

Voluntad Procreacional (Procreational Will)

ANÍBAL GUZMÁN ÁVALOS*
MARÍA DEL CARMEN VALDÉS MARTÍNEZ*

Guzmán Ávalos, A., Valdés Martínez, M.C., 2017. Voluntad Procreacional. *Oñati Socio-legal Series* [online], 7 (1), 75-96. Available from: <https://ssrn.com/abstract=2922064>



Abstract

The use of assisted reproduction techniques in Mexico and world wide require the consent of the users as an legal essential element of this legal figure; the current essay focus on the analysis of the procreational will as an element of this new filiation mode, in the context of the different normative hypothesis provided by the Mexican law.

Key words

Assisted reproductive technology; procreational will; filiation

Resumen

El uso de las técnicas de reproducción asistida en México, como en todo el mundo, requieren de un elemento esencial como es la prestación del consentimiento de los usuarios; en este trabajo se hace un análisis de esta voluntad procreacional que constituye un elemento en este nuevo modo de filiación, en cada una de las hipótesis que se pueden presentar atendiendo a nuestra legislación.

Palabras clave

Técnicas de reproducción asistida; voluntad procreacional; filiación

* Doctor en Derecho, Catedrático de la Universidad Veracruzana, miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Facultad de Derecho. Universidad Veracruzana. Circuito Aguirre Beltrán S/N Zona Universitaria. Xalapa, Veracruz. CO 91000. México anibalguzman@uv.mx

* Profesora investigadora. Facultad de Derecho. Universidad Veracruzana. Circuito Aguirre Beltrán S/N Zona Universitaria. Xalapa, Veracruz. CO 91000. México cavaldez@uv.mx



Índice

1. Introducción.....	77
2. La voluntad como elemento de la filiación	77
3. La voluntad "procreacional"	78
3.1. Fecundación homóloga	79
3.1.1. La paternidad dentro de una relación heterosexual estable	79
3.1.2. Fuera de matrimonio para el establecimiento de la paternidad	80
3.1.3. Dentro de matrimonio para el establecimiento de la maternidad.....	80
3.1.4. Fuera de matrimonio para el establecimiento de la maternidad	80
3.2. Fecundación heteróloga	80
3.2.1. Dentro y fuera de matrimonio para el establecimiento de la paternidad.....	81
3.2.2. Para el establecimiento de la maternidad	81
3.3. A propósito de la sustitución de la maternidad	82
4. Marco legal en México de la procreación asistida.....	84
4.1. A nivel federal	84
4.2. A nivel local.....	85
4.2.1. Jalisco.....	85
4.2.2. Tabasco	86
4.2.3. Distrito Federal	87
4.2.4. Coahuila.....	88
4.2.5. Estado de México	89
4.2.6. Michoacán	90
4.2.7. Morelos.....	90
4.2.8. Puebla	90
4.2.9. Querétaro.....	90
4.2.10. San Luis Potosí.....	92
4.2.11. Sonora	93
4.2.12. Zacatecas	93
4.2.13. Veracruz.....	93
5. Conclusión	93
Referencias.....	94
Legislación.....	96

“La vida cobra sentido, cuando se hace de ella una aspiración a no renunciar a nada”

Ortega y Gasset

1. Introducción

Hoy podemos observar que no es imprescindible la relación sexual para lograr la concepción del ser humano. Con los avances científicos se puede tener descendencia sin necesidad de unión sexual entre un hombre y una mujer.

Sin el propósito de hacer una descripción de las técnicas de procreación medicamente asistida, ya que no es el objetivo de este trabajo, a grandes líneas podemos señalar que, la procreación, se puede generar a través de inseminación artificial que consiste en colocar en el útero de la mujer semen de un hombre sin contacto sexual; que puede ser homóloga, si se utiliza esperma del propio marido y heteróloga si se ocupa esperma de un donador. En cambio, si hablamos de fecundación *in vitro*, el procedimiento es distinto, ya que ocurre en probeta y al igual que la inseminación también puede ser homóloga y heteróloga, según se trate del óvulo de la cónyuge o de una mujer extraña, de semen del marido o de un donante.

Hoy, además, se puede hablar de otras técnicas novedosas y con mucho éxito: La *microinyección* espermática que básicamente consiste en la inyección directa de un solo espermatozoide en el interior del óvulo; el *diagnóstico genético preimplantacional* que se utiliza en parejas que poseen un riesgo elevado de transmitir a su descendencia una determinada enfermedad y en aquellas que sufren abortos continuos (López Galves y Moreno García 2015, p. 244). Así como el *trasplante uterino* indicado en el factor uterino absoluto, considerado como la última frontera a conquistar en la investigación de la esterilidad, en este sentido Armijo Suárez (2015, p. 34) que está en fase experimental.

A las técnicas mencionadas, se suma la gestación por sustitución, que en términos generales, consiste en contar con los servicios de una mujer para que lleve el embarazo con la intención de entregar el niño o la niña al nacer a las personas que los han encargado.

Con la utilización de técnicas de procreación asistida, se puede tener descendencia en forma asexual, los usuarios exteriorizan su voluntad, se trata de un acto substitutivo de la cópula aunque, en ocasiones, no aportan gametos, deciden el nacimiento porque desean un hijo o hija y es a quien se le atribuye la paternidad y/o la maternidad (Vercellone 1987, p. 317, Rivero Hernández 1988, p. 151). De este modo en muchos lugares del mundo y en varias entidades federativas en México, se ha regulado la procreación con asistencia médica, por la voluntad de quien quiere ser padre y/o madre o padres y madres con todos los efectos jurídicos que implica la filiación.

2. La voluntad como elemento de la filiación

La voluntad en la filiación juega un papel especial, aun cuando el derecho de familia se caracteriza por su conjunto de normas imperativas, en esta materia se pueden apreciar sensiblemente disminuidas, ya que cada vez hay una mayor intervención de la voluntad de los sujetos en cuya relación intervienen.

Este elemento, siempre se ha podido observar en la adopción, cuya función social es tan relevante que dio origen a una categoría de filiación equiparada a la consanguínea; creando un vínculo jurídico más allá de un hecho solamente biológico, la adopción creó un tipo diferente de paternidad y de maternidad que puede llamarse afectiva o social. Todavía se hace más patente en esta clase de filiación, cuando se trata de adopción simple, que puede revocarse por el sólo consentimiento entre las partes.

Asimismo la voluntad es preponderante en la filiación fuera de matrimonio, donde el reconocimiento voluntario del padre es fundamental para establecer la paternidad; igual en varias hipótesis para el reconocimiento se requiere la voluntad de la hija o hijo por reconocer. Lo mismo sucede en la posibilidad de impugnar o reclamar la paternidad y la maternidad, etc.

Hoy tenemos un nuevo modo de filiación que requiere ineludiblemente del concurso de la voluntad; que no es otro, más que la procreación con el auxilio de los avances científicos, ya que se permite la utilización de las técnicas de reproducción asistida siempre que se cuente con el consentimiento de los interesados; voluntad que permite atribuir la paternidad o maternidad.

No hay duda que este elemento es fundamental en la constitución del concepto actual del derecho de filiación y al que nos vamos a referir únicamente en este trabajo, sin entrar al estudio de cualquier otro elemento constitutivo como sería el lazo biológico, ya que no es nuestro objetivo; y como bien lo afirma Valdés Díaz (2016, p. 475), en la filiación derivada de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, debe primar, "por encima de lo biológico, la voluntad procreacional".

3. La voluntad "procreacional"

La voluntad "procreacional" es un factor determinante no sólo para la posibilidad de tener hijos, o bien, decidir no tenerlos, (Minyersky y Flah 2014, p. 213) así como también, para iniciar los procedimientos, médicamente asistidos, que culminen en una maternidad o paternidad (Brena Sesma 2012, p. IX).

Para Herrera (2015, p. 481), la voluntad "procreacional" es el eje central en el que se edifica la filiación de las niñas y niños que nacen mediante la procreación medicamente asistida, con independencia que hayan aportado o no su material genético. En este sentido, podemos señalar que lo verdaderamente importante para crear un vínculo de filiación con una niña o un niño es la voluntad de quien decidió su procreación; de tal forma que si no existe dicha voluntad, tampoco podrá establecerse el vínculo de filiación entre ellos.

