



**UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN
NICOLAS DE HIDALGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO**



**“LA SUBROGACION DE LA MATERNIDAD
VS LEGISLACION CIVIL DE YUCATAN Y
QUINTANA ROO”**

**TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO
DE MAESTRO EN DERECHO PRESENTA:**

MARIA ELENA FERRAL ZAMORA

**DIRECTOR DE TESIS:
DOCTOR EN DERECHO
JEAN CADET ODIMBA ON'ETAMBALAKO
WETSHOKONDA**

R E V I S O R E S :

**DOCTORA EN DERECHO
SUSANA MADRIGAL
GUERRERO**

**MAESTRO EN DERECHO
DAMIAN AREVALO
OROZCO**

Chetumal, Quintana Roo Julio 2014

AGRADECIMIENTOS

Mi más sincero y profundo agradecimiento al Doctor Jean Cadet Odimba On´Etambalako Wetshokonda, por su tiempo, dedicación y su apoyo incondicional en la terminación del presente trabajo, por ser un gran profesionalista y sin más deseo de lograr que mis compañeros y yo concluyéramos nuestros respectivos proyectos nos dedicó mucho de su valioso tiempo en la revisión, así como también haciéndonos puntual sus comentarios y aportaciones a nuestros respectivos trabajos, demostrando con ello el gran compromiso que le nace en lograr que lo demás se sigan profesionalizando como usted lo ha logrado; fue un recorrido largo y con sus matices de pronto grises, pero siempre estuvo ahí para animarnos y no dejó que nos desmoralicemos lo cual agradezco profundamente al gran ser humano que es, pero sobre todo por ser alguien práctico, sin que ello implicara perder las exigencias del rigor de la investigación, lo que se

trabajo en llegar a la meta. Muchas Gracias a usted y a su familia por los sacrificios que tuvo que hacer al dedicarnos todo este tiempo, y que durante esta convivencia que hemos tenido, he aprendido que no existen fronteras en los conocimientos, que las únicas barreras son aquellas que los mismos seres humanos nos ponemos, que la diferencia de triunfar o quedarse viendo que los demás triunfen se encuentran en nuestra actitud y aptitud, que si somos capaces de poder dominar nuestro ego, se asoma la humildad y eso hace grande a una persona, lo cual es lo que yo he visto en usted.

A Maribel, Mayra y Alberto, por haberse sumado a este reto, gracias amigos, porque con la suma de sus deseos y la persistencia, logramos llegar a nuestro objetivo que tantos años nos llevó, lo que me queda claro que cuando se trabaja en equipo se logra llegar a la meta y un claro ejemplo es que hoy estamos ya acariciando el anhelo de lograr nuestra sueño ser maestros en derecho.

A la Doctora Susana Madrigal Guerrero, muchas gracias por haber aceptado ser participe en mi trabajo, su colaboración es tan valiosa que permitirá culminar este gran sueño; al Maestro Damián Arévalo Orozco, gracias por sus acertados comentarios que me permitieron reforzar y enriquecer los resultados en el presente trabajo, pero sobre todo gracias por su gran disponibilidad en apoyarnos en este proyecto que aun no siendo suyo lo tomaron como propio, el Doctor Héctor Chávez Gutiérrez y el Maestro Francisco Ramos Quiroz, que con su gran esfuerzo y apoyo se pudo llegar a esta meta, MUCHAS GRACIAS!

Gracias a todos los amigos y Sará que con sus comentarios y sugerencias lograron enriquecer este trabajo.

A mi familia por su paciencia, comprensión y tolerancia, que me acompañaron en recorrido, que hoy ese gran esfuerzo hecho por todos se ve recompensado. Gracias, estoy profundamente agradecida con todos!

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1-11
 Capítulo I. LA FAMILIA	
1.1. El papel social de la Familia y el Matrimonio.....	12-22
1.2. Marco jurídico del Derecho Familiar y el Matrimonio.....	22-28
 Capítulo II LA REPRODUCCIÓN HUMANA NO COITAL.	
2.1. Efectos Sociales y Jurídicos.....	29-44
 Capítulo III. ENFOQUE DISCIPLINARIO DE LA MATERNIDAD Y LA FILIACION EN EL ESTADO DE YUCATAN	
3.1. Naturaleza Sociológica y Jurídica.....	45-111
 Capítulo IV. ENFOQUE DISCIPLINARIO DE LA MATERNIDAD Y LA FILIACION EN EL ESTADO DE QUINTANA ROO	
4.1. Naturaleza Sociológica y Jurídica.....	113-164
 CONCLUSIONES.....	165- 169
PROPUESTAS.....170-188
BIBLIOGRAFÍA.....189-192

RESUMEN: En la generalidad de las culturas, las familias sirven como el agente socializador primario entre los seres humanos. Hay que reconocer que a pesar de que ha pasado por diferentes ciclos en lo que se inmiscuye el matrimonio, la familia nuclear sigue vigente a pesar de todos los cambios que se dan en la sociedad. El papel que juega la familia y el matrimonio dentro del derecho de familia, conlleva al tema principal tocante al sustento jurídico y social de “la reproducción humana no coital”, además siendo la maternidad base fundamental en toda familia, juega un papel preponderante en cualquier sociedad, y resulta fundamental regularla jurídicamente de acuerdo al avance científico, tecnológico y a la actual realidad social

La procreación artificial, fecundación *in vitro* o reproducción humana no coital, (fenómeno sin duda difícil de detener y de negar a estas alturas), adquirieron consistencia en la década de los 60's, por equipos médicos ingleses y australianos.

Es así, como inicia una nueva era de la reproducción humana diferente a la tradicional en la que como todo, surge buscando dar una solución a un problema social, pero que luego sus efectos no fueron previstos tanto por el legislador como el propio investigador, sin dejar a un lado la aceptación de la sociedad ya que muchas parejas se enfrentan a cuestiones de tipo social y jurídico, en la cual no les permite del todo tener una solución completa a su problema, por lo que no podemos quedarnos inmóviles y pasivos, sino que debemos buscar los mecanismos más adecuados para poder ingresar al fenómeno a todos los campos sin tener repercusiones tanto sociales como jurídicas.

Sin duda esto ha obedecido al problema que enfrentan numerosas parejas respecto a la infertilidad y esterilidad.

ABSTRACT: On the generality of cultures, families serve as the primary socializing agent between

humans. Admittedly, while it has gone through different cycles in the marriage, the nuclear family is interfering remains despite all the changes occurring in society. The role played by the family and marriage in family law, leads to the social and legal support regarding main theme of "non-coital human reproduction", in addition to being maternity fundamental basis in family, plays a leading role in any society, and is essential to legally adjust it according to the scientific, technological advance and the current social reality. Artificial procreation, in vitro fertilization or not coital human reproduction, (no doubt difficult to stop and deny at this point phenomenon), acquired the consistency in the Decade of the 60's, by Australian and English medical equipment. So, as it ushers in a new era of human reproduction unlike the traditional where as everything, comes looking for a solution to a social problem, but that then its effects not were provided both by the legislator as the own research, without leaving aside the acceptance of society since many couples are faced with issues of social and legal, in which not allowed at all have a complete solution to your problem, so we cannot not remain immobile and passive, but we must find more appropriate mechanisms to be able to enter the phenomenon to all fields without having both social and legal implications. No doubt this has obeyed to the problem faced by many couples about infertility and sterility.

PALABRAS CLAVE: Subrogación, Maternidad, Legislación Civil

INTRODUCCIÓN

Sin lugar a duda, el siglo XXI, se ha caracterizado por el avance científico en la medicina, en la rama de la biología y bioética, avances que han trascendido en la reproducción humana de una forma diferente a la natural, lo novedoso en esta nueva forma de reproducción humana son las técnicas de reproducción asistida, especialmente la subrogación de la maternidad la cual genera controversias en las figuras jurídicas como: matrimonio, maternidad, estado de hijo y la filiación entre otras, sin embargo, solo se analizarán éstas, ya que son las que generan más problemas; la oferta de las técnicas de reproducción asistida se hacen de forma indiscriminada lucrando con el problema de salud, infertilidad y esterilidad que sufren muchas parejas, sin que hasta el momento haya una regulación *a doc* que permita darle certeza jurídica a las personas que se animarán a usar la subrogación de la maternidad, es por esa razón que considero necesario analizar y revisar la

legislación civil y familiar para determinar cuáles son las controversias jurídicas y sociales que genera la subrogación de la maternidad.

Bajo el esquema del mundo globalizado en que vivimos, se requieren de disposiciones jurídicas vanguardistas que den frente a las innovaciones científicas y a las necesidades de una sociedad más demandante sobre el respeto de sus garantías individuales y derechos humanos que un Estado de derecho debe garantizar.

Hoy en día los científicos en el campo de la medicina han dado solución a los problemas de reproducción humana que enfrentan muchas parejas al problema de salud, fertilidad y esterilidad, avance científico que ha trascendido rompiendo con figuras establecidas en el derecho penal, civil y familiar, etc. así como en las cuestiones morales y religiosas; las parejas ya no tienen porque quedarse con las ganas de ser padres biológicos, ya que actualmente, la ciencia de la biología les da la posibilidad de ser padres a

través de la reproducción asistida o reproducción humana no coital.

De lo anterior, se puede decir que la presente investigación va orientada a establecer las consecuencias jurídicas, sociales, económicas, morales, religiosas, éticas, políticas y culturales que traerán consigo “la subrogación de la maternidad vs legislación civil del Estado de Yucatán y Quintana Roo”.

Siendo la maternidad base fundamental en toda familia, en donde ésta juega un papel preponderante en cualquier sociedad, lo que implica que debe regularse jurídicamente de acuerdo a los avances científicos, tecnológicos y a la actual realidad social, es por ello, que considero necesario en la presente investigación precisar conceptos jurídicos que definan al fenómeno en cuestión y señalar cuál ha sido la aceptación y evolución que ha tenido en lo social y jurídico, específicamente los efectos de las figuras jurídicas de filiación, matrimonio, maternidad,

estado de hijo, por la forma en que se concibe el nacimiento de un hijo y que al mismo tiempo genera el concepto de “la nueva familia moderna”, pues actualmente éste rompe con el concepto tradicional que se tenía sobre la familia, ya que los valores éticos, morales y antiguos conceptos tomados como verdades universales, entraron en conflicto con los adelantos científicos y tecnológicos que aportó la biogenética con las técnicas de reproducción asistida, ellas dan solución al problema de salud que se tiene sobre reproducción humana natural que enfrenta la infertilidad y esterilidad, pero al mismo tiempo generan problemas de tipo jurídico, económicas, morales, religiosas, éticos, políticos, sociales y culturales, pues da paso a una nueva teoría sobre formación de una “familia moderna” y está va en contra de los esquemas preestablecidos; además de que se contrapone a las teorías jurídicas ya existentes que tienden a poner resistencia a aceptarla, lo que se traduce en un dilema: cuando la naturaleza necesita ayuda para concebir un bebé y el derecho de las personas que sufren el

un problema de salud pide tolerancia de admitir que los mexicanos les sea permitido el uso de las técnicas de reproducción asistida, como una solución al problema de salud, de esterilidad o infertilidad, y en especial la técnica más controvertida “la subrogación de maternidad”, lo que motiva a creer que la sociedad siga creciendo con los cambios que va pidiendo el progreso científico, sin que ello signifique perder la esencia, de seguir manteniendo el centro medular de la sociedad, *la dignidad humana dentro de la familia.*

La falta de regulación del uso de las técnicas de protección asistida, no es un problema local, sino también es de índole nacional e internacional, pues se viene luchando desde la procreación de la primera reproducción asistida que tuvo lugar en los primeros días del año de 1984, donde vino al mundo en la ciudad de los Ángeles California, un bebé cuya gestación se había obtenido por el sistema de transferencia de embriones (llamado “niño E.T.”), lo anterior, por haberse implantado a una mujer estéril, el óvulo de otra, mismo que fue

fecundado en el cuerpo de ésta y le fue extraído a las cinco semanas el embrión que se implanto en la mujer estéril, con semen del marido de aquélla”¹, los primeros esfuerzos por solucionar el problema de reproducción se dieron en Europa, y se ha avanzado enormemente en este tema, sin embargo, aún no se ha podido lograr la regulación que permita el uso de la técnica de subrogación de maternidad ya que genera controversias por los efectos jurídicos que se producen.

La especie humana se encuentra ante una importante encrucijada, en donde los valores éticos, morales y los antiguos conceptos tomados como verdades universales, a menudo entran en conflicto con los adelantos científicos y tecnológicos que la misma humanidad ha logrado.

El hombre contemporáneo, se ve en la necesidad de enfrentar los fenómenos sociales que durante mucho tiempo aparecieron en el producto de la imaginación de algún escritor de ciencia-ficción.

¹ GIL RODRIGUEZ, Jacinto. II Congreso Mundial Vasco. Introducción a la Fertilización In Vitro, p. XV. Edit. Trivium, S.A. España 1988.

Ahora, no podemos más que asombrarnos ante la materialización de ciertos hechos que ni siquiera estaban en nuestra imaginación.

La evolución de la ciencia médica y la biogenética, han llegado hasta un punto en el cual, la sociedad moderna puede encontrar soluciones a los antiguos fenómenos naturales que en muchos casos debemos tomarlos y aceptarlos como principios absolutos e inmutables.

Esto es lo que ha ocurrido con el antiguo concepto de la reproducción humana, la cual era concebida como un hecho en donde únicamente las fuerzas de la naturaleza intervenían en su realización, pero los tiempos han cambiado, la ciencia nos ofrece ahora diversos métodos artificiales para lograrla. De este modo, las parejas infértiles que en otros tiempos tenían que aceptar fatalmente sus circunstancias hoy, pueden encontrar una solución a su problema.

Actualmente, la familia del siglo XXI, se encuentra en el vértice del desarrollo de las nuevas técnicas de fertilización y reproducción asistida o artificial en la que tendrán la obligación de responsabilizarse de las consecuencias que la misma modernidad les proporciona.

Con los progresos científicos que ocurren increíblemente rápido, ha llegado el momento de plantear los aspectos legales de las nuevas formas artificiales de concepción y procreación.

Estas nuevas técnicas de reproducción humana no coital, representan uno de los mayores retos de la ciencia del Derecho y el positivismo jurídico, pues estos, deben evolucionar a la par con el desarrollo científico y tecnológico, lo anterior, a fin de responder a las distintas controversias de orden legal que puedan suscitarse con la aparición y el empleo de estas técnicas modernas.

Bajo esas circunstancias, se plantea el siguiente problema: ¿Cuál es la respuesta jurídica y social

que se dan en los Estados de Yucatán y Quintana Roo?

El presente trabajo iuscomparatista, está en caminado a intentar –dentro de lo posible-, una mejor adecuación y funcionalidad a la legislación civil de la sociedad moderna, ya que de la comparación de los códigos civiles de los Estados de Yucatán y Quintana Roo, se pudo determinar que ninguno de ellos responden a la realidad de este fenómeno social y por lo tanto, es necesario que ambos códigos deban ser modificados para que se ajusten a las necesidades que la sociedades yucatecas y quintanarroenses demandaran en un tiempo no muy lejano.

Para lograr el objetivo antes referido, fue necesario llevar a cabo un análisis y una comparación, de la doctrina jurídica, así como de la legislación positiva comparada, con el fin de encontrar en qué puntos son coincidentes los cuerpos jurídicos civiles de ambos Estados, y en cuales difieren; lo anterior, al enfrentar las diversas controversias legales que puedan

acarrear la “Reproducción Humana no Coital”, y lograr un acercamiento a la realidad de ambos cuerpos normativos.

Para esta investigación fue necesario recurrir a la sociología y a la investigación de campo de forma informal, pues por lo privado del tema, nadie quiso proporcionar sus nombres debido a las controversias que genera este tema, además, se hizo de esta manera para poder determinar el alcance real de la legislación civil vigente de los estados comparados y de las demás entidades federativas.

Durante el desarrollo de la presente investigación, no se pudo evitar enfrentar con algunos problemas derivados de la naturaleza misma de fenómeno social en cuestión, ya que se trata de un tema que encierra prejuicios sociales que no pueden dejar de influirnos como humanos y producto de la misma sociedad que somos, por lo que aún con todos esos pros, a toda costa intento en la medida de lo posible, mantener un espíritu

crítico a fin de alcanzar la meta fijada: aportar nuevas ideas que puedan resultar útiles a la sociedad, especialmente a las parejas que presentan el problema de salud de infertilidad y esterilidad, las cuales merecen todo nuestro respeto y darles una certeza jurídica ante la nueva posibilidad de tener sus propios hijos con estas nuevas formas de reproducción humana y al derecho de poder estar a la vanguardia ante el mundo, sin embargo, la última palabra la tendrá el lector, de quien se espera las observaciones o comentarios que ayuden a enriquecer esta investigación y permita hacer conciencia en los legisladores y nazca la voluntad política de atender este problema social que enfrentan varias parejas, que estamos seguros que están a la espera del nacimiento de un marco jurídico que les permita darles solución a lo que hoy enfrentan en su vida cotidiana.

CAPÍTULO I

LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO

1.1. El Papel Social de la Familia y el Matrimonio.

Para saber cuáles son los efectos sociales y jurídicos de la reproducción humana no coital, es necesario conocer como ha sido la estructura y evolución, desde sus orígenes hasta la actualidad el papel que juega la familia y el matrimonio en la sociedad.

Historiadores, sociólogos, psicólogos, etc., que han realizado estudios sobre la historia de la familia, coinciden en que es el eje de la vida y la única forma de organización social.

Se concibe a la familia, como una institución básica en la vida económica social, la organización de la vida común de los seres humanos de los dos sexos, célula de la sociedad, ya que cumple la función indispensable en la reproducción de una de las condiciones más importantes de la vida social: la población.

Salvador Giner, cita la clasificación que hizo Morgan sobre la familia el cual considera que ha pasado diferentes etapas como son: **La familia consanguínea.**- Donde los grupos conyugales se clasifican por generaciones, todos son maridos y mujeres entre sí, pero se prohíbe la unión sexual de los ascendientes y descendientes. **La familia punalúa.**- Aquí se prohíbe la unión sexual entre hermanos y hermanas, se limita la reproducción consanguínea y se inicia el matrimonio con

personas distintas a la familia. **La familia sindiásmica.**- En esta fase se realizaba un matrimonio por grupos y el hombre vive solo con una mujer, pero la poligamia y la infidelidad siguen siendo un derecho para los hombres. **Poligamia y poliandria.**- Estas dos formas de matrimonio son algo excepcional en la historia, ya que de hecho la poligamia de un hombre es inevitable sobre todo si económicamente es solvente. **La familia monogámica.**- Esta se funda con el predominio del hombre; su fin es el de procrear hijos y la paternidad pasa a ser indiscutible.²

De ésta evolución histórica de la familia se concluye que: la existencia de una comunidad primitiva con relaciones promiscuas, el

² SALVADOR Giner, **Sociología Origen y Desarrollo de la Familia**, pp.106-109, edit. Barcelona. España. 1969.

matriarcado es la figura principal, se dan los matrimonios por grupos, se origina la nomenclatura y las prohibiciones para contraer matrimonio y el pase del matriarcado al patriarcado evoluciona.

Salvador Giner, al citar en su obra a Recaséns, quien considera que ese grupo surge por las necesidades naturales de los integrantes, sobre todo por aquéllas que se refieren a la crianza y el sostenimiento de los hijos e hijas, sin embargo, considera que esa concepción no puede quedar al arbitrio de la naturaleza, sino que también es una institución creada y estructurada por una cultura, y que va haciendo a través de ésta como se va controlando a los individuos, sus relaciones, su conducta y todo aquello que tenga que ver con el

intercambio generacional. Esta relación es lo que conlleva al surgimiento del Derecho de Familia³. Luego entonces, si partimos de que la familia es concebida como una estructura a través de la cual se pretende *organizar la sexualidad de hombres y mujeres y la crianza de los hijos (as) que pudieran nacer de esa convivencia sexual*. Sin duda ese concepto ha queda desfasado a la situación real que enfrenta la sociedad con el fenómeno de la reproducción humana no coital.

Bajo esta concepción tenemos que la reproducción humana no coital no encajaría en este supuesto, ya que los hijos no nacen de esa convivencia sexual, y así como ésta veremos otras divergencias que se pintan a este nuevo fenómeno social ante dichas concepciones.

Salvado Giner señala, si la familia es una de las estructuras que sustentan la sociedad en que vivimos, cabe señalar que la familia se forma legalmente a través de la institución del matrimonio el cual es concebido como: “una relación donde se establece de cohabitación sexual y domiciliar entre un hombre y una mujer, la cual es reconocida por la sociedad como una institución domicional educativa de la prole que pueda surgir.”³

En efecto, se puede decir que si la familia es la que representa la base de la organización del hombre, su estructura jurídica y social, es dable señalar que por esas mismas razones es compleja. Esta complejidad obedece a los mismos

³ Ídem

cambios que se presentan en la sociedad con el paso del tiempo.

En la generalidad de las culturas, las familias sirven como el agente socializador primario entre los seres humanos. Hay que reconocer que a pesar de que ha pasado por diferentes ciclos en lo que se inmiscuye el matrimonio, la familia nuclear sigue vigente a pesar de todos los cambios que se dan en la sociedad. No podemos dejar de mencionar que muchos de los valores que la unían han cambiado y que han conllevado a la desintegración de varios matrimonios, esto obedece a los diferentes cambios que ha sufrido la sociedad.

Vista la familia desde sus inicios, nos permite comprender las diferentes figuras jurídicas que la

rodean, así como la función que tiene dentro la sociedad y los valores que ésta fomenta dentro de sus miembros.

Ahora bien, al matrimonio lo conciben desde dos puntos de vista: religioso y civil. Para el primero es un sacramento, donde se conjugan elementos afectivos muy poderosos que impiden al hombre separarse de esa unión, mientras que para el segundo es una institución donde existen derechos y deberes entre los cónyuges. Ambas uniones tienen mucha relevancia en este trabajo de investigación, uno por tener bases del derecho natural-religioso y el otro legal, pero que después de todo el primero tiene una gran influencia en el segundo, y no es del todo aceptado por la sociedad la “reproducción humana no coital” hecho que veremos en los capítulos siguientes

De igual manera, para entender en que difiere la familia del matrimonio, es necesario señalar de donde vienen los significados.

El Diccionario Jurídico Mexicano, establece que “la palabra matrimonio, proviene del término en latín matrimonium, que a su vez se compone de los vocablos “matris” y “munium” que significan “madre” y “carga o gravamen”, (Instituto Mexicano de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano, México, 1989), luego entonces, de lo anterior podemos decir que es “el cuidado de la madre”. Éste término se nos hace como el más adecuado que el expresado en el diccionario, dado la relevancia que tiene la institución al considerar que es la mujer la que carga durante nueve meses al ser que procreó.

Tal y como lo señalaba en los “decretares de Gregorio IX”, ahí se establecía que la derivación del término en estudio, era la mujer la que conjugaba una verdadera relación al concentrarse portadora del ser concebido, puesto que era ella la que cargaba una relación onerosa antes del parto, dolorosa durante el parto y después gravosa, por recaer en la mujer el mayor enlace entre una pareja que ha dado fruto de su relación. ⁴

Visto al matrimonio desde el punto de vista referenciado, la nueva forma de reproducción humana queda fuera de este contexto social, sin embargo, no podemos cerrar los ojos ante éste fenómeno, puesto que ya se viene realizando, por lo que es necesario que todos aquellos que han

⁴ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, p. 285.
Edit. Porrúa. México. 1983

estudiado la evolución de la familia y el matrimonio, busquen un concepto que contemple este nuevo fenómeno.

Ahora bien, vayamos a ver qué pasa con la familia y el matrimonio, considerando a la familia y al matrimonio desde el punto de vista social y la falta de encuadramiento de “la reproducción humana no coital”, en el campo jurídico.

1.2. Marco Jurídico del Derecho Familiar y del Matrimonio

En sentido estricto jurídico, la familia comprende solo a los padres e hijos, entretanto

éstos no se casen y constituyan una nueva familia⁵.

Jurídicamente el matrimonio es considerado como: “un contrato bilateral solemne por el que se unen dos personas de sexo diferente, para perpetuar la especie y ayudarse mutuamente.”⁶

Considerado de este modo al matrimonio encontramos un dilema, si el objetivo es la de perpetuar la especie, ¿qué pasa cuando este fin no puede cumplirse porque las pareja están imposibilitadas para hacerlo? Entonces diríamos que la pareja que decide tener un hijo bajo los diferentes métodos tiene ese derecho de hacerlo, pero ¿ese derecho está debidamente regulado? ¿Es aceptado por la sociedad? Interrogantes

⁵ Código Civil del Distrito Federal, Edit. Porrúa. México. 1988.

⁶ Idem.

como estas son las que trataré de darles una respuesta tanto social como jurídica en los siguientes capítulos.

En la presente investigación no se abundara, acerca de todas las figuras jurídicas que rodean a la familia y al matrimonio, *debido a que la investigación solo se abocara analizar la figura jurídica de la filiación, maternidad y la situación de estado de los hijos que sean nacido usando las técnicas de reproducción asistida especialmente la subrogación de maternidad.*

Un punto de partida es el papel que juega la familia y el matrimonio dentro del derecho de familia, lo que conlleva a nuestro tema principal tocante al sustento jurídico y social de “la reproducción humana no coital”, además siendo la

maternidad base fundamental en toda familia, juega un papel preponderante en cualquier sociedad, y resulta fundamental regularla jurídicamente de acuerdo al avance científico, tecnológico y a la actual realidad social, por lo que es necesario considerar conceptos jurídicos que definan al fenómeno en cuestión.

Como se puede ver la familia desempeña sin duda un papel muy importante en la sociedad, con el matrimonio se pasa de la familia de origen, a la familia de procreación, de esta manera el matrimonio que deciden formar las parejas es a base de intereses mutuos, sin embargo, ¿Qué pasa cuando la pareja enfrenta el problema de la infertilidad y esterilidad?

Muchas de las veces y si sus condiciones económicas se los permiten, buscan otras

alternativas a través de los adelantos científicos para procreación de hijos, que sin duda, dichos adelantos han contribuido a lograr un objetivo más de muchas familias.

De pronto resulta ilógico, que por un lado se busca darle respuesta a los problemas de la infertilidad y esterilidad, y por otro la de regular el control natal a través de diversos tratamientos médicos. No debemos perder de vista que ambas expectativas son necesarias y ya han sido rebasadas para lo que en un principio fueron concebidas, debido al abuso excesivo y poco ético que algunos sectores de la sociedad han hecho de tales avances científicos. Es aquí cuando surgen problemas de tipo social y jurídico, pero también es ahí donde el jurista tiene que regular dichas prácticas que se han llevado a cabo en

nuestra sociedad. Es por ello que surge la inquietud de investigar, ya que dicho tema abre la posibilidad de visualizar y profundizar más haya este fenómeno social, que es difícil de prohibir, pero que nos puede permitir regular y evitar que surjan otros fenómenos más agravantes que éste.

Ahora bien, si el matrimonio se ha distinguido por ser la institución más completa en relación con las etapas que se presentan en ella desde el acto de su celebración, la voluntad de las partes y el Estado, y los efectos jurídicos que se derivan de ellos, lo más importante es la función que se realiza en la sociedad, ya que el matrimonio es la base y fundamento de lo que es la familia y ésta es la célula de la vida de la sociedad.

Desde luego, es con el matrimonio que se entrelaza una serie de relaciones jurídicas como forma adecuada a toda organización jurídica, ya que a través de la institución se manifiesta lo que es la base de toda sociedad, “la familia” lo que es sin duda mediante la familia, que el propio Estado entra en acción al tener como fin proteger al núcleo familiar.

Dicho lo anterior, y por las razones antes vertidas es que se debe regular este fenómeno social para evitar irregularidades y hechos que ateten con la propia integridad del ser humano, es necesario generar un marco jurídico que permita darle certeza jurídica a las partes y no dejar a que se comercialice con los sentimientos de forma onerosa por un problema de salud.

CAPÍTULO II.

LA REPRODUCCIÓN HUMANA NO COITAL.

2.1. Efectos Sociales y Jurídicos.

La procreación artificial, fecundación *in vitro* o reproducción humana no coital, (fenómeno sin duda difícil de detener y de negar a estas alturas), ya que éstas adquirieron consistencia en la década de los 60's, por equipos médicos ingleses y australianos. El primer nacimiento de un ser humano a raíz de estos avances científicos se llevó a cabo en el año de 1978, y a partir de ahí han surgido otros nacimientos.

Es así, como inicia una nueva era de la reproducción humana diferente a la tradicional en

la que como todo, surge buscando dar una solución a un problema social, pero que luego sus efectos no fueron previstos tanto por el legislador como el propio investigador, sin dejar a un lado la aceptación de la sociedad ya que muchas parejas se enfrentan a cuestiones de tipo social y jurídico, en la cual no les permite del todo tener una solución completa a su problema, por lo que no podemos quedarnos inmóviles y pasivos, sino que debemos buscar los mecanismos más adecuados para poder ingresar al fenómeno a todos los campos sin tener repercusiones tanto sociales como jurídicas.

Annas George J. y Elías Sherman, en su obra “clínicas obstétricas y ginecológicas, apuntan que durante el último decenio han habido progresos

científicos de vital importancia en la reproducción humana no coital.”⁷

Sin duda esto ha obedecido al problema que enfrentan numerosas parejas respecto a la infertilidad y esterilidad, sin ser severa en este juicio deduzco: que los científicos preocupados por dicho problema se dieron a la tarea por encontrar una alternativa que permita brindar solución a tales parejas, lo que contribuye a lograr el objetivo final del matrimonio, el de procrear hijos, quedando así completa la familia y siendo esta el lazo elemental más sólido de la sociedad, bajo esta concepción es bien visto ese fenómeno, pero ¿Qué pasa cuando ese fenómeno rompe

⁷ GEORGE J. Annas y Sherman Elías. Clínicas Obstétricas y Ginecológicas. Edit. Interamericana. Vol. 3. México. 1989

otros esquemas?, veamos a continuación ese dilema.

Sin duda alguna, el lector no deberá perder de vista que la estructura que sustenta la sociedad en que vivimos, es la **familia** y que ésta se forma legalmente a través de la institución del **matrimonio**, siendo una relación en la que se establece la cohabitación sexual y domiciliar entre un hombre y una mujer, la cual es reconocida por la sociedad como una institución domiciliar educativa de la prole que pueda surgir.

Tenemos entonces que el siguiente concepto ya no responde al fenómeno social que trato en este trabajo, debido a la concepción que se tiene de la: **REPRODUCCION HUMANA NO COITAL**, como aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heterológica) e incluye la fertilización *in*

vitro, (conceptualización que se hace de acuerdo al concepto de fertilización asistida que establece el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.”⁸

Veamos pues el “**CAOS GENETICO**” que puede ocasionar este fenómeno en el campo social y jurídico.

La gestión por sustitución o por cualquiera de las formas que se han referido con antelación, a estas alturas ya no se puede prohibir ni parar, pero lo que sí se puede hacer es regularla y dentro de esa regulación debe ser objeto de sanción penal o civil cuando esta se haga fuera de la ley, y contra cualquier tipo de personas que participen en un

⁸ Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud-1990

“contrato de gestión por sustitución” (inválido jurídicamente hablando), aunque no sea escrito, así como a las agencias o instituciones que las propicien, los equipos médicos que la realicen, y los centros sanitarios en que se llevan a cabo.

¿Por qué la necesidad de prohibirse en ciertos casos y regularse la utilización de estas técnicas de reproducción humana no coital?

Tomando en cuenta el principio universal de que “madre siempre es la que da luz”, aunque no haya sido quien aportó el óvulo que fue utilizado para la concepción o cuando en el supuesto de haberlo aportado, es decir, de haber sido fecundada con un óvulo de ella misma, siempre se presumirá y no hay prueba en contrario a este principio hasta hoy en día, mientras no haya una definición distinta a

la que se tiene. Aquí encontramos el primer problema de filiación, veamos el porqué de esta afirmación.

Si consideramos a la gestación por cuenta ajena que va en contra de la filiación y el estado civil, tomando en cuenta que la objetividad jurídica de estas figuras es la de proteger los atributos de toda persona y de cada uno de los miembros del grupo familiar, frente a las alteraciones dolosas que puedan cometerse por propios y extraños, y que redunden en la mistificación o falsedad de los vínculos naturales de la filiación, paternidad y maternidad que existen entre sus diversos miembros.

Si partimos de que solo las conductas típicas se pueden perseguir, imputar y ser punibles, luego entonces en materia civil al no existir precepto

jurídico que regule, reconozca o impute la filiación de un hijo en relación con la madre por el solo hecho del nacimiento, puede servir de presupuesto lógico jurídico “la subrogación de la maternidad”, lo anterior tendríamos que decir queda impune, ya que tampoco existe sancionada y tipificada expresamente en el ámbito penal esta conducta.

De modo que, surge la necesidad de regular jurídicamente este silencio del derecho, y hacerlo como un sentido de prohibición y control, dado que se trata de una conducta mala ya que trae consecuencias y efectos negativos que van en contra del mismo ser humano.

Varios médicos consideran que las gestaciones por cuenta ajena es una buena alternativa para

aquellas parejas que no pueden lograr la descendencia, pero para aquéllas parejas que decidan usar las solo por el simple hecho de no querer perder su figura o por el hecho de tener solo el hijo ya no estaría bajo esa consideraciones.

Aun cuando es por sí misma una conducta antinatural, (la reproducción in utero alieno) por estar manipulado arbitrariamente la vida y el destino de un futuro ciudadano que muy probablemente lo recrimine cuando tenga conciencia de ello, si para entonces no ha cambiado la escala de valores sociales, educacionales y culturales del núcleo social en que se encuentre.

No debemos entonces perder de vista que la dignidad del ser humano al ser concebido de esta manera, muchas de las veces es atacada en un

abuso de la voluntad y del imperio circunstancial en la que están en ventaja ya que manipulan su futuro. Una vez lograda la gestación y el parto, el niño recién nacido resulta el objeto jurídico, pues por su edad no puede tener conciencia de sus relaciones de familia ni defenderlas, agravándose la situación ante el evento que quien debería defender su estado, ya había consentido en renunciar a él, desde antes de su concepción.

Esto a su vez, conlleva al peligro de crear conflictos sociales provenientes de las constantes confusiones que surgirían en relación con las filiaciones, veamos un ejemplo hipotético para reafirmar mi postura.

Supóngase que las mentes meta-liberales ganen esta batalla, (que de hecho ya se hace en

la actualidad) de modo que los “bancos de gametos” donados en el anonimato y la “reproducción *in utero alieno*” fuesen permitidos. Ese anonimato, llevaría a la posibilidad en un futuro entre los miembros de una pareja, homosexual o heterosexual que decida cohabitar, que exista algún parentesco consanguíneo colateral en común con algún pariente consanguíneo en la línea ascendente, quien había realizado años antes una donación de semen o de óvulos de manera anónima.

Lo anterior, conlleva problemas sociales y de tipo jurídico, ya que se priva al menor de un derecho elemental que tiene para su desarrollo físico y mental, que es el de saber y conocer quién es su progenitor. ¿Qué valor le dará a la vida? ¿Qué pasará cuándo sepa que su padre es un

desconocido?, porque es innegable que los niños al crecer preguntan siempre ¿quién es su padre? Cuestionable será si la madre tendrá el valor y la capacidad moral para darle una respuesta lógica y aceptable a su hijo, y más aún convincente para el que pregunta. Es aquí donde entran los valores de lo que es una familia y los lazos que la hacen ser fuente generadora de otra. La pregunta queda al aire ¿es aceptable que la pareja pueda hacer uso de este derecho, pero es justificable para aquellas parejas que aun no teniendo ni un impedimento físico lo hagan por un simple capricho?

Por todo lo anterior, surge esta interrogante a manera de reflexión: ¿en qué momento el derecho al ejercicio de la libertad para procrear, empieza a dejar de serlo, para convertirse en el ejercicio de la esclavitud a un capricho frenético? o peor aún,

¿qué o quién nos garantiza que el ser procreado bajo esta técnica de reproducción asistida, realmente entre a un núcleo familiar completo y no acabe en un laboratorio para experimentos o para traficar con sus órganos?

Lo cierto que a esa interrogante es difícil darle una respuesta ya que todo depende de la regulación que se haga a través de la biótica, como atinadamente lo menciona el Catedrático de la UNAM el Doctor Fernando Canto Valle, tema en el cual no abundaremos ya que el presente trabajo está perfilado a las consecuencias jurídicas que se tiene en la filiación respecto a los bebés que se han nacidos bajo el uso de las técnicas de reproducción asistida especialmente la Subrogación de la Maternidad.

Ahora bien la filiación y maternidad cierta, sin que tenga que probarse por un certificado de origen – valga la ironía- es un derecho inherente a cada ser humano que debe requerir “de demostración”, porque se contiene en la definición de persona. La noción misma de persona, conlleva en el hombre la existencia de derechos por título natural. Si esto no se ve con evidencia, se debe a que no se ha penetrado en la esencia de la persona y por ello no se capta en toda su extensión cuando está contenido en la definición de persona.

La nota distintiva de la persona es la posesión de su ser y la incapacidad ontológica de ser pertenencia ajena. Por lo tanto todos los bienes inherentes a su propio ser son objeto de su propio dominio, son suyos en el sentido más propio y estricto, -son derechos que la persona tiene en

virtud de su naturaleza-, donde se engendran con el deber de ser respetados.

De cualquier manera y desde el ángulo que se le pretenda ver, la subrogación de la maternidad se antoja como un capricho frívolo al que el derecho no puede quedar supeditado, recuérdese que todas las posibilidades como pretexto pueden ser utilizadas para alquilar un útero, como por ejemplo, el citado caso de que la mujer por su trabajo o por sus hábitos monásticos, no pueden permitirse una interrupción en sus actividades ni exponerse a tener qué perderse los correspondientes votos.

Esto es solo una parte de los problemas que origina este fenómeno social, sigamos en este camino, el cual por momentos el lector creará que

es solo cuestión moralista, pero no es el juicio principal de este trabajo, sino que va encaminada a que se comprendan los pros y los contras que tiene esta nueva forma de reproducción humana para todos, en esta compleja pero importante humanidad.

CAPÍTULO III

**ENFOQUE DISCIPLINARIO DE LA
MATERNIDAD Y LA FILIACION EN EL
ESTADO DE YUCATÁN**

3.1. Naturaleza Sociológica y Jurídica

El Estado de Yucatán, está conformado por una sociedad donde predomina la religión católica, ésta se manifiesta en todos los aspectos de la vida cotidiana, por ejemplo, determinados partidos políticos están arraigados en una base de cuadros activistas y simpatizantes que en su totalidad siguen los dogmas de la iglesia católica, la influencia de los clérigos en el ámbito de la política es clara, y en el Estado, nadie ignora ni niega éste hecho.

En la educación, tanto académica como en el seno familiar, los valores que se transmiten a los alumnos y a los hijos, son enfocados según lo dicta la doctrina católica, y así ha sido a lo largo de generaciones desde tiempos inmemoriales, de tal forma, que los jóvenes, al llegar a la educación media superior y superior, muestran claras pruebas de ésta influencia religiosa que se manifiesta en las aulas cuando se discuten temas como el aborto, la planificación familiar, el divorcio, la unión libre, y otros temas de análogo contenido⁹.

⁹ Esto se da sobre todo, en las aulas de enseñanza jurídica, cuando por ejemplo se trata de debatir la idoneidad de los contenidos normativos, sobre todo penales, el primer ejemplo que sale a colación es el del aborto, del cual por lo general, se considera que debe ser más severamente castigado. Esto pude constatarlo por mi propia experiencia, al convivir con estudiantes yucatecos.

Hoy en día se encuentra arraigada fe católica, en la vida práctica presenta profundas contradicciones, por un lado, se defiende la integridad moral del individuo, la familia, la fidelidad, sobre todo la que las mujeres le deben al esposo, y se exige un comportamiento y una vida cristiana ejemplar, pero por otro lado, el altruismo, la caridad, el amor al prójimo, y algunos otros principios que postulan los diez mandamientos como “no darás falso testimonio contra tu prójimo ni mentirás”; “no cometerás actos impuros”, entran en crisis en la *psique* del pueblo yucateco.

El lector se preguntará ¿qué tiene que ver lo antes dicho con la reproducción humana no coital?, la respuesta es: mucho, y para explicarlo, abordaremos el tema partiendo desde la visión

sociológica y económica entrelazadas con las relaciones interpersonales de la sociedad yucateca que entran en contradicción con su religiosidad y con las decisiones emanadas de su libre albedrío.

Desde la perspectiva sociológica, el precepto católico que implica no juzgar los actos del prójimo es una verdadera utopía en la práctica, tan es así, que en la (Revista Peninsular, 1992) declaro el Doctor. Víctor Manzanilla Schafer, ex Gobernador del Estado Yucatán, que la idiosincrasia de sus paisanos. “Yucatán, no es como otros estados del país, en los que muchas veces, la gente toma venganza en forma violenta en contra de quienes creen haber recibido alguna ofensa, llegando incluso al homicidio, en Yucatán, se lleva un procedimiento distinto, la difamación es el

principal instrumento de venganza, tanta presión ejerce ésta sobre uno, hasta llegar a ser tan insoportable que uno solo se suicida”.

En efecto, la presión social sobre quienes llevan modelos de vida considerados “anormales” es tan fuerte que muchas veces funge como una sanción verdaderamente ejemplar y más efectiva que las previstas en el Código de Defensa Social (Código Penal), pues esto se traduce a la toma de decisiones basadas en el ¿qué dirán?; y sin embargo, existen los mismos problemas sociales que enfrenta cualquier otra sociedad mexicana y del mundo, Yucatán no está exento de problemas tales como la existencia de hijos naturales, divorcios, familias desintegradas, homosexualismo, adolescentes madres solteras, y otros, quienes han tenido que aprender a

sobrevivir con el estigma que los demás miembros de la sociedad les impone.

Lo anteriormente mencionado, se observa en la comunidad tomándola en su conjunto, pero hay que distinguir los matices que toma la realidad, según el extracto social de las personas, pues las consecuencias de sus acciones varían según su posición económica, también, como sucede en cualquier parte del mundo.

En los círculos de la clase económicamente fuerte, en donde las familias cuentan con los recursos financieros suficientes, algunos pecados se pueden ocultar fácilmente, escapando de la condena y el señalamiento social, librándose así de cualquier reproche más que el de su propia conciencia.

En cambio, en el caso de las clases económicas inferiores, la cuestión se torna complicada para quienes deben enfrentar las consecuencias de sus actos, al no contar con la posibilidad de ocultarlos, como es el caso de pagar un aborto, por ejemplo.

La división de clases sociales, también es un claro reflejo de las contradicciones entre los dictados de la doctrina católica y la realidad social en el Estado de Yucatán, la separación entre ricos, clasemedieros (considerados estos como aquéllos que cuentan con casa propia y viven al día del salario de su trabajo diario), y pobres; ésta división de clases sociales está tan marcada que los miembros de cada uno de estos estratos sociales, sobre todo los dos primeros, casi nunca se entremezclan entre sí, y llegare a suceder, se

trataría sin duda alguna, de algo excepcional, esto quiere decir, que los ricos, los aristócratas, los descendientes de la llamada casta divina se encuentran en un círculo tan cerrado que representan un mundo desconocido para los demás. Huelga decir, que ésta clase privilegiada se sostiene del trabajo y la explotación del pueblo yucateco, esto lo explica mejor Enrique Montalvo Ortega, investigador del Centro Regional de Yucatán del Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH), cuando menciona que: “los índices censales referentes a los ingresos de la población nos hablan del empobrecimiento de la mayoría. Así, más de la mitad (63.6 %) recibe menos de dos salarios mínimos, y 92.4% menos de cinco salarios mínimos; sólo 3.27% obtiene entre cinco y diez, y 1.46% más de diez”. (Enrique

Montalvo Ortega, Yucatán: Sociedad, Economía, política y Cultural, 1992)

Con éste panorama socioeconómico y cultural del Estado de Yucatán que se toma como una muestra representativa, estoy en condiciones de pasar al análisis de la situación en la que se encuentra la ciencia y la tecnología en el campo de la medicina.

Yucatán cuenta con una de las escuelas de medicina con más tradición no sólo del Sureste, sino de la República Mexicana, muchos de los egresados de la Facultad de Medicina de la Universidad Autónoma de Yucatán, han logrado sobresalir a nivel nacional gracias a su desempeño profesional y algunos, han llegado incluso a destacarse en el ámbito internacional, esto, ha establecido las condiciones propicias

para que los adelantos en la medicina lleguen con prontitud al Estado, particularmente, a su capital, Mérida. Ésta ciudad, cuenta con clínicas equipadas con los instrumentos más modernos y personal altamente capacitado, un ejemplo de ello, lo es la clínica “Dr. Ignacio García Téllez” del Instituto Mexicano del Seguro Social, que es la que mejores condiciones de servicios médicos ofrece en comparación con las de Quintana Roo y Campeche, que además ofrece a las parejas infértiles la posibilidad de procrear hijos mediante medios artificiales; pero esto es sólo un pálido ejemplo, las clínicas privadas cuentan con numerosos médicos con conocimientos especializados, si no en todas las ramas de la medicina, sí en la inmensa mayoría de ellas, aunque cabe aclarar, éstos sofisticados centros médicos no se encuentran al alcance de

cualquiera, pues los costos de sus servicios son elevadísimos para la mayoría de los yucatecos, los cuales tienen que conformarse con los servicios que les brindan las instituciones de seguridad social del Estado: ISSSTE o IMSS, según sea el caso.

Existen otros centros médicos dependientes del Estado, que además de ofrecer servicios médicos a la población a un costo accesible, cuentan con departamentos de investigación altamente especializada. Tal es el caso del “Centro de Investigaciones de la Universidad de Yucatán Hideyo Noguchi”, el cual, tiene un departamento especializado en investigaciones biogenéticas. Aunado a esto, en la década pasada, se llevó a cabo un proyecto sumamente ambicioso, en donde se invirtieron grandes sumas de dinero, se

trata de una clínica privada, denominada “Santa Elena” en la que se emplean los más modernos mecanismos de reproducción humana mediante medios no naturales, es decir, la llamada reproducción humana no coital.

¿Qué efectos sociales y legales puede acarrear la práctica de la reproducción humana no coital en este Estado?, la respuesta debe darse desde varios enfoques: en el de la medicina, la filiación y el Estado de Hijo, en el de la percepción de la sociedad frente a dicha reproducción humana. Analicemos primeramente los enfoques médicos y legales, para ello, planteémonos la siguiente cuestión: ¿cuántas formas de reproducción humana no coital pueden haber?, la inseminación y la concepción artificial pueden darse en cualquier mujer. En el aspecto médico se

comprenden: la recogida del semen, la inseminación y la concepción”¹⁰.

Esto es, en los casos en los que la mujer es incapaz de producir óvulos, estos son defectuosos, le es imposible retener en el útero el óvulo fecundado, cuando los tubos seminíferos del cónyuge no fabrican gametos, su eyaculado tiene poca movilidad, es de poca cantidad de espermatozoides o éstos son portadores de importantes anomalías morfológicas, es posible y recomendable aplicar para lograr la concepción, la inseminación artificial, misma que puede ser extrauterina, es decir, se puede recomendar que para obtener la fecundación, ésta se haga In Vitro.

¹⁰ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. Las Relaciones Jurídicas Paternofiliales, p. 25, Edit. Porrúa. México. 1984.

Así también, en aquellas situaciones en las que el óvulo y el espermatozoide no dan el fruto esperado, debido a que los gametos, es decir, las células reproductoras masculina y femenina, no son compatibles, como en el caso de la esterilidad causada por la producción anormal de anticuerpos (sustancia defensiva creada por el organismo que tiene la capacidad de reaccionar) contra los espermatozoides, también se recomienda para lograr la concepción, la fecundación In Vitro. Este modo de obtener la fecundación es lo que el artículo 40 fracción XI del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, describe como fertilización In Vitro. (Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, 1990)

Ahora bien, hecho lo anterior, es indispensable implantar el embrión resultante en el cuerpo de una mujer para que ésta se encargue de llevar la gestación, pudiéndose tratar de una mujer distinta de la que aportó el gameto.

Existe una diferencia entre lo que es la fecundación e inseminación, los doctores señalan que se trata de una fecundación artificial también conocida como fecundación in vitro y la otra es una inseminación artificial. Ambos términos son usados y así aparecen también en la literatura jurídica y ambas situaciones pueden presentarse.

Se habla de la fecundación artificial, aun cuando no se descarta que también pueda usarse como terminología adecuada la de inseminación, toda vez que el primer concepto hace referencia a la

concepción como resultado y en cambio, en el segundo concepto, se está expresando la introducción de espermatozoides en la mujer por medios artificiales, sin asegurar la concepción como resultado.

Sin embargo, casi la totalidad de los autores que hablan de éste tema consideran que la práctica en cuestión no es la fecundación, pues la verdadera fecundación no es artificial, lo artificial es la inseminación. Pero los avances científicos hacen posible también la fecundación artificial, cuando se logra esta gestación en un tubo de ensayo, llamada In Vitro, en estos casos se trata de una verdadera fecundación artificial extrauterina”¹¹.

¹¹ Idem.

Para que la fecundación In Vitro se dé, se requiere que el óvulo maduro de una mujer, puede ser extraído de su cuerpo para ser fertilizado en un tubo de ensayo con espermatozoides de un varón, para luego ser depositado en un útero que puede ser distinto del de la dueña del gameto femenino, quien se encargará de llevarlo en gestación, subrogándose de este modo en la maternidad de la dueña del óvulo.

Por lo tanto, “inseminación será el término que indique la introducción del espermatozoide en la mujer sin asegurar la fecundación; fecundación será la unión extrauterina de un espermatozoide con un óvulo”.¹²

¹² Ídem.

Según el autor Montes Penades, refiere que: “La Transferencia Sustitutiva de Embriones consiste en llevar los embriones producidos por la fecundación In Vitro al interior del útero. En conjunto esta técnica es conocida como FIVTE, esto es, fecundación in vitro con transferencia de embriones”¹³.

Así mismo, el Doctor George J. Annas, menciona que esta “transferencia” puede hacerse a través de “la recuperación no quirúrgica del embrión (que todavía no debe estar implantado en la matriz) mediante el (arrastre por flush o) lavado uterino de la mujer fecundada (puede ser artificialmente),

¹³ MONTES PENADES, Vicente L. El Consentimiento de las Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. II Congreso del País Vasco. Universidad del País Vasco. P. 173.

para transferirlo al útero de una segunda mujer quien llevará la gestación”¹⁴.

Esto quiere decir, que los adelantos tecnológicos permiten la variante consistente en la transferencia del embrión desde el útero de una mujer que pudo haber sido fecundada coitalmente, de modo que, para este caso ya no es necesaria la inseminación artificial para obtener el embrión que debe transferirse. “A saber, en los primeros días de 1984 vino al mundo en la ciudad de los Ángeles un bebé cuya gestación se había obtenido por el sistema de transferencia de embriones (llamado “niño E.T.”), habiéndose implantado a la mujer estéril el óvulo de otra fecundado en el cuerpo de ésta y extraído – el

¹⁴ GEORGE J. Annas et. Al. Clínicas Obstétricas y Ginecológicas. Vol. 3, p. 612.

embrión- a las cinco semanas con semen del marido de aquella”¹⁵.

Inclusive, el Doctor Fernando Flores García, menciona otra posibilidad, señala que la mujeres que deseen tener un hijo sin soportar las incomodidades de nueve meses de embarazo, podrán embarazarse, hacerse extraer el embrión a los pocos días y mandarlo implantar en el útero de otra mujer especialmente contratada para tal efecto. El niño nacerá de la mujer contratada, pero genéticamente será hijo de la mujer que aportó el embrión; la idea de usar un útero ajeno para criar al propio hijo (reproducción *in útero alieno*) – declaró un genetista alemán – no tiene por qué resultar más chocante que la idea de usar leche

¹⁵ GIL RODRIGUEZ, Jacinto. II Congreso Mundial Vasco. Introducción, p. XV.

de una nodriza o los cuidados de una nana, o sea, delegar el embarazo en otra mujer, tal como se delega en una nana la vigilancia del niño mientras la madre está ausente”¹⁶.

Las anteriores, son las técnicas más practicadas y estudiadas, pero no son las únicas, sino que presentan variantes, como la transferencia intratubárica de gametos (TIG) consistente en depositar conjuntamente los óvulos recientemente extraídos de otra mujer y el semen (fresco o descongelado) en el interior de la ampolla de las trompas de Falopio, para así, obtener la concepción.

¹⁶ FLORES GARCIA, Fernando. La Inseminación Artificial y sus Efectos en el Derecho Civil Mexicano: Con un Proyecto de Legislación Estatal. p. 8.

Con todo lo hasta ahora descrito, se está ya en las condiciones adecuadas para abordar el tema de la reproducción humana no coital desde el enfoque legal, en lo que se refiere a la filiación y el Estado de Hijo.

En referencia a la fecundación artificial extrauterina, “lo extraordinario en este caso, es que se haya seguido una técnica distinta en la inseminación artificial tradicional, la cual era por medios mecánicos y dirigido el semen al útero; ahora la inseminación se realizó fuera del claustro materno; en una bandeja de vidrio se puso el óvulo, previa extracción y allí se “bañó” con semen, lográndose previos fallidos intentos su fecundación; así lo estima M. Timothy Palm, doctor en derecho, al decir que: “como una forma

de inseminación, el uso de la fertilización “In Vitro” (IVF) es un tratamiento para la infertilidad que plantea peculiares problemas y principios legales, pues el óvulo sin fecundar es extraído de la madre futura, colocado en medio de cultivo, fertilizado con espermatozoides y luego de días, reimplantado nuevamente en el útero de la mujer para su gestación normal. Se insiste en que éste fue un parte aguas, en toda la historia de la inseminación artificial humana, porque con anterioridad, después de todo, la esposa tenía el bebé en cualquiera de las dos variables (homóloga y heteróloga – aplicada con un gameto masculino ajeno al del elemento varón de la pareja interesada en obtener descendencia -) y simplemente el concepto de “madre” todavía no fue cuestionado; en tanto que mediante ésta técnica si se cuestiona, pues el espectro de

posibilidades se amplían enormemente ya que la implantación del óvulo fecundado (gameto y posterior embrión) no necesariamente tiene que ser en el útero de la esposa o mujer que sea la dueña del óvulo fecundado, surgiendo por primera ocasión la posibilidad de la madre “nodriza” o técnicamente la “maternidad subrogada”.¹⁷

Recordemos que en Roma, España, Austria entre otros países se usó la figura de la “nodriza” ya que se pensaba que a través de la leche, el lactante no solo se alimentaba sino que adquiriría carácter, la naturaleza que hará de él un adulto equilibrado, un hombre de bien. Por eso la nodriza debía tener los valores que supuestamente tenía que transmitir a sus ahijados y además debía gozar de buena salud, hoy en día sería considerado dentro

¹⁷ Idem.

del ámbito pediátrico como ayuda para alimentar bebés que por razones de enfermedades sus madres no pueden amantar a sus hijos pero que la leche se las sacarían de forma manual para dárselas como formulas a esos bebés que necesitan la leche materna. Por lo que quizás sería para muchas personas algo inmoral no amantar a su bebé, lo que nos indica que ciertos fenómenos sociales son de acorde a las condiciones y necesidades de la época en que vive dentro de una sociedad que implementa sus propios roles de vida de acuerdo a su avance económico, político, social, etc.

Para analizar los efectos legales que pueden producirse por la reproducción humana no coital, en lo que se refiere a la filiación y el Estado de Hijo, hay que aclarar que en los casos en los

cuales la fecundación e inseminación se practique utilizando los gametos de la pareja que desea obtener la concepción y la gestación se desarrolle en el útero del elemento femenino (recordemos que esto puede ocurrir en el caso de que la eyaculación del esposo o concubino tenga poca movilidad, o es de poca cantidad de espermatozoides y para tal caso se recomienda la inseminación In Vitro), no presenta diferentes efectos legales a los que arroja la reproducción humana natural, puesto que no hay duda de que el producto posee lazos genéticos con sus padres de crianza.

Las complicaciones pueden surgir en el caso de utilizar la técnica a la cual el Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de Investigación para la Salud denomina “fertilización asistida” de

donador o heteróloga (IAD), ya que, como se mencionó anteriormente, se amplía el panorama de consecuencias legales debido a que a menudo sería crítico hacer distinciones entre los padres genéticos, gestacionales y de crianza cuando se clasifiquen los derechos y las responsabilidades individuales, debido a que en realidad es posible que ahora un niño tenga cinco padres: un padre genético, uno de crianza, una madre genética, otra gestacional y una más de crianza”¹⁸.

El reglamento arriba mencionado, define a la reproducción humana no coital de la siguiente forma:

“Artículo 40.- Para los efectos de este reglamento se entiende por:

¹⁸ GEORGE J., Annas et. Al. Op. Cit. P. 607.

XI Fertilización Asistida. Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización *In Vitro*".

Éste artículo deja abierta la posibilidad de realizar gestaciones por cuenta ajena o por cuenta propia con un óvulo o espermatozoides obtenidos de un banco de donadores, lo que acarrearía grandes confusiones a efectos de comprobar la filiación y el Estado de Hijo, pues el artículo 259 del Código Civil del Estado de Yucatán establece como pruebas de la filiación para los hijos nacidos de matrimonio, las siguientes: la partida de nacimiento y la posesión constante de Estado y para el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio, el mismo ordenamiento admite como prueba de la filiación

el reconocimiento voluntario o sentencia judicial que declare la paternidad o maternidad.

Para establecer las consecuencias legales que puede acarrear en el Estado de Yucatán la reproducción humana no coital o asexuada, centrémonos en el caso de que dicha reproducción se logre a través de una gestación por cuenta ajena, como ya se citó al Doctor Fernando Flores García que él la llama “maternidad subrogada”, o también denominada “gestación *In Útero Alieno*”, pues ésta es la que más peligro representa de crear confusión en cuanto a la filiación y el Estado de Hijo; pero cerremos aún más el círculo, enfoquemos tal filiación a la que se da en relación con la madre, la maternofilial, pues al fin y al cabo en relación con el padre, aunque no dudamos de que pueda

suscitarse alguna controversia en cuanto a la relación filial, la posibilidad es más remota que la materna, ya que la fecundación o inseminación puede provenir de un donador anónimo o bien del esposo o concubino, (esto sin dejar de considerar el caos genético que acarrearía la aplicación de tales métodos, los cuales ya se han descrito con anterioridad), del cual, no puede dudarse la relación filial derivada del vínculo genético, además de que los lazos afectivos entre madres e hijos son más fuertes y más difíciles de renunciarlos.

También, es necesario subsumir el fenómeno de la reproducción humana no coital y sus efectos legales en materia civil en los conceptos de filiación y Estado de hijo en el ámbito de la sociedad yucateca, pues como ya se ha explicado

antes, tal comunidad lleva en su mayoría, un estilo de vida conservador, impregnado de fe católica así que debemos cuestionarnos tomando en cuenta lo explicado al principio del presente capítulo, ¿es posible que éste fenómeno se dé en Yucatán?, considero que sí, aunque se trate probablemente de casos aislados, y digo esto, porque como ya ha quedado asentado, las posibilidades técnicas y científicas se encuentran a la mano, aunque claro está, no a la mano de cualquier persona, ya que lograr la concepción por medios no naturales implica un costo que no todos los yucatecos están en posibilidades de sufragar, además, como ya se ha dicho, la misma idiosincrasia yucateca marca la pauta para determinar quiénes pueden hacer uso del método de concepción que he delimitado, esto es, la de la gestación y posterior concepción subrogada o *In*

Útero Alieno. Así que quienes están en posibilidades de utilizar este método de reproducción son principalmente las mujeres con una privilegiada posición económica, estériles o fisiológicamente incapaces de mantener en el útero al feto por nueve meses, que vivan en matrimonio, de lo cual, resulta, como es obvio, la existencia de otra mujer que llevará la gestación de un feto que ha sido concebido con la unión de gametos ajenos a ella, la cual, lo más probable, es de que se trate de una mujer con una crítica o precaria condición económica ya que ésta práctica con seguridad redundaría en beneficios económicos que la pareja estéril o infecunda le proporcionaría en pago a sus servicios.

Ahora bien, ¿por qué razón la pareja estéril decidiría conformar una familia mediante la gestación *in útero Alieno*, haciendo a un lado sus

creencias y sus valores religiosos?, la decisión puede obedecer tanto a razones sentimentales derivadas del deseo natural que tiene todo matrimonio de procrear hijos, como a la misma presión social, que en éste caso difícilmente pueda aceptar como normales a los cónyuges que no cumplan con lo que se considera el fin primordial de un matrimonio, entendiéndolo esto, como un matrimonio que llegaría a consolidarse y perfeccionarse sólo si se logra descendencia y conforma una verdadera familia, así que, como puede verse, la presión social en éste Estado puede actuar de dos formas, una estigmatizando como moralmente mala la situación de madres solteras por ejemplo y otra, calificando de anormal un matrimonio sin hijos, lo cual, puede orillar a las parejas que se encuentran en éste último caso, a buscar apoyo médico sometiéndose a cualquier

técnica de reproducción asistida que pueda proporcionarles la satisfacción y el alivio de lograr la procreación.

Es en esta última observación en donde puede originarse alguna controversia en el ámbito civil con referencia a la filiación o el Estado de Hijo, y hecha ya la contextualización social del fenómeno aquí tratado, se está ya en condiciones de abordar la problemática en el orden jurídico; para tal efecto, entremos a la decisión del concepto de maternidad subrogada o reproducción *In Utero Alieno* o también denominada madre alquilada (también apelada “por encargo”, “por sustitución”; cuando no se habla simplemente de “gestación por cuenta ajena”, “alquiler de vientre” o “de útero”), tal definición es posible establecerla

tomando en consideración lo que al respecto dice la doctrina existente:

El maestro Raúl Carrancá y Rivas en su obra “El Drama Penal”, vaticinó: “en teoría, las mujeres que no pueden afrontar el embarazo pueden, sin embargo, tener un hijo aunque haya de parirlo otra mujer” con ésta sencilla hipótesis, es como explico la esencia del concepto “subrogación de la maternidad”, mismo que considero como el más adecuado para denominar ésta relativamente nueva conducta social, así que siguiendo lo dicho por éste jurista, tenemos también que la llamada gestación por cuenta ajena, presenta como peculiaridad, la que consiste en implantar el embrión producido con óvulo de una mujer en el útero de otra, a fin de que ésta realizara en su seno todo el proceso de gestación. (Carranca y

Rivas, Raúl, el Drama Penal, Edit. Porrúa, México, 1982.)

Esto se refuerza con lo sostenido por Vicente Montés Penadés afirmó: “El niño sería genéticamente hijo de la donante del óvulo pero obstétricamente habría sido madurado en el seno de la mujer que al dar a luz vendría considerada por el Derecho – tal y como ahora están las cosas – como madre, ya que el hecho del parto y la identidad del hijo son los presupuestos legales de la maternidad”, y por ende, de la filiación materna.(Vicente Montés Penadés ponencia “El Consentimiento en las Nuevas Técnicas de Reproducción Humana” 1988).

En resumen, consciente de la necesidad de contar con un concepto adecuado que sea

asequible y congruente con nuestra ciencia que es el Derecho, la definición que se propone para poder legislar sería la de “subrogación de la maternidad” (indistintamente llamada también “gestación por cuenta ajena” o “*In Útero Alieno*”), la he formulado así:

“Subrogación de la Maternidad es una acción plurilateral consistente en que una mujer a quien denominaremos subrogante, otorga su consentimiento para que mediante el empleo de algún método o técnica para asistir la reproducción, lleve la gestación de un embrión procreado con el óvulo de una mujer distinta de la primera, para que llegado el parto, entregue el producto de la preñez a otra (s) personas (s); ésta (s), quien (es) resulta (n) ser la o los subrogados, que pretenderán adquirir de éste modo respecto

del citado menor, derechos y obligaciones inherentes al parentesco y la filiación”.

Tomando en cuenta ésta definición nos preguntaremos ¿qué o quién puede garantizar que la mujer subrogante cumpla con lo extrajurídicamente pactado de entregar el producto de la preñez, si legalmente, no existe obligación alguna ni medida coercitiva que la obligue a cumplir con dicho pacto?, es aquí en donde se desencadena el drama de la filiación y de la posesión del Estado de Hijo, ¿quién tiene derechos sobre el menor? o mejor dicho, ¿a quién debe atribuírsele la filiación desde un punto de vista objetivo y no atendiendo al acuerdo de quienes decidieron engendrar una nueva vida a través del método descrito?.

El problema en el medio yucateco estriba, en que a diferencia de cómo lo hacen otras legislaciones civiles en el país, *la de Yucatán omite señalar expresamente la manera o modo de atribuir la filiación de un individuo en relación con la madre particularmente*, sin necesidad de tener que atender al matrimonio.

Cabe hacer hincapié que tal vez el punto del problema deriva en que la filiación materna presuponía el parentesco consanguíneo; esto es, que si se tenía un nacimiento, el producto era presumido como hijo genéticamente hablando de la mujer que lo parió y por tanto el parentesco era obvio. En tal virtud, la filiación, únicamente era útil para aclarar o determinar, si ese nacimiento se daba, en relación con la mujer, dentro o fuera del matrimonio.

El Código Civil vigente en el Estado de Yucatán, (1993) omite la prueba de filiación por el sólo hecho del parto, tal vez por parecer demasiado obvia, esto es, que aunque siempre había sido presumida la filiación materna, entendida como maternidad biológica, por el solo hecho del nacimiento, el mencionado ordenamiento civil, por un descuido del legislador, -tal vez,- no hace formulación expresa al respecto, quedando así, la posibilidad de alterar la filiación y el estado civil del menor.(Código Civil vigente en el Estado de Yucatán, 1993).

Del análisis anterior podemos decir que ha sido rebasado el concepto primitivo que se tenía acerca de la institución de la célula básica la familia, entendida ésta como un grupo de

personas relacionadas biológicamente entre sí y con fundamento además en el contrato matrimonial, existiendo ahora la posibilidad de encontrarnos frente a una nueva especie de relación maternofilial, aunque consanguíneamente no estén vinculados entre sí los sujetos gestante y producto, aunque no tenga ninguna intervención la institución matrimonial.

Para poder responder a la cuestión anteriormente expuesta, que se refiere a quién debe ostentar la relación filial si la madre subrogante (gestante) o la madre subrogada (la que recibe el producto de la gestación llevado por la madre subrogante), se considera necesario exponer lo que puede ser entendido como familia o como relación de familia, para después ilustrar el modo de cómo se

entiende esa relación entre la gestante por cuenta ajena y el producto del proceso.

Siempre se había tenido la idea o concepto de familia como un grupo de personas relacionadas entre sí por haber engendrado biológicamente unos a otros, esto daba la idea de la relación del parentesco consanguíneo, y el hecho de que esa relación surgiera dentro o fuera del matrimonio permitía imputar la filiación paterna y materna, o sólo la segunda presumiendo la primera, según el caso que nos encontráremos, ya que no hay mayor problema, dada la seguridad que ofrece la obligación de exclusividad en el débito carnal entre cónyuges de donde se presuponía ambas filiaciones; y respecto de la última especie de filiación, es decir, para el caso de no existir dicho contrato, se cuenta ahora con los medios que

dispone la ley para presumir y atribuir la filiación paterna, bajo ciertos supuestos.

Está visto que éste principio ha cambiado, ya que ahora, el número de elementos para conformar una familia así como el modo en que se engendra a los miembros que tomarán el rol de descendencia y consecuentemente el momento en que es creado el vínculo jurídico correlativo, pueden ser distintos de los tradicionales y sancionados en la legislación civil, es decir, ahora pueden existir variantes o modalidades en cuanto a la manera de formar una familia.

J. Carbajo González señala que a partir de 1978 y 1981, se tiene que dejar a un lado, y olvidar la diversificación de filiaciones en función del matrimonio o no de los padres, los diferentes

derechos atribuidos a los nacidos en razón del tipo de filiación asignada, se tiene que dejar la peculiar fisonomía de la filiación diseñada conforme a los cánones estrictos del movimiento codificador y abrirse a un nuevo orden donde no solo se produce una variación sustancial y sintomática en la terminología al uso, sino todo un cambio radical en la conceptualización de la filiación no surgida de matrimonio”. (J. Carbajo González, II Congreso Mundial Vasco, 1988).

En el particular caso de la “maternidad subrogada”, existe una relación de derecho que denominaremos como “maternofilial”, entre el producto de la fertilización artificial de un óvulo extraño y la mujer que se encargue de llevar la gestación -que resulte de aquella fertilización- hasta el momento del parto, así que debemos

atender al binomio de la mujer gestante y el producto que se encuentra unido por el solo hecho del alumbramiento y que conforma una variante de familia producto de la puesta en boga de las técnicas para asistir a la reproducción y que está constituida sin los integrantes y generadores tradicionales ante la ausencia obvia del elemento consanguinidad. Para dejar más claro este tema, analicemos lo que dicen los siguientes tratadistas sobre la familia.

Rafael de Pina Vara, define a la familia como: “agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco. Conjunto de los parientes que viven en un mismo lugar”. (Rafael Pina Vara, Diccionario de Derecho, 1989).

Esta definición no aclara mucho lo que es la familia, ya que se habla de la relación de algún parentesco, sin hacer más distinción. Pero éste parentesco, de acuerdo al Código Civil vigente en el Estado de Yucatán (1993), puede darse en tres planos diferentes, según lo que establecen los artículos 229, 230, 231 y 232.

“ARTICULO 229.- La ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y civil”.

“ARTICULO 230.- El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor”.

“ARTICULO 231.- El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón”.

“ARTICULO 232.- El parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado”

El parentesco que aquí nos interesa analizar, es el que se da por consanguinidad, entendido como la relación biológica que parece no existir en la especie “Maternidad Subrogada”, por no ser la gestante la dueña del óvulo fecundado. De modo que al no existir ese parentesco, probablemente tampoco habría filiación pues ésta relación es entendida como la relación que surge entre el hijo y el padre o la madre, y atendiendo además al hecho de haberse dado el nacimiento dentro o fuera de matrimonio, ya que al respecto, la relación genética iba aparejada o supuesta como antecedente necesario del parto. Cabe destacarse

entonces, que para la determinación de la filiación, no así del parentesco, se debe atender al matrimonio.

El artículo 229 del Código sustantivo invocado que habla del parentesco por consanguinidad, se relaciona con lo estipulado en el numeral 234 del mismo cuerpo jurídico, cuando dice que: “la línea es recta o transversal; la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras, proceden de un mismo progenitor o tronco común”.

Finalmente, el numeral 235 agrega: “la línea recta es ascendente o descendente; siendo la ascendente la que liga a una persona con su

progenitor o tronco del que procede; descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden”.

El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto Mexicano de Investigaciones Jurídicas, define al parentesco por consanguinidad relacionándolo con un progenitor común. Esta obra distingue desde su definición, que el parentesco es el ya señalado como concepto biológico, o sea, la relación jurídica que surge entre las personas que descienden unas de otras (p.e., padre o madre e hijo, abuelo – nieto) o de un tronco común (p.e, hermanos, tíos – sobrinos etc.). Como es de notarse, se hace hincapié en que éste tipo de parentesco es el que se da entre el generador y lo generado por él, esto es, entre ascendiente y descendiente, así como el que inevitablemente

surge entre todos los que tienen en común a ese ascendiente. Este tipo de parentesco es el que he denominado como consanguíneo y aduce en forma particular a la “relación que en consecuencia se da entre la prole y sus progenitores y que también puede llamársele filiación”¹⁹.

Es lógico deducir, que de las clasificaciones que del parentesco distinguen la doctrina y la ley, el de consanguinidad es el que he equiparado como existente entre una mujer gestante por cuenta ajena y el producto, ya que por eliminación no podría ser alguno de los otros dos tipos de parentesco.

En relación con el criterio sustentado por la legislación civil yucateca, debemos decir que es

¹⁹ DE PINA, Rafael et. Al. Diccionario de Derecho. P. 275.

notoria en ella la influencia recibida de “los tratadistas extranjeros y particularmente de los tratadistas franceses, quienes no se ocuparon de una manera especial en el estudio del parentesco, sino que es a través del estudio que realizan sobre la filiación, o sea, el nexo jurídico entre padres e hijos, pues se tenía la idea de que éste vínculo de parentesco es el más fuerte y directo que puede existir entre dos personas”²⁰, ya que solo podía existir esa relación dentro de un grupo ligado por el mismo antepasado, esto es, que la presunción de tener ese mismo antepasado en común, era algo que resultaba obvio y necesario.

Lo anterior me obliga a volver a destacar lo ya señalado en relación a la “maternidad subrogada”, *en el sentido de que ésta debe ser vista como una*

²⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil, p. 446.

fuente del parentesco consanguíneo que surge entre la proveedora del útero y el producto, ya que al intervenir dos ó más mujeres se trunca el principio válido de la maternidad es cierta, ya que la maternidad biológica y legal gestacional coincidían y ello se desprendía de la presunción de parto. Es por ello que tal vez, la mayoría de los autores estiman que la madre debe ser la que da a luz, aunque existiese un contrato por el que la gestante renunciase a todos los derechos sobre ese niño²¹.

De lo planteado en el párrafo anterior, hay que aclarar que la opinión generalizada de los autores tal vez obedezca a la intención de evitar futuros

²¹ HERNANDEZ IBAÑEZ, C. La Atribución de la Maternidad en la Gestación Contratada. II Congreso Mundial Vasco, p. 445.

conflictos, y que el “contrato” en mención sería inválido y nulo, como más adelante se explicara.

La imputación de la filiación de un individuo, en el Código Civil en comento, en vez de hacerse atendiendo al momento de la concepción, aquella va en función al hecho del nacimiento pero en cuanto al evento de haberse dado dentro o fuera del matrimonio (artículos 259 al 321) y no en cuanto a qué tipo de relación habrá entre el nacido y la mujer que lo parió, y como puede notarse, de la simple lectura, la ley hace silencio en relación al modo de distinguir la filiación materna, tal vez porque como ya había dicho, éste suceso nunca fue dudado como fuente del parentesco consanguíneo por presumirse que el hecho del parto llevaba aparejada la relación genética; reconozco que más bien, era comprensible ésta

postura, tal vez porque la concepción únicamente era concebible coitalmente.

La confusión que se suscita en relación a la filiación del menor nacido de una madre subrogante o madre de alquiler, tiende a ahondarse aún más cuando analizamos el artículo 16 del mismo ordenamiento civil, el cual establece:

“ARTICULO 16.- La personalidad jurídica se adquiere por el nacimiento y se extingue por la muerte; pero desde el momento en que un ser humano es concebido, entra bajo protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados por en este Código”.

La confusión se genera en la parte que dice que desde el momento de la concepción, haciendo

referencia a que la relación se dará entre el producto y los dueños de los gametos; pero al decir que al mismo tiempo se le tendrá por nacido, entonces ya la relación se dará para con quien realice el trabajo de parto, aunque no haya sido quien aportó la célula para la fecundación, por ser algo que siempre deberá presumirse.

Lo anterior significa, que por presuponer que la mujer que se encarga del parto es la que concibió intrauterinamente al embrión, atribuye implícitamente la filiación por hacer lo mismo con el parentesco consanguíneo, pero al no ser la realidad así, quedaría libre de decidir si conservarlo o entregarlo a quien haya celebrado con ella un convenio verbal extrajurídico e inválido. Esto es así, ya que esa parte del Código Civil, sólo distingue el modo de imputar la filiación

en relación al hecho de haberse dado el nacimiento dentro o fuera de matrimonio, y no por el solo hecho de darse el suceso natural del alumbramiento.

Veamos el siguiente caso hipotético para comprender mejor lo explicado y para dejar en claro el por qué el convenio o contrato mencionado puede ser inválido:

Un matrimonio infértil en donde el elemento femenino es fisiológicamente incapaz de mantener al embrión en la matriz, decide pactar con otra mujer el “arrendamiento del útero” de ésta para que lleve todo el proceso de gestación y el posterior trabajo de parto y después entregarlo a los generadores; pasado el tiempo de gestación y llegado el momento de dar a luz, decide no entregar al neonato tal y como se había

convenido; los padres genéticos pretendiendo que la madre alquilada cumpla con lo convenido, reclaman al menor ante los tribunales competentes arguyendo que el producto lleva “su” información genética y que tal hecho pueden probarlo mediante las muy en boga pruebas del (ADN).

Si dicha prueba se llevara a cabo, los resultados de tal análisis bioquímico resultaría positivo en favor del matrimonio en cuestión, sin embargo, la madre subrogante o alquilada puede objetar y oponerse a que el *nasciturus* sea sometido a tal análisis clínico bajo el argumento de que ella es quien dio a luz al menor en disputa, presentando como prueba la constancia médica que le otorgó la institución en donde fue atendida y negar también, la existencia del acuerdo previamente

establecido con los padres generadores, sin embargo, la madre subrogada podría también presentar una falsa constancia expedida por cualquier clínica pública o privada en la que se declare que ésta dió a luz al menor en cuestión y para reforzar su dicho, argumentaría también que la madre secretamente alquilada es soltera y puede presumirse que tiene menos posibilidades de haber gestado en su seno al menor, sin embargo, ésta a su vez, muy fácilmente podría mediante prueba testimonial comprobar que sí ocurrió tal gestación, pero también la parte reclamante podría presentar falsos testigos para probar su dicho, (lo cual puede suceder en nuestro sistema legal, como de hecho se da en muchos procesos jurídicos de diversa índole), así, la Autoridad Judicial competente se encontraría ante una litis en donde las partes presentan casi

las mismas pruebas, con ventaja para la pareja infértil de que su contraparte es soltera y que además recibió determinada cantidad de dinero por dicho acuerdo; tal autoridad estaría ante un problema en donde es difícil establecer la autenticidad de unas u otras pruebas y por lo consiguiente, su decisión no sería nada fácil de determinar con el consecuente alargamiento del proceso judicial y la consiguiente incertidumbre del estado civil del menor, lo cual puede representar gravísimas consecuencias en el orden legal y social, porque se estaría atentando contra sus derechos filiales.

Este litigio hipotético, bien puede evitarse en la vida real si en el Código Civil vigente en el Estado de Yucatán,(1993) se previera como prueba para la filiación materna el solo hecho del nacimiento,

por eso, el estado civil de la mujer que se haya encargado del parto no debe ser el único factor que deba tener influencia en éste criterio, porque como ya mencionamos, el supuesto contrato carecería de toda validez, ya que la voluntad de los contratantes implicaría un acuerdo en el que el objeto o cosa entre las partes son: el futuro hijo y la filiación que a él le corresponde; lo que representa estar haciendo transacciones con un ser humano, se estaría comerciando con una persona como si fuera un bien mueble – hecho que por sí mismo es un delito – pero que además y por supuesto, representa también el estar comprometiendo su estado familiar y la filiación que a todo individuo le corresponde, ya que seguramente se acordaría de que la gestante no hará intento alguno por conservar el producto o de registrarlo o reclamarlo como hijo suyo. Éste

criterio lo establece el ordenamiento jurídico en estudio en su artículo 269, en donde establece que no puede haber sobre la filiación, ni transacción ni compromiso en árbitros.

Esta misma ley puede dar parcialmente la razón en el sentido de ofrecer una solución, ya que por ejemplo, el artículo 262 establece: “para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana...”. El análisis del mencionado numeral nos dice que el derecho presumía o presuponía que era madre del producto aquella mujer de quien se desprendía el feto por el proceso natural del parto, esto es, que ella había sido quien lo había engendrado.

El Código Civil del Estado de Yucatán (1993) resulta lamentablemente rebasado por la realidad científica y social, pues al regular las maneras de atribuir la paternidad y su filiación en su Título Cuarto, ignora a la filiación materna tal como ya se ha señalado.

Esto se debe, tal vez, a que no se tomó en cuenta la posibilidad de presentarse el caso de que aquella calidad pudiera estar a discusión y por tanto se tuviera la necesidad de tener que presumirla para imputarla; a su vez, esto se debe al principio de que la filiación materna siempre se tuvo por cierta y conocida. Prueba de ello es que dicha legislación, para atribuir la filiación, atiende únicamente al nacimiento pero en relación con el matrimonio y no específicamente en relación al momento de la concepción.

De tal forma está previsto en el mencionado Título Cuarto, llamado de la Paternidad y Filiación que está subdividido en cuatro capítulos de los cuales los dos primeros hacen referencia a la filiación proveniente del parentesco por consanguinidad como lógica y natural consecuencia de la unión matrimonial y el tercero es el que se aboca a la imputación de ese estado cuando el nacimiento se verifica fuera de matrimonio. El último capítulo de esa parte habla de la adopción.

Esa primera división lleva por nombre “De los Hijos Nacidos de Matrimonio”; el segundo se refiere a “De las Pruebas de filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio”.

Sirva de luz para fortalecer el juicio emitido acerca de la discordancia con la realidad y la modernidad de dicho ordenamiento civil el siguiente criterio: “En la actualidad, debido a la posibilidad del empleo de un óvulo de una mujer extraña implantado en la consorte previamente fecundado con semen de su marido, se presentan serias dudas sobre la necesidad de adicionar normas legales para tener también como madre a la que se le ha implantado un óvulo extraño”²².

Estoy consciente de que esta propuesta echa por tierra un concepto que parecía inmutable, pues siempre se había considerado a la filiación como una relación de parentesco entre la prole y sus progenitores²³.

²² CHAVEZ ASECIO, Manuel. Op. Cit. P. 12

²³ DE PINA, Rafael et. Al. Op. Cit. P. 275.

Lo anterior viene a confirmar lo sostenido en los párrafos anteriores: el avance científico y tecnológico logrado en el Estado de Yucatán, está a la zaga de la legislación civil estatal la cual ya ha sido visiblemente rebasada, pues desde los nombres de cada uno de los capítulos descritos, la filiación es imputada tomando en cuenta el nacimiento y al matrimonio al mismo tiempo y no a la concepción, lo cual refleja también el estilo conservador influido por la iglesia católica de dar prioridad al matrimonio y no al hecho natural de la concepción como medio de probar la filiación, además de que literalmente, nunca es abordada la posibilidad de cómo atribuir o determinar la filiación materna tal vez porque la posibilidad de que ésta pudiera ser puesta en duda resulte remota para la tradicionalista sociedad yucateca

que tiene su manifestación en la voz de sus legisladores.

Lo cierto es, que los casos que hipotéticamente pueden darse en Yucatán, en cuanto a la “maternidad subrogada” es un hecho arduamente difícil de probar, ya que se trata de un acto profundamente íntimo, que las personas involucradas guardarían celosamente al igual que las instituciones médicas que lo practiquen por razones de elemental ética profesional, pero es posible presuponer que tal acontecimiento pueda darse y que como tal, puede acarrear consecuencias en el ámbito del Derecho, así como se dan otros fenómenos sociales que están sancionados no solo por las buenas costumbres y por la iglesia católica, sino incluso, penalmente; un ejemplo de ello lo es la práctica del aborto que se

lleva a cabo en clínicas que clandestinamente hacen este tipo de intervenciones quirúrgicas²⁴.

En resumen, no debe dejarnos de admirar de que el pueblo yucateco y ciertas ciudades de nuestro país mantienen una constante batalla por preservar sus costumbres y sus creencias, no solo morales, sino también culturales que se encuentran vinculadas asimismo con las primeras, a pesar, de que enfrenta fenómenos sociales que pueden ir en contra del orden social establecido, tal y como ocurre en cualquier otra comunidad, sin embargo, el hecho de que existan tales fenómenos no pone en duda la autenticidad de los valores que históricamente siempre ha defendido

²⁴ Al respecto cabe