitro* con células de donantes.

Con el objeto de dotar a las técnicas de reproducción asistida de un sustento jurídico mucho más pleno y eficaz, así como de reconocerlas en el contexto jurídico mexicano, se estima que la regulación que se pretende parta de la modificación al artículo 4º Constitucional.

Tal modificación implicaría la inclusión del reconocimiento del derecho de las personas a acceder a este tipo de métodos, bajo la base del respeto a la dignidad tanto de los usuarios como del producto, en cuanto seres humanos

y teniendo como elemento sustancial el consentimiento informado.

Además, la inclusión en la norma constitucional de las técnicas de fecundación asistida generaría condiciones de certeza jurídica a favor de quienes acceden a este tipo de métodos y acabaría por delinear de una manera más acabada, los alcances del derecho a la procreación que ya prevé el numeral 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Se considera necesario también que la legislación civil para el Distrito Federal regule de una manera mucho más completa, los efectos y consecuencias que la aplicación de las técnicas de fecundación asistida genera en el ámbito de la filiación.

En primer término, se estima conveniente que este catálogo normativo prevea (como ya lo hace) que el parentesco por consanguinidad puede surgir entre el hijo producto de la reproducción asistida y quienes la consientan, incorporando el elemento del consentimiento informado.

Por otro lado, es indispensable también que en la norma civil a que se hace alusión se prevea que por reproducción asistida se entienden las métodos que reconoce la Ley General de Salud, a fin de cubrir los aspectos técnicos que las mismas entrañan.

Asimismo se señalará que no podrá impugnarse el parentesco que se establezca cuando el hijo sea producto de

la reproducción asistida –con independencia de que el material genético usado en ella sea propio de los usuarios o de un donante-, cuando se demuestre que la misma fue llevada a cabo mediante el consentimiento informado y que en todo caso, la aplicación de tales técnicas deberán respetar la dignidad intrínseca del ser humano; asimismo, deberá incluirse en la legislación el derecho a la intimidad y al anonimato del donante, en caso de que se trate de fecundación asistida heteróloga.

En el caso del Código Familiar para el Estado de Michoacán, se reconoce a la reproducción asistida como una fuente del parentesco.

Se considera oportuno que en el Código Familiar se incluya un precepto que reproduzca en lo esencial, la definición de persona que prevé el numeral 22 del Código Civil para el Distrito Federal, a fin de dotar de sustento normativo al principio de protección al embrión, considerándolo como persona para los efectos de la legislación civil, desde el momento de su concepción.

De igual manera, se considera que es conveniente que el Código Familiar prevea la generación del parentesco por consanguinidad en este tipo de supuestos de la misma manera en que lo hace el Código Civil para el Distrito Federal, por considerarse que tal prevención -salvo lo que se señala en el párrafo siguiente- es mucho más acabada y refleja de mejor manera los alcances de esa regulación.

Por otro lado, es indispensable prever que el consentimiento que expresen los usuarios de las técnicas de fecundación asistida debe tener la calidad de informado, a fin de generar certeza jurídica en torno a la filiación que pueda establecerse entre ellos y el producto de la concepción.

Se estima imprescindible también que en la legislación familiar local se haga un reenvío legislativo a la Ley General de Salud y sus Reglamentos, en lo que hace a los aspectos técnicos de los métodos de reproducción asistida.

Asimismo deberá indicarse que la paternidad y la maternidad derivadas del uso de estos métodos se considerará acreditado respecto de los usuarios, cuando medie el consentimiento informado y con independencia de que el material genético utilizado en ellos corresponda a dichos usuarios o donantes, a quienes deberá resguardarse el derecho a la intimidad y al anonimato.

PROPUESTAS

En mérito de lo analizado en este trabajo de investigación y con base en las conclusiones antes señaladas, se propone lo siguiente:

I. La reforma al artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que actualmente dispone:

> ***Artículo 4º****. El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.*

Para que en lo subsecuente diga:

> ***Artículo 4º****. El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Toda persona tiene derecho a acceder a las técnicas de fecundación asistida que prevea la Ley, las que deberán aplicarse atendiendo al respeto a la dignidad del ser humano y con base en el consentimiento informado. Todo ente tiene derecho*

a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

II.- La reforma del artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, que actualmente dispone:

Artículo 293. *El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.*
También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.
En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

Para que ahora señale:

Artículo 293.- *El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.*
También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora, mediante el consentimiento informado. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera

parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.
Se entenderá por reproducción asistida, las técnicas que sean consideradas como tales por la Ley General de Salud y sus Reglamentos.
En la utilización de las técnicas de reproducción asistida deberá atenderse primordialmente a la dignidad de la persona.
En todo caso, se preservará el derecho al anonimato del donante de células germinales.
En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

III.- La adición de un párrafo cuarto al artículo 2º del Código Familiar para el Estado de Michoacán, que actualmente indica:

Artículo 2º. *Las normas de derecho de familia son de interés social y de orden público.*
El hombre y la mujer son iguales ante la Ley.
Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y espaciamiento de sus hijos.
Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.
La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores o incapacitados, a cargo de las instituciones públicas.

Para que ahora señale:

Artículo 2º. *Las normas de derecho de familia son de interés social y de orden público.*
El hombre y la mujer son iguales ante la Ley.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y espaciamiento de sus hijos.
La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.
Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.
La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores o incapacitados, a cargo de las instituciones públicas.

IV.- La modificación del artículo 301 del Código Familiar para el Estado de Michoacán, que actualmente señala:

***Artículo 301**. El parentesco de consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.*
También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan.
En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad, aquél que exista entre el adoptando, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

Para quedar como sigue:

***Artículo 301.** El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.*
También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado

el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora, mediante el consentimiento informado. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

Se entenderá por reproducción asistida, las técnicas que sean consideradas como tales por la Ley General de Salud y sus Reglamentos.

En la utilización de las técnicas de reproducción asistida deberá atenderse primordialmente a la dignidad de la persona.

En todo caso, se preservará el derecho al anonimato del donante de células germinales.

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRÁFICAS

ALBARELLOS, Laura A., *Bioética con trazos jurídicos,* 1ª ed., México, Ed. Porrúa, 2007, 202 pp.

BAQUEIRO Rojas, Edgard, *et al, Derecho de familia,* 1ª ed., México, Ed. Oxford, 2005, 419 pp.

BOSSERT, Gustavo A., *et al, Manual de derecho de familia,* 5ª ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 2003, 659 pp.

BRENA Sesma, Ingrid, *Código de leyes sobre genética. T. I, II y III,* 1ª ed., México, Ed. UNAM, 2007, 968 pp.

BURGOA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 34ª ed., México, Ed. Porrúa, 2002, 1094 pp.

CANO Valle, Fernando, *Bioética. Temas Humanísticos y jurídicos,* 1ª ed., México, Ed. UNAM, 2005, 181 pp.

CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México,* 1ª ed., México, Ed. Porrúa, 2004, 1111 pp.

CÓRDOBA, Jorge Eduardo, *et al, Fecundación humana asistida. Aspectos jurídicos emergentes,* 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Alverioni Ediciones, 2000, 72 pp.

CORRAL Talciani, Hernán, *Derecho y Derechos de la Familia*, 1ª ed., Lima, Perú, Ed. Grijley, 2005, 329.

DE LA MATA Pizaña, Felipe, *Derecho familia y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 2005, 459 pp.

DOMÍNGUEZ Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, Familia,* 1ª ed., México, Ed. Porrúa, 2008, 737 pp.

GARCÍA Fernández, Dora, *et al, Estudios de derecho y bioética T. I.,* 1ª ed., México, Ed. Porrúa, 2006, 195 pp.

GARCÍA Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho,* 31ª ed., México, Ed. Porrúa, 1980, 444 pp.

GUTIÉRREZ y González, Ernesto, *Derecho civil para la familia,* 1ª ed., México, Ed. Porrúa, 2004, 648 pp.

GUZMÁN Ávalos, Aníbal, *La filiación en los albores del siglo XXI,* 1ª ed., México, Ed. Porrúa, 2005, 359 pp.

IBARRA, Antonio de, *Derecho de familia*, 5ª ed., México, Ed. Porrúa, 2006, 632 pp.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano,* T. I-IV, 10ª ed., México, Ed. Porrúa, 1998, 3272 pp.

KEMELMAJER de Carlucci, Aída, *El derecho de familia y los nuevos paradigmas. T. I al III,* 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, 336 pp.

LEPERCQ, Jacques*, et al*, *Larousse del bebé*, 1ª ed., México, Ed. Larousse, 2004, 231 pp.

LÓPEZ Faugier, Irene, *La prueba científica de la filiación,* 1ª ed., México, Ed. Porrúa, 2005, 531 pp.

MASSAGLIA de Bacigalupo, María Valeria, *Nuevas formas de procreación y el derecho penal,* 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Ad-Hoc, 2001, 187 pp.

MÉNDEZ Costa, María Josefa, *Derecho de familia. T. I al III,* 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, 673 pp.

MORO Almaráz, Ma. Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación "in vitro"*, 1ª ed., Barcelona, España. Ed. Librería Bosch, 1988, 417 pp.

ORTIZ de Rozas, Abel Fleitas, *Manual de derecho de familia,* 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. LexisNexis, 2004, 511 pp.

RAMOS, Rodolfo, *Fecundación asistida y derecho,* 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Juris, 1992, 119 pp.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española,* 21ª ed., Madrid, España, Ed. Espasa Calpe, 2001, 2133 pp.

RICO, Álvarez Fausto, *et al, De la persona y de la familia en el Código Civil para el Distrito Federal*, 1ª ed., México, Ed. Porrúa, 2006, 401 pp.

SAMBRIZZI, Eduardo A., *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano,* 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo-Perrot, 2001, 284 pp.

SÁNZ Álvarez, Jaime Enrique, *Fecundación asistida,* 1ª ed., Medellín, Colombia, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, 327 pp.

SOTO Lamadrid, Miguel Ángel, *Biogenética, filiación y delito,* 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 1990, 573 pp.

ZAVALA Pérez, Diego H., *Derecho familiar,* 1ª ed., México, Ed. Porrúa, 2006, 540 pp.

LEGISLATIVAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención de los Derechos del Niño

Ley General de Salud

Código Civil para el Distrito Federal

Código Penal Federal

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud

Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo

ELECTRÓNICAS

_____, *Decreto para la Regulación de la Reproducción Asistida* [En línea], Costa Rica, s.l., [citado 22/05/2007], formato htm, disponible en: www.netsalud.sa.cr/ms/decretos/dec5.htm.

_____, *Convención sobre los derechos del niño,* [En línea], México, s.l., [citado 23/03/2012], formato pdf, disponible en: http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/689/1/images/Convencion_sobre_los_derechos_del_nino.pdf

GÓNGORA Rodríguez, Alfredo, *La donación espermática como alternativa ante el factor masculino severamente afectado,* [En línea] México, s.l., [citado 31/05/2007], formato htm, disponible en: www.fecundaciónasistida.com.mx.

LERNER, Jorge, "*Edad y Fertilidad*", [En línea] México, s.l., [citado 31/05/2007], formato htm, disponible en: www.fecundaciónasistida.org.mx.

_____, *Fertilidad,* [En línea], s.l., [citado 31/05/2007], formato htm, disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Fertilidad.

_____, *Estadísticas sobre fertilidad y uso de anticonceptivos en México,* [En línea], actualizado al 22 de septiembre de 2006, [citado 31/05/2007], formato htm, disponible en www.inegi.gob.mx.