La voluntad que se emite es un elemento integrador de la filiación, es el presupuesto indispensable de cualquier práctica tendente a este tipo de procreación (Mantovani 1994). Cualquier clase de intervención genética en el ser humano, dentro de los límites objetivos de la actividad terapéutica o terapéutico-experimental, es lícita, si se lleva a cabo con el consentimiento informado de las personas receptoras, siempre que tengan capacidad jurídica plena, ausente de cualquiera de los vicios de la voluntad, es decir, otorgado de manera libre, consciente, (sin error, dolo, intimidación o violencia) expresa y por escrito. El consentimiento debe ser informado, de una manera explícita y adecuada de la técnica a utilizar, donde se explique a los pacientes, el tratamiento o intervención quirúrgica requerida, las posibilidades de éxito, así como los riesgos que las técnicas traen consigo; sus bondades y desventajas; no sólo desde el punto de vista médico, sino también jurídicos y psicológicos.

En este orden de ideas, el consentimiento que se requiere en la procreación medicamente asistida, debe tener dos ámbitos; el primero, para que una persona capacitada actúe sobre el cuerpo de otra, como manifestación de la disposición de su propio cuerpo, y el segundo, es el elemento volitivo que define la aceptación de las consecuencias jurídico familiares de la manipulación médica, es decir, el consentimiento para asumir la maternidad y la paternidad, en su caso, como consecuencia de haber utilizado una técnica de procreación asistida.

En el primer ámbito, es indispensable la manifestación de esa voluntad, sin ésta, no se puede realizar ninguna intervención sobre el cuerpo de la persona para lograr la fecundación. Si el profesional realiza actividades de procreación asistida sin voluntad de la persona, se puede sancionar penalmente. Así en el artículo 466 de la

Ley General de Salud señala que “aunque sea con el consentimiento de una mujer o sin su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, el que realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años

El segundo ámbito, es crucial toda vez que su otorgamiento conduce a la determinación tanto de la maternidad como de la paternidad y no debe confundirse con una transacción respecto del estado de los hijos y los derechos y obligaciones derivadas de él. Es una manifestación de voluntad, previa a la concreción de ese vínculo filial; y se debe entender como la expresión de la voluntad de una persona que de manera libre asume las consecuencias de un determinado acto equiparable, en este caso, con la manifestación de la voluntad en la adopción.

Desde luego, se trata de un consentimiento complejo, en el que confluyen varias voluntades: la de la persona que desea hacer uso, en si misma, de una técnica determinada; en su caso, el de su pareja quien asumirá la responsabilidad paternal; la de la persona que dona los gametos y la del médico que realizará el procedimiento medico necesario. Cada una de estas manifestaciones de voluntad tiene consecuencias diversas.

En este trabajo se abordará el consentimiento de los actores principales, en cada uno de las alternativas de procreación asistida.

3.1. Fecundación homóloga

La concepción se realiza en una forma asexuada utilizando los gametos de los esposos o pareja estable, los lazos biológicos y legales permanecen idénticos es decir que en tal supuesto no existe disociación del rol de progenitor y padre formal, que recaen en una misma persona.

3.1.1. La paternidad dentro de una relación heterosexual estable

El consentimiento del esposo, concubinario o compañero es indispensable. Los nacidos de fecundación artificial homóloga llevada a cabo por una pareja casada son hijos de matrimonio, portadores del patrimonio genético correspondiente a sus progenitores. Para algunos especialistas (Boccaccio y Dogliotti 1987, p. 972), tratándose de fecundación homóloga en el matrimonio, la problemática es menos delicada que en la heteróloga, pues se trata de un ser concebido en matrimonio cuyos datos genéticos van a coincidir con los del padre y de la madre. No se presentan dificultades éticas, psicosociales o jurídicas insalvables. No existe propiamente un problema jurídico, ya que entra dentro el juego de las presunciones de paternidad.

En tal sentido, el consentimiento expresado por el marido se interpreta como un reconocimiento de su paternidad, y debe tenerse como un medio de prueba privilegiado en los juicios de investigación o impugnación de la paternidad. En el caso de presunción de la paternidad, estos mismos razonamientos serían válidos si el hijo o hija naciera después de trescientos días de haberse suspendido la cohabitación de los cónyuges o concubinos. Aunque, se reconoce que este es un supuesto de difícil concreción en la realidad.

Al aportar el marido o la pareja su semen para la fecundación, se entiende implícito su consentimiento tácito para la reproducción. Sin embargo, en el supuesto que el varón no haya otorgado su consentimiento a la fecundación artificial -cuestión que es difícil, ya que entregó sus gametos- seguiría rigiendo la presunción de paternidad y en su caso sólo podría desconocer al hijo o hija si demuestra haber exteriorizado su voluntad en contra; o en caso de que la mujer se haya hecho inseminar con gametos de un tercero sin consentimiento del marido.

En la hipótesis de una inseminación *post mortem*, cuyo procedimiento realiza la viuda con esperma congelado del marido, recogido antes de su muerte o por

transferencia de embrión fecundado con su semen; se recomienda, dar el mismo tratamiento de los hijos póstumos; es decir como hijos nacidos dentro de matrimonio, si se considera que el marido prestó su consentimiento, de manera expresa y formal y, la fecundación se hizo con sus propios gametos. En este supuesto, el ropaje jurídico coincide, con el hijo o hija al haber sido engendrado con semen del marido de la madre, es hijo(a) nacido dentro de matrimonio. En este sentido, Rodríguez Guitián (2015, pp. 111-112) afirma que el consentimiento del esposo tiene por objeto autorizar el uso de su material reproductor con la finalidad de inseminar a su esposa después de su muerte; consentimiento, expreso, formal, de carácter personalísimo y revocable.

3.1.2. Fuera de matrimonio para el establecimiento de la paternidad

Para el caso de parejas fuera de matrimonio, de acuerdo con Lledó Yagüe (1988, p. 39), Ferrer (1995, p. 115), Rivero Hernández (1988, p. 129) y Bercovitz Rodríguez-Cano (1988, p. 129) el consentimiento del compañero de manera indubitable significa un reconocimiento de la paternidad. Ese reconocimiento previo no es ilógico, ya que los hijos tienen un principio de prueba de la paternidad o un reconocimiento «prenatal» y si se considera al reconocimiento como una declaración de voluntad irrevocable; todavía se acentúa cuando predomina, junto con la voluntad de reconocer, el conocimiento que corresponde a un hecho cierto: que la madre ha sido fecundada con semen de quien reconoce.

3.1.3. Dentro de matrimonio para el establecimiento de la maternidad

La maternidad a diferencia de la paternidad tiene rasgos que hacen más difícil su separación; ya que no se compone sólo de la aportación genética como en la paternidad, por el contrario, tiene todo un desarrollo gestacional durante el cual, existe una permanente relación vital entre el producto y la madre; sin embargo, desde un punto de vista personal, también debe ser el resultado de un comportamiento socialmente apreciado con la integración de componentes legales, educativos y afectivos, considerando la concepción en la que se puede emplear material genético de donantes.

El establecimiento de la maternidad en caso de matrimonio con gametos de la pareja, no presenta ningún problema jurídico en cuanto a las relaciones materno-filiales, ya que la filiación biológica paterna y materna coincide con el vínculo jurídico de la filiación consanguínea. Su análisis es similar a las realizadas líneas arriba para la paternidad. Sin embargo, toma importancia, el consentimiento femenino, precisamente porque es la mujer quien va a pasar todos los trabajos y molestias que el embarazo y el parto significa. Por ello, en muchas legislaciones se penaliza cualquier fecundación artificial realizada en contra de la voluntad de la mujer, como es el caso de la Ley General de Salud que rige en México a nivel federal y los delitos contra los derechos reproductivos tipificados en el Código Penal Federal.

3.1.4. Fuera de matrimonio para el establecimiento de la maternidad

En pareja no casada, tampoco hay dificultad pues los gametos son del concubinario y la concubina; por lo que la filiación será coincidente biológica y legalmente; de tal manera que si se establece una presunción para los hijos de concubinos; así como la posesión de estado; y se refuerza además con un documento que contenga el consentimiento extendido en forma para llevar a cabo la fecundación asistida, da seguridad jurídica a los hijos de su reconocimiento para establecer su filiación.

3.2. Fecundación heteróloga

Para el caso de fecundación heteróloga, el material genético empleado no es de los cónyuges ni de los concubinos, sino de un tercero extraño, que cede sus gametos para permitir la concepción en forma asexual de una pareja estéril. El supuesto

normal es la fecundación artificial con semen de un donante, o también fecundación *in vitro* con gametos ya sean masculinos o femeninos de tercera persona.

3.2.1. Dentro y fuera de matrimonio para el establecimiento de la paternidad

El cónyuge o concubinario deben aceptar que su esposa o concubina sea fecundada con espermatozoide de otro hombre, por lo tanto, tendrá que aceptar la responsabilidad de la paternidad de un hijo o hija con los que no va a estar ligado por vínculos genéticos.

La voluntad procreativa debe regularse como elemento de la filiación y debe tener una supremacía frente al dato genético o biológico. A través de este acto volitivo se ha considerado como padre a quien reconoce un hijo o una hija que sabe con seguridad que no es suyo; al cónyuge que se le atribuye legalmente un hijo o hija y no impugna la filiación, no obstante, estar seguro de su imposible procreación, o en el caso de la adopción; por ello no puede resultar menos irrelevante la decisión de un hombre que consiente la procreación asistida de su esposa o concubina con el semen de un tercero; por consiguiente, con ello también determina la paternidad y cuando falte su voluntad puede impugnar su paternidad.

Hay quien afirma (Labrusse 1983, p. 79) que este consentimiento del marido o del concubinario de la madre tiene quizá un valor moral, pero jurídicamente se encuentra desprovisto de eficacia; por ello pueden impugnar la paternidad con la prueba de su esterilidad o un examen genético. Desde luego, esta posibilidad existe, en aquellos países, (y entidades federativas, en el caso de México) en donde ya se practican este tipo de fecundaciones y no existe un marco legal que norme los conflictos que pueden surgir en las diferentes etapas del proceso de fecundación, gestación y alumbramiento.

En este contexto, el varón que consintió expresamente a que su compañera o esposa fuera inseminada artificialmente con semen de otro, tiene la responsabilidad de asumir la paternidad inherente. En la praxis, en un juicio de desconocimiento de la paternidad, el documento en donde conste la expresión de la voluntad del inconforme hará prueba para establecer el vínculo de filiación (Labrusse 1983, p. 79). Sobre el tema, Moro Almaraz (1988, p. 285) afirma que la voluntad del marido o compañero de la madre debe constar en escritura pública, ya que se trata de un instrumento que servirá como título de determinación legal de la filiación, que es un reconocimiento «previo» del hijo o hija y tiene carácter de prueba plena. Sin embargo, un exceso de formalidades puede producir un efecto contrario al deseado, por ello es conveniente el equilibrio entre la posible valoración de un consentimiento de manera tácita y los requisitos de elevarlo a escritura pública.

Entre ambos extremos, existen formas indubitables de expresar la voluntad, que deben valorarse en beneficio del interés superior del ser nacido a consecuencia de esa expresión de voluntad. En México hasta la fecha no ha habido un juicio sobre impugnación de paternidad de una niña o niño nacidos mediante procreación asistida, por falta de formalidad del consentimiento.

Independientemente de lo anterior, es menester señalar que el hijo que nazca en matrimonio concebido con gametos de un donador, por el juego de las presunciones, se determina la paternidad al marido, con lo que se constituye, como expresa Farnós Amorós (2011, p. 91) una “mentira jurídica” o una “ficción tolerada.”

3.2.2. Para el establecimiento de la maternidad

En la donación de óvulo o embrión a una mujer casada, los hijos que dé a luz, serán dentro de matrimonio, a pesar que el ovocito pertenezca a otra mujer distinta de la madre casada. Lo mismo sucederá con la donación de gametos a una mujer que no se encuentre unida en matrimonio; el hijo o hija será de la gestante; nacidos fuera de matrimonio; con su reconocimiento previo de la filiación. La donación del óvulo carece de toda relevancia para el establecimiento de la

maternidad. La donante no puede asumir la responsabilidad de la generación y por lo tanto no tendrá reconocimiento alguno a efectos de la filiación.

En la inseminación artificial heteróloga, se atribuye la paternidad al marido o concubinario; precisamente por la primacía de la relación social, afectiva y educacional representada por quien asuma el rol de padre formal e institucionalmente; de igual manera se debe argumentar para la mujer que recibe el óvulo; porque no sólo sería madre psicoafectiva y formalmente, sino que, además, también lo sería biológicamente al parir ella al hijo o hija, conjugando una compleja relación no sólo en la gestación sino espiritual e intelectualmente; en la que se puede fundar la relación jurídica de la filiación; la gestante es la verdadera y única madre.

En este orden de ideas, no hay duda de reconocer a la madre que ha parido, pero ahora que hay fractura entre concepción-gestación, esa certeza que era el presupuesto de la norma jurídica ya no parece ser tan cierto; por el contrario cae por tierra aquél viejo principio paulino.

3.3. *A propósito de la sustitución de la maternidad*

En este supuesto se puede localizar la participación de hasta tres mujeres; la primera, que produce y dona el óvulo, sin cuya participación no se habría dado inicio al proceso generativo, -a ella se le dado el nombre de madre genética-; la segunda, que hace que el germen de vida contenido en el gameto se transforme en un ser humano, alimentando y protegiendo dentro de su cuerpo al embrión, (biológico gestacional); la tercera, que no participa en ese proceso de procreación, pero es la madre educacional y de deseo (afectiva o social). La primera trasmite a través del embrión los propios caracteres al *nasciturus*, así como los del padre y es también parte formativa de la descendencia, se dice que es la verdadera madre; (Simi 1986, pp. 212-213) la segunda que aporta un componente psicológico y fisiológico que supone la relación constructiva e intensiva del periodo de gestación que contribuye, decisivamente, a que el proceso de formación y desarrollo de la vida se consolide en el nacimiento del ser humano y la tercera, que asume la maternidad con voluntad y autoresponsabilidad e influye decisivamente en los hijos, en el desarrollo de su personalidad, de su inteligencia y de su sensibilidad social (Costanza 1987, p. 1021).

A veces esas tres funciones recaen en dos mujeres, en combinaciones diferentes: a) la contratante o de deseo que aporta el gameto, además la decisión de que nazca ese niño o niña concreto "suyo", y la otra es la madre gestante; b) junto a la contratante colabora la gestante, que pone también gameto propio. Si una de aquéllas tres, o de éstas dos, ha de ser madre, lo único claro es que ninguna de ellas es la madre que Paulo daba siempre como cierta, ni la suya es la maternidad histórica, clásica, esa institución jurídica y social perfectamente acuñada y conocida.

El problema es discutible a fin de determinar cómo se establecería el lazo filial, por lo que debe de realizarse una valuación comparativa, de los distintos comportamientos y contribuciones de dichas mujeres; valorando los elementos en juego: el biológico, el voluntario, y el socio-afectivo constituido por la posesión de estado; que constituirían los elementos fundamentales de la filiación (Bandrac 1985, p. 29).

Cuando se comenzó a utilizar la gestación por sustitución, la posición de rechazo era mayoritaria, tanto legislativa como doctrinariamente; sin embargo, hoy podemos observar como cada vez más se acepta y se regula en el mundo su práctica. Así las cosas, se ha manifestado que dentro de los elementos fundamentales de la filiación, se incluye el de la «voluntad» y, si se sostiene para el caso de determinar la paternidad, en los supuestos de donador de semen, la filiación con el varón que otorga su consentimiento; entonces porque se tendría que

cambiar el criterio para determinar la maternidad. Si la mujer contratante desea el hijo(a) para ella; y la portadora, no pretende hacer valer el título de la atribución del estado, no busca ni desea hija o hijo propio, y tampoco proporciona óvulo, ni hay acto sexual; en este caso ¿la voluntad no tendrá un significado relevante?

Es verdad que estamos hablando de dos aportaciones totalmente distintas. No obstante, hay que hacer referencia a la voluntad de querer asumir la maternidad, elemento necesario para atribuir la filiación. En congruencia con el derecho a procrear, como parte de los derechos fundamentales, no se puede negar que una mujer "preste" su útero a otra para llevar a cabo un embarazo. Las mujeres que intervienen son mayores de edad, con un discernimiento propio para decidir la maternidad y si se les impide, simplemente se les priva del derecho a la maternidad y a las sustitutas, la acción humanitaria y solidaria con quienes no puede tener hijos.

Bajo esta óptica, es posible atribuir la maternidad a la mujer comitente, sin distinguir si aportó los gametos o no. Si bien es cierto que rompe con la máxima paulina, también es cierto que no hay impedimento para otorgar la maternidad a quien no dio a luz, pues se trata de una nueva situación que no tiene que solucionarse siguiendo los mismos criterios que se siguen con la maternidad natural.

Al respecto, Hernández Ibañez (1988, p. 3044 y 3045) señala que hay que tomar en consideración: a) la voluntad de querer el hijo o hija; b) la voluntad de la madre sustituta de aceptar llevar el embarazo y la voluntad de renunciar a cualquier derecho sobre el niño; c) que no cabe alegar que la gestante adquiere motivos sentimentales con el niño que ha llevado en su seno, pues si en realidad éstos existen, lo cierto es que esos detalles los ha conocido desde el momento de la celebración del contrato; d) la misión de la madre sustituta es dar a luz un hijo(a) y posteriormente entregarlo a la madre comitente; e) en congruencia con la inseminación artificial heteróloga y fecundación *in vitro*, en donde no se otorga la paternidad-maternidad a los donadores de gametos, sino a las personas que han deseado y querido un hijo o una hija para ellos, también no se debe otorgar la filiación a la portadora, ya que como en aquellos casos, sólo interviene para hacer posible el nacimiento de un niño, aun cuando su actividad acá sea más prolongada; y f) porque se dan casos que la madre sustituta una vez que ha dado a luz al hijo o hija, no desea ni quiere para ella ese niño o niña que ha nacido y consecuentemente originaría que la ley le atribuya la maternidad de un hijo(a) no deseado, que sólo lo gestó para otra.

Hay quien (Merino Gutiérrez 1988, p. 428) siguiendo este criterio, lo hacen más restringido, ya que aceptan la gestación sustituta con aportación de material genético de la pareja contratante, siempre que se lleve a cabo sin intermediarios y en forma gratuita; o quien (Pereda, Caballero 1987, pp. 4-6) busca un mecanismo que asegure la maternidad genética; que en su caso, dé fuerza legal a los acuerdos que se estipulen entre las partes, ya que la identidad con el hijo o hija se consigue con el contacto sano y afectivo con los padres, sean o no genéticos.

Concluyendo, en congruencia con la igualdad del hombre y la mujer y el derecho de libertad de procreación, habrá que aceptar la atribución de la maternidad a la madre comitente, cuando así se haya expresado la voluntad en documento indubitable entre las participantes del acto procreativo; si se quiere, imponiendo límites como que los gametos sean cuando menos de uno de los comitentes o por el mayor interés del hijo o hija a nacer, la edad de la portadora, que haya tenido hijos, que no haya sido madre sustituta por más de dos veces, la gratuidad, etc.

4. Marco legal en México de la procreación asistida

4.1. A nivel federal

En México la decisión de procrear está prevista en el artículo 4º de la Constitución Política. Si una persona decide tener hijos, y no puede hacerlo por medios naturales, se puede alcanzar dicho fin, a través de la asistencia médica a la procreación, ya sea invocando el Derecho a la salud, en el entendido que la utilización de los recursos que la tecnología ofrece hoy en día tiene un fin terapéutico; o bien como parte de la libertad del individuo, invocando un derecho a la procreación. Para los efectos de este trabajo únicamente nos referiremos a éste último consignado en el mencionado artículo 4º, párrafo segundo, que textualmente señala *“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.”*

Por principio, es indudable que el postulado destaca la paternidad y la maternidad responsables, de tal manera que todos los individuos que nazcan en el país, sean fruto de la libre decisión de su padres y madres, en la medida que estén conscientes del número de hijos a quienes le pueden otorgar las condiciones necesarias de subsistencia. En tal virtud, el derecho de procreación debe ejercerse dentro de un marco de responsabilidad y compromiso hacía los hijos. Las personas en el ejercicio de este derecho, han de tener en cuenta las necesidades presentes y futuros de sus hijos y la elección del momento óptimo para el embarazo; y si éste no se logra en forma natural, mediante la realización del acto sexual, entonces se podrá recurrir a la procreación por medios médicamente asistidos.

Es de observarse, que la Constitución no hace referencia a una paternidad exclusivamente biológica, por lo que, sí las personas no pueden concebir hijos en forma natural, entonces lo pueden lograr con la intervención de los avances científicos; porque este derecho no excluye a la procreación asistida. Si la Constitución establece el derecho a que toda persona decida sobre su reproducción (paternidad-maternidad) también puede decidir sobre los medios que utilice para lograrla. Dicho de otra forma, la norma Constitucional interpretada en sentido lato, no presenta obstáculo al desarrollo de las técnicas de procreación asistida. En senda norma jurídica se consagra que «toda persona tiene derecho...», en el marco de igualdad de cualquier derecho fundamental, a su ejercicio por cualquier persona, es decir se destina a ciudadanas y ciudadanos mexicanos y extranjeros: hombres y mujeres, unidos o no en matrimonio. No hay distinción de ninguna especie. Esto es, no debe haber objeción a que un hombre o una mujer sola decidan ejercer su derecho a la procreación o en su caso, pareja de mujeres y porque no, también de hombres.

Atendiendo al orden normativo en México, podemos señalar que la práctica de los métodos de procreación asistida, obtienen su marco de legalidad en la Ley General de Salud, que en forma tímida hace referencia a dichas técnicas dándole un marco de licitud, aun cuando se trate de una ley reglamentaria del derecho a la salud.

En el Título relativo a las medidas de seguridad, sanciones y delitos, en el capítulo de los delitos, tipifica “al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.” También se agrega que la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge. Sin embargo no señala que sanción produce el incumplimiento de esta disposición. Lo que regula el numeral es la falta de consentimiento, es decir, que la ausencia de la voluntad para la práctica de la inseminación artificial se considera como una conducta punible.

Por otro lado, interpretando, a contrario *sensu* las disposiciones punitivas, podemos afirmar que se reglamenta indirectamente la realización de la procreación asistida, requiriendo por lo menos del consentimiento de la mujer que se va a someter a la intervención médica y su cónyuge, si estuviera casada.

El criterio anterior queda ratificado por el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud, que en el Título Segundo "De los aspectos éticos de la investigación en seres humanos" en su capítulo IV, artículo 43 reglamenta que para la inseminación artificial se requiere del consentimiento por escrito de la mujer y del marido o concubinario previa explicación y justificación que se les otorgue y con la satisfacción de los requisitos exigidos. En una interpretación extensiva, y siguiendo el criterio del Pleno de la Suprema Corte, que no debe haber discriminación de ninguna especie, ese consentimiento lo pueden otorgar las parejas del mismo sexo. En este mismo sentido, puede ser utilizada cualquier técnica de procreación médicamente asistida. El consentimiento debe ser informado, y consiste en que reciba una explicación clara y completa por lo menos de los objetivos y justificación, molestias y riesgos, beneficios a obtener. La exigencia es sólo que sea por escrito, sin ninguna otra formalidad.

4.2. A nivel local

Es evidente que no basta la regulación sanitaria de la procreación asistida. Es necesario que los códigos sustantivos regulen los efectos que deba producir la aplicación de los métodos de procreación; pues si bien se requiere del consentimiento para su realización, no se señala qué efectos tiene ese consentimiento ni las formas de otorgarlo.

La práctica de los métodos de procreación asistida son una realidad en México; sin embargo, no todas las entidades federativas han actualizado sus legislaciones para otorgar los efectos jurídicos de la filiación. Cabe señalar que el requerimiento del consentimiento se exige de manera diversa en cada estado, hay quienes lo omiten, por lo que estaríamos hablando de una presunción, hasta quienes lo exigen mediante escritura pública o judicial. No obstante, la regla general del Reglamento de la Ley General de Salud, señala que se debe ser por escrito y esto rige para todo México. Cabe mencionar que desde la aplicación de las técnicas de reproducción asistida no ha habido ningún juicio sobre el tema.

La reglamentación especial que algunas entidades federativas tienen es todo un abanico de posibilidades y por ello se hace un recuento en este apartado.

4.2.1. Jalisco

Fue el primer Estado que en 1995 emitió una regulación al respecto en la ley sustantiva civil; el artículo 457, después de enunciar la presunción de los hijos nacidos dentro de matrimonio, señala que "no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento «o en el caso de fecundación asistida con semen del marido»". Por otra parte el artículo 458 prescribe que "El marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque esta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre que durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa, «salvo lo dispuesto al final del artículo anterior»."

Regulación bastante tímida, que sólo contempla la inseminación artificial homóloga; además que no aclara o exige el consentimiento del marido; sin embargo, le impide desconocer al hijo o hija que tenga su mujer mediante fecundación asistida. La regulación peca de moralista, ya que admite únicamente la inseminación artificial a los esposos.

4.2.2. Tabasco

En 1997 se promulgó el último Código Civil para el Estado de Tabasco que incorporó según se manifestó en su exposición de motivos- las consecuencias jurídicas de los adelantos de carácter científico en cuanto a la reproducción humana artificial para prevenir una serie de conflictos que se pudieran presentar en esa Entidad y recientemente, se adicionó un capítulo al título de la filiación, sobre la *gestación asistida y subrogada*.

Este código otorga protección legal al concebido por cualquier método de concepción humana artificial, al igual que los concebidos en forma natural, aun cuando no se encuentren en el útero materno.

En los derechos y deberes que nacen del matrimonio, se estipula que los cónyuges pueden planificar el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear cualquier método de reproducción humana asistida (concepto que introduce con la reciente adición) para lograr su propia descendencia. Derecho que impone sea ejercido de *común acuerdo* por los cónyuges; de tal suerte que si la mujer emplea método de concepción humana asistida, *sin el consentimiento* del marido era causal de divorcio, antes que la Suprema Corte declarara inconstitucional este tipo de divorcio. El empleo de técnicas de reproducción humana asistida se extiende a aquellas parejas que viven públicamente como si fueran marido y mujer y sin tener algún impedimento para contraer matrimonio entre sí.

En materia de filiación, se presume nacidos dentro de matrimonio, a los hijos concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana asistida y el marido no puede desconocer que es el padre de los hijos, si consta de manera fehaciente su *consentimiento*. Tampoco se puede contradecir la paternidad de los hijos nacidos después de 300 días de la disolución del matrimonio, si el marido reconoció expresamente como suyo al hijo o hija de su mujer nacidos por medio de los métodos de reproducción médica. Además aclara que gozan de los mismos derechos que tienen los hijos concebidos de manera natural.

La presunción no sólo alcanza a los hijos de matrimonio, sino también se extiende a los hijos de concubinato, siempre que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualquier método de reproducción con asistencia médica, ya sea que tenga o no un nexo biológico con uno o ambos padres y que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable.

Inspirado en la idea que el derecho no puede ser ajeno a los avances científicos, la legislación civil del Estado de Tabasco tiene innovaciones muy significativas y audaces: prevé la gestación por contrato, características y requisitos del contrato, causas de nulidad; así como una fuente de responsabilidad civil no sólo para las partes en el contrato, sino también para el médico tratante y los notarios que certifiquen contratos de gestación que se celebren al margen de lo previsto en el código civil y el otro gran tema que habrá que destacar es el reconocimiento del embrión.

Determina que en el proceso reproductivo siempre que participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que provea o no el óvulo. En la primera parte del segundo párrafo del artículo 347, expresa claramente la idea de otorgar la maternidad a la madre que ha realizado la convención para que se lleve a cabo la gestación de un niño. A mayor abundamiento, en la segunda parte de dicho párrafo, insiste en atribuir la maternidad a la mujer comitente, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño o niña nacido como resultado de una transferencia de embrión. Criterio sostenido en el Título correspondiente del Registro Civil, al establecer una presunción de maternidad para la madre contratante, si se presenta con la madre gestante sustituta, ya que este hecho implica su aceptación. Con estas disposiciones, rompe con la tradición histórica jurídica de determinar la maternidad por efecto del parto, decidiendo

otorgarla a la madre de deseo o contratante; con ello cae por tierra el principio Paulino de la certeza de la maternidad, sustentada en la indivisibilidad de la ovulación-fecundación-gestación-parto.

Asimismo se acepta dar en adopción al niño o niña producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización *in vitro* con la participación de una madre sustituta a los presuntos padres con quien haya convenido. También se establece que cuando se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada puede ser reconocido como hijo por otro hombre.

La legislación tabasqueña, reconoce en la gestación por contrato, dos modalidades: *gestación subrogada*, que implica que la mujer que lleva el embarazo a término, proporciona, no sólo, el componente para la gestación sino que además, proporciona sus propios óvulos; y la *gestación sustituta* que implica que la mujer gestante contratada lo es exclusivamente para "portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante" Art. 380 Bis 2. Para la celebración de un contrato de esta naturaleza se exige que sea de manera formal en instrumento jurídico ante notario público, además de ser aprobado por juez competente y notificado a la Secretaría de Salud de ese gobierno.

Este código civil, además permite el establecimiento del reconocimiento del embrión fuera del seno materno; ya que establece que se puede reconocer a los hijos que aún no han nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización *in vitro*, aun cuando no se encuentre en el útero materno en el momento del reconocimiento.

Tenemos que aceptar que es una legislación única en la república mexicana, que permite la gestación por sustitución y que ha tenido que hacer recientemente reformas, para regular este nuevo contrato en su código civil con las características y requisitos que impida la utilización de esta técnica de reproducción humana asistida sin control.

4.2.3. Distrito Federal

En el año 2000 se emitió en el Distrito Federal una reforma al Código Civil que incluye los métodos de procreación asistida; así dispone en el artículo 162 segundo párrafo que los cónyuges pueden emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia, y quien haya otorgado *consentimiento expreso* para su realización, no podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge en términos de lo dispuesto por el artículo 326 segundo párrafo. Inclusive las acciones de terceros relativas a la paternidad de los hijos nacidos después de 300 días de la disolución del matrimonio, no prosperarán si el cónyuge *consintió* expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida de su otro cónyuge, como lo prescribe el artículo 329.

La voluntad resulta esencial para la utilización de las técnicas de procreación asistida, a tal grado que el artículo 267 fracción XX, imputaba causal de divorcio, si se empleaban métodos de fecundación asistida sin el consentimiento del otro cónyuge, obviamente esta artículo hoy se encuentra derogado al regularse el divorcio incausado.

También se prima el consentimiento en el capítulo del parentesco, en el artículo 293, al establecer que entre los hijos producto de una reproducción asistida y de quienes la hayan consentido existe un parentesco por consanguinidad y para evitar cualquier controversia en el futuro sobre los derechos derivados de la filiación, se establece en el artículo 338 Bis, que no existe ninguna distinción independientemente de cual haya sido su origen.

Con esta regulación se da seguridad jurídica a los hijos que son concebidos mediante la utilización de alguna técnica de procreación asistida y a quienes consintieron en su utilización completando el marco legal requerido; sin embargo, hay que significar que no prescribe ninguna formalidad para el otorgamiento del consentimiento.

4.2.4. Coahuila

Esta entidad federativa ha legislado más explícitamente la procreación asistida, y ofrece toda una sección del capítulo que regula la filiación; sin embargo, contiene disposiciones que no tendrían que estar en el código civil.

En primer término en el artículo 482, se enuncia que por asistencia médica para la procreación, debe entenderse las prácticas clínicas y biológicas que permiten la concepción *in vitro*, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente que permita la procreación fuera del proceso natural. Lo define en idénticos términos a la ley francesa 94-654 del 29 de julio de 1994 relativa a la donación y utilización de los elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica para la procreación y al diagnóstico prenatal (Guzmán Ávalos 2001, p. 117).

Explican que la fecundación homóloga es aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos y la fecundación heteróloga aquella en que por lo menos uno de los gametos es donado por un tercero. Si bien es cierto, que admite la práctica de ambas; también es cierto, que sólo se permite a los cónyuges o concubinos, en caso de esterilidad o infertilidad, médicamente diagnosticada. Con esto excluye a las personas solas para la utilización de las técnicas, ya que prescribe que solo podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida, quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato, y siempre que después de cinco años, por razones biológicas, no hayan podido engendrar o concebir, sin que sean estériles o infértiles.

En los artículos 484 y 485 emite declaraciones de carácter administrativo que deben de prever los usuarios de las técnicas; ya que el primer artículo indica, que a los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida, la Secretaría de Salud del Estado deberá entregarles una guía que contenga especialmente: las disposiciones legales sobre procreación asistida; descripción de las técnicas y las disposiciones legales relativas a la adopción y las instituciones de asistencia autorizadas para promoverla. En el entendido que es obligación del estado informar plenamente a los usuarios de las técnicas todo lo relativo a las mismas y de la posibilidad en su caso de un proceso de adopción. En el segundo artículo, abundando sobre el mismo tema, también impone a la Secretaría de Salud del Estado informar a los cónyuges o concubinos: las posibilidades que la ley ofrece en materia de adopción; las posibilidades de éxito o fracaso de las técnicas de la asistencia médica para la procreación; que solo se permite la fecundación de un ovocito que deberá ser implantado; que una vez fecundado el ovocito deberá ser implantado a la solicitante y que está prohibido todo diagnóstico preimplantatorio.

Resulta muy rigorista el *consentimiento* para el establecimiento de la filiación, ya que exige previo al inicio del tratamiento, que los cónyuges deberán dar su consentimiento en escritura pública otorgada ante notario y justificar con certificación de tres médicos especialistas en la materia, de los cuales uno lo será de la secretaria de salud del estado, la necesidad de someterse a ese tratamiento. Sin embargo, un exceso de formalidades para otorgar el consentimiento puede producir un efecto contrario al deseado, pues hay formas indubitables de expresar la voluntad, sin que necesariamente tenga que recurrirse a un Notario Público, que garantice el interés del menor así fecundado (Guzmán Ávalos 2001, p. 78).

Quien haya dado su consentimiento para un tratamiento de asistencia médica para la procreación no podrá impugnar la filiación, a no ser que la pretensión se base en que el hijo(a) no nació como consecuencia del tratamiento o que el consentimiento

fue privado de efecto. Este es el toque radical que debe de contener toda legislación que permita la procreación asistida, la imposibilidad de que quien haya otorgado su voluntad para llevar a cabo una fecundación asistida, pueda impugnar su filiación, ya que dicho consentimiento lleva consigo, el establecimiento de la maternidad y la paternidad.

También obliga al concubinario que prestó su consentimiento para un tratamiento de asistencia médica para la procreación a reconocer la paternidad de los hijos resultante de dicho tratamiento. Esto es lo que denominamos un reconocimiento prenatal, pues permite atribuir la paternidad al varón que haya otorgado su voluntad para que su pareja se inseminara.

Es significativa la temporalidad del consentimiento, ya que se expresa en el artículo 487 que el consentimiento queda revocado de pleno derecho con la muerte de quien lo otorgó, si antes no se hubiere producido la fecundación. Con esto se le quita efectos a esa expresión de voluntad impidiendo la utilización de los gametos del esposo después de su muerte, lo que significa que se prohíbe la inseminación *post mortem*.

Esta misma prohibición se prescribe para los casos de disolución del matrimonio por muerte, divorcio o nulidad. La mujer no podrá ser inseminada con material genético de quien fuera su marido. No obstante, si hubiere un óvulo fecundado en forma extracorpórea, deberá ser implantado a la viuda, divorciada o a la mujer cuyo matrimonio se anuló, pero los efectos de la filiación igualmente se temporalizan, entrando en juego la presunción de paternidad, pues si los hijos nacen dentro de los trescientos días de disuelto el matrimonio, o de que el óvulo fue implantado, quedará atribuida la paternidad a quien era el marido de la madre.

El ordenamiento legal establece disposiciones que fijan la postura de los legisladores sobre algunas prácticas controvertidas en la utilización de las técnicas que permitirán a los juzgadores solucionar conflictos de filiación cuando se utilicen, por ello se establecen los siguientes principios:

Todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación realizada en nombre de otra persona es inexistente. Por lo tanto también es inexistente el contrato de gestación por sustitución y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a esta y no a quien lo aportó.

Se permite la identificación de una persona por medio de sus improntas genéticas, cuando tenga por objeto establecer o rechazar un lazo de filiación.

Acorde al derecho de los menores a conocer su origen, se permite la investigación de su origen biológico, pero tratándose de fecundación asistida heteróloga no se establecerá ningún lazo filiatorio entre el hijo o hija y el donante de los gametos.

4.2.5. Estado de México

Establece el código civil que la reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial solo podrá efectuarse con el *consentimiento* de la mujer a quien haya de practicarse dicho procedimiento y en caso que se trate de una mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la *conformidad* de su cónyuge. Tampoco podrá dar en adopción al menor nacido, mediante este método de reproducción. Asimismo prohíbe que los padres o tutores otorguen el consentimiento para la reproducción asistida en una mujer que fuere menor de edad o incapaz. En esta entidad federativa se exige que el consentimiento se otorgue judicialmente.

En los casos en que la inseminación artificial se efectuó con espermatozoides proveniente de bancos o instituciones legalmente autorizadas, no se dará a conocer el nombre del donante ni habrá lugar a investigación de la paternidad.

La legislación del estado de México, es elemental para la regulación de las técnicas de reproducción asistida; no obstante con las disposiciones contenidas se ofrece seguridad jurídica a los interesados.

4.2.6. Michoacán

El código familiar del estado de Michoacán de una manera muy breve pero concreta señala que los cónyuges, de común acuerdo, 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. A tal grado que si no existe el *consentimiento* del cónyuge, en el empleo de métodos de fecundación asistida, es causal de divorcio; claro está, antes que la Suprema Corte declara inconstitucional el divorcio con causas. Señala que el parentesco por consanguinidad se determina también entre el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan. Esta legislación no dispone la manera en que debe otorgarse el consentimiento.

4.2.7. Morelos

La regulación que se hace en el código familiar de Morelos es mínima; toda vez que regula a la inseminación artificial o las técnicas de reproducción asistida en la mujer, como causal de divorcio, si se realiza *sin el consentimiento* de alguno de los cónyuges; lo que hace presumir a contrario *sensu* su permisibilidad si existe consentimiento. No obstante, como se mencionó anteriormente, en México la Suprema Corte de Justicia ha sustentado la inconstitucionalidad del divorcio con fundamento en alguna causal. Además hay que señalar que en materia de filiación no emite ninguna disposición.

4.2.8. Puebla

En Puebla el código civil precariamente establece el parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores. Tampoco existe norma alguna que determine la manera de externarse el consentimiento.

4.2.9. Querétaro

En esta entidad federativa, su código civil regula de forma especial el procedimiento y comienza por señalar que un individuo desde su concepción, de manera natural o por medio de las técnicas de reproducción asistida, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos. Si es concebido por estos medios, con contribución de donante o donantes, tendrá el derecho, cuando adquiera la mayoría de edad, de conocer la identidad de sus padres biológicos. En todo caso, la revelación de la identidad del donante, en los supuestos en que proceda con arreglo a la ley de la materia, no implica la determinación legal de la filiación.

Presume hijos de los cónyuges, los nacidos como producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, siempre y cuando no haya sido revocado el consentimiento para ello. Se presume revocado el consentimiento, por la simple disolución del vínculo matrimonial, salvo que se ratifique el consentimiento, por ambas partes, de que se reconozca como hijo de matrimonio el producto derivado de la aplicación de dichas técnicas. Ni el marido ni la mujer, cuando previa y expresamente hayan prestado su consentimiento a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrá impugnar la filiación del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación.

Querétaro reglamenta este procedimiento como adopción de embriones, mediante el cual, un embrión, fruto del óvulo de una mujer y del espermatozoide de un hombre, es transferido al útero de otra mujer para completar el ciclo necesario de su gestación y posterior nacimiento, con el fin de ser considerado hijo de ella, y de su cónyuge o de ella y de su concubino. Sin embargo es tajante al señalar que las

parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión; ni tampoco seleccionar el sexo del niño a adoptar, ni se podrá rechazar el producto si éste nace con alguna enfermedad o defecto físico.

Se especifica que la adopción de embriones sólo procede respecto de los supernumerarios crioconservados preexistentes, que fueren fruto de la fertilización *in vitro* homóloga, cuando los padres biológicos hayan manifestado su libre voluntad de dar en adopción los embriones supernumerarios; hayan fallecido o se les declare como ausentes o no hayan reclamado los embriones en el plazo señalado para ello en la ley que regule lo relativo a la crioconservación de embriones.

La adopción de embriones la pueden realizar, solo las parejas casadas o en concubinato que sean mayores de edad, así como la mujer soltera mayor de edad; para tal efecto, la mujer no deberá ser mayor de treinta y cinco años ni el hombre de cincuenta; siempre que tengan posibilidades razonables de éxito en el embarazo y no supongan un riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia; comprueben, mediante estudios realizados ante las instituciones de salud, que alguno de ellos o ambos no pueden tener descendencia directa por deficiencia fisiológica o patológica irremediable y estén informados y asesorados de los alcances de su acto, los riesgos y posibilidades de éxito de las técnicas médicas aplicadas, además de las consideraciones éticas y psicológicas que se derivan de este procedimiento, por el personal médico de los bancos de crioconservación, centros de fertilización o personal que al efecto determine la Secretaría de Salud.

El procedimiento establece que los padres biológicos, previamente al inicio de la fecundación *in vitro*, manifiestan mediante escrito, ante testigos, entre otros requisitos, su voluntad (que lleva implícita su renuncia a cualquier acción para demostrar su paternidad, así como la aceptación del carácter no lucrativo de su decisión) de dar en adopción los embriones sobrantes que no hayan sido transferidos al útero de la madre biológica voluntad de la cual se envía copia certificada a la Secretaría de Salud, quien deberá resguardar en sus registros las listas de personas que han decidido dar en adopción los embriones supernumerarios, respetando la privacidad de la información.

Quien esté interesado debe acudir a la Secretaría de Salud para verificar si dentro de sus registros existen embriones crioconservados en disponibilidad de adopción. La solicitud de verificación se hará por escrito, acompañada de la constancia médica en la que se haga constar la infertilidad de los solicitantes. Si existen (en caso contrario se ponen en lista de espera) se les notifica a fin de que en un plazo no mayor a quince días, manifiesten su aceptación; notificación que incluye datos de identificación de los padres biológicos, a efecto de que el o los adoptantes puedan establecer contacto con ellos. Si hubo manifestación de dar en adopción y de adoptar los embriones, deberán presentarlo por escrito ante el juez de lo familiar que corresponda, dentro de los quince días siguientes para que declare la adopción provisional y de lograrse el embarazo de la receptora y el consecuente nacimiento del producto, aquélla deberá notificarlo al juez de lo familiar, mediante jurisdicción voluntaria, dentro de los treinta días siguientes al parto, quien acordará, en un plazo no mayor de quince días, el carácter de adopción con todos los efectos legales. En la sentencia judicial que declare la adopción, se impedirá una acción futura de impugnación de maternidad o paternidad.

También señala que una vez alcanzada la mayoría de edad por la persona que haya sido producto de una inseminación artificial o procreación asistida y posteriormente adoptada, tendrá el derecho imprescriptible de conocer la identidad de sus padres biológicos.

4.2.10. San Luis Potosí

El código familiar de San Luis Potosí hace todo un recuento de las técnicas de procreación medicamente asistida, y comienza por definir la reproducción humana asistida, (la que se verifica a través de la participación de terceras personas y el empleo de técnicas biológicas de reproducción sin coito de la pareja) técnicas de reproducción asistida (aquéllas donde la unión de las células germinales o la implantación del embrión en el útero, se logra mediante la intervención directa en el laboratorio) inseminación homóloga, (aquélla en la que el material genético ha sido aportado por ambos cónyuges o concubinos) e inseminación heteróloga, (en la cual al menos uno de los gametos ha sido donado por un tercer extraño).

Asimismo, previene que se pueden practicar la transferencia intratubaria de cigoto o transferencia tubárica de embriones, consistente en la colocación de los embriones en la matriz de la mujer, utilizando material quirúrgico; fertilización *in vitro*, método en el que los espermatozoides previamente preparados y seleccionados son depositados en una caja de vidrio que contiene un medio de cultivo especial, y fertilización ICSI, que se utiliza cuando los espermatozoides son muy pocos, o su capacidad de fertilización está disminuida.

Igualmente, determina quienes son los usuarios de las técnicas: los unidos en matrimonio o concubinato y no puedan concebir naturalmente por esterilidad o infertilidad. Sin embargo solo permite la reproducción heteróloga cuando ha sido médicamente diagnosticada, y se compruebe fehacientemente que no existe otra opción para realizarla y en este supuesto no se establecerá ningún lazo de filiación entre la hija o el hijo y el, la o los donantes de gametos.

Para el caso de matrimonio, si se disuelve por muerte, divorcio o nulidad, la mujer no podrá ser inseminada con gametos de quien fuera su marido. Si hubiere un óvulo fecundado en forma extracorpórea, podrá ser implantado sólo en el caso de la mujer viuda, pero ello deberá hacerse dentro de los catorce días siguientes al fallecimiento del marido, a efecto de que pueda atribuírsele la paternidad, pues de no hacerlo dentro del término correspondiente, bajo ninguna circunstancia podrá atribuírsele dicha paternidad. En los casos de divorcio o nulidad de matrimonio, el óvulo fecundado en forma extracorpórea y en fecha posterior a que se decrete la disolución del vínculo, no podrá atribuírsele la paternidad al hombre, sin perjuicio de que pueda ser implantado a la mujer.

Declara inexistente todo pacto o convenio que verse sobre la reproducción humana asistida, realizado en nombre de otra persona; así como la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se atribuirá a la primera.

En cuanto a la filiación considera hijas o hijos del matrimonio los concebidos mediante prácticas de reproducción humana asistida, realizadas con el *consentimiento* del marido, se equipara a la cohabitación para los efectos de la filiación y la paternidad, independientemente de que el material genético pertenezca a un tercero en su carácter de donador, quien para tal efecto deberá otorgarlo por escrito, con las formalidades de ley y por supuesto que no podrá impugnar la filiación que de ésta resulte, a no ser que la petición se base en que la hija o el hijo concebido no fue producto del tratamiento; por su parte el concubinario que otorgó su *consentimiento* para la aplicación de una técnica de reproducción asistida en su concubina, está obligado a reconocer la paternidad del hijo producto del tratamiento.

La gestación de un embrión, cuya progenitora hubiese fallecido, no afectará la filiación del gestado cuando se trate de reproducción humana asistida, como tampoco si se declara nulo un matrimonio, haya buena o mala fe en los cónyuges a celebrarlo.

4.2.11. Sonora

En esta entidad, el código de familia, prevé un nuevo tipo de parentesco: denominado *parentesco voluntario*, que se origina entre niña o niño nacido mediante técnicas de reproducción asistida con gametos ajenos y los cónyuges o concubinos, siempre que hayan otorgado expresamente su *consentimiento* considerándolos sus padres biológicos.

Esta legislación tiene como peculiaridad que la autorización (que puede hacerse ante el director de la clínica o centro hospitalario, ante notario público o por acuerdo privado suscrito ante testigos) se equipara a la cohabitación para efectos de la paternidad y serán considerados padres biológicos del hijo engendrado a través de dichas técnicas, para todos los efectos legales, excluyendo cualquier derecho u obligación del donante. El hijo podrá solicitar, al llegar a su mayor edad, informes sobre el padre biológico en los mismos casos que en la adopción plena, sin reclamar ningún derecho filiatorio.

4.2.12. Zacatecas

El código familiar del Estado, dispone que los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos, así como a emplear cualquier método de procreación asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges en los términos establecidos por la Ley. Subraya que no se podrá desconocer la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de reproducción asistida, si hubo *consentimiento* expreso en tales métodos.

Considera parentesco por consanguinidad, el vínculo existente entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hubieren procurado el nacimiento.

4.2.13. Veracruz

El Estado de Veracruz, no tiene ninguna disposición en el código civil del uso de las técnicas de procreación asistida; lo único aplicable es la Ley General de Salud y su Reglamento en materia para Investigación de la Salud, que requieren del consentimiento por escrito tanto del marido como de la mujer para llevar a cabo la inseminación artificial y a contrario *sensu* se podría aplicar los artículos 159 y 160 del código penal que tipifica la manipulación genética y sanciona a quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciséis años o aun 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; o implante a una mujer un óvulo fecundado o depositarios o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el hecho o para resistirlo.

Interpretando, a contrario *sensu* las disposiciones punitivas, se puede afirmar que se reglamenta indirectamente la realización de la procreación asistida, requiriendo por lo menos del consentimiento de la mujer que se va a someter a la intervención médica, sin embargo, no alude para nada al consentimiento del marido, si estuviera casada.

5. Conclusión

La voluntad hoy en día es un elemento constitutivo de la filiación y especialmente la voluntad "procreacional" es indispensable para la realización de una técnica de procreación medicamente asistida y sobretodo se percibe como la piedra angular que establece la paternidad y maternidad.

En México a través de la Ley General de Salud y su Reglamento en materia para Investigación de la Salud se establece que para acceder a las técnicas que se debe contar con el consentimiento por escrito tanto del marido como de la mujer; no

obstante, puede observarse en las legislaciones de la materia en las entidades federativas que específicamente regulan los avances científicos en materia de procreación medicamente asistida, existe todo un abanico de posibilidades, desde aquellos que la regulan de manera tímida hasta aquellas que hacen todo un catálogo, considerando siempre la voluntad procreativa.

Es verdad que ese abanico de posibilidades, establece en todos los casos que se externe el consentimiento de las partes que intervienen, para el establecimiento de la paternidad y/o maternidad, y en su ausencia la impugnación de la misma; sin embargo, respecto a las formalidades que debe revestir no existe un criterio uniforme. Toda vez que hay legislaciones que hacen mención de necesitar el consentimiento, pero no señalan la manera de externarlo, como Querétaro; en cambio, San Luis Potosí establece que debe ser por escrito, el Distrito Federal, hoy ciudad de México y Zacatecas demandan que sea expreso; no obstante, hay códigos de entidades federativas que exigen más formalidad y requieren que sea ante notario público como Coahuila, o quienes como el estado de México exigen que se externe judicialmente o aún más como Tabasco que para la celebración del contrato de gestación pide se firme ante notario público y posteriormente se obtenga autorización judicial.

Referencias

- Armijo Suárez, O., 2015. Nuevas aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida; destino de los preembriones sobrantes, infertilidad social y oncofertilidad. *Boletín del Ministerio de Justicia de España. Treinta años de reproducción asistida en España* [en línea], 69 (2179), 13-38. Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427525137?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1506_30_a%C3%B1os_de_reproduc_asistida_MARC.pdf& [Acceso 9 febrero 2017].
- Bandrac, M., 1985. *Reflexiones sur la maternité*. Paris, Francia: Dalloz-Sirey.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 1988. La filiación inducida y las clasificaciones legales. En: II Congreso Mundial Vasco. *La filiación a finales del siglo XX: Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones, Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*. Madrid: Trivium, p. 117-140.
- Boccaccio, S., y Dogliotti, M., 1987. *Inseminazione artificiale: dubbi interpretativi e prospettive de iure condendo*. Milano: Giuffré.
- Brena Sesma, I., 2012. *Reproducción Asistida*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Costanza, M., 1987. Legislazione e fecondazione artificiale. *Il diritto di famiglia e delle persone*, 16, 1021-1026.
- Farnós Amorós, E., 2011. *Consentimiento a la reproducción asistida: Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona: Atelier Civil.
- Ferrer, F., 1995. *Procreación asistida: panorama jurídico*. Santa Fe: Secretaría de posgrado y servicios a terceros.
- Guzmán Ávalos, A., 2001. *Inseminación artificial fecundación in vitro: un nuevo modo de filiación*. Xalapa: Universidad Veracruzana.
- Guzmán Ávalos, A., 2004. *La filiación en los árboles del siglo XXI*. México: Porrúa.
- Hernández Ibañez, C., 1988. La ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida: consideraciones en torno a la fecundación post mortem y a la maternidad subrogada. *Actualidad Civil*, 48, 3040-3053.

- Herrera, M., 2015. *Manual de Derecho de las Familias*. 1a ed. 1a reimpresión. Buenos Aires: Abeledoperrot.
- Labrusse, C., 1983. *Les aspects juridiques en L'insemination artificielle humanin. Un nouveau mode de filiation. Aspects biologiques, juridiques et psychologiques*. París: ESF.
- Lledó Yagüe, F., 1988. *Fecundación artificial y derecho*. Madrid: Tecnos.
- López Galves, J.D.J., y Moreno García, J.M., 2015. ¿Industria de la fertilidad o respuesta a la búsqueda del hijo biológico. *Boletín del Ministerio de Justicia. Monografía. Treinta años de reproducción asistida en España* [en línea], 69 (2179), 239-266. Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427525137?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1506_30_a%C3%B1os_de_reproduc_asistida_MARC.pdf& [Acceso 9 febrero 2017].
- Mantovani, F., 1994. Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados. *Revista de derecho y genoma humano*, 1, 93-120.
- Merino Gutiérrez, A., 1988. Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida. En: II Congreso Mundial Vasco. *La filiación a finales del siglo XX: Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones*, Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Madrid, Trivium, 417-432.
- Minyersky, N., y Flah, L., 2014. Reproducción asistida. Derecho a la identidad. Dilemas y contradicciones. *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, 66, 211-226.
- Montés Penadés, V., 1988. El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana. En: II Congreso Mundial Vasco. *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones*, Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Madrid: Trivium, 171-200.
- Moro Almaraz, M.J., 1988. *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*. Barcelona: Bosch.
- Pereda, S., y Caballero, P., 1987 *Informe de la Comisión Especial de Estudios de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Rivero Hernández, F., 1988. La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial. En: II Congreso Mundial Vasco. *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones*, Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Madrid: Trivium, 141-170.
- Rodríguez Gutiérrez, A.M., 2015. Nuevos dilemas de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem. *Boletín del Ministerio de Justicia. Treinta años de reproducción asistida en España* [en línea], 69 (2179), 85-174. Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427525137?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1506_30_a%C3%B1os_de_reproduc_asistida_MARC.pdf& [Acceso 9 febrero 2017].
- Simi, V., 1986. Manipulazioni genetiche e diritto. En: *Quaderni di iustitia. Unione Giuristi Cattolici italiani*. Roma: Giuffrè, 208-222.

Valdés Díaz, C.D.C., 2016. La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas. En: *Derecho familiar constitucional*. Puebla: Mariel, 462-484.

Vercellone, P., 1987. *Trattato di diritto civile italiano. La filiazione*. Torino: Uted.

Legislación

Código Civil de Coahuila.

Código Civil de Distrito Federal.

Código Civil del Estado de México.

Código Civil de Jalisco.

Código familiar de Michoacán.

Código familiar de Morelos.

Código Civil de Puebla.

Código Civil de Querétaro.

Código familiar de San Luis Potosí.

Código de familia de Sonora.

Código Civil de Tabasco.

Código de Zacatecas.

Código Civil de Veracruz.

Código Penal de Veracruz.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General de Salud.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia para Investigación de la Salud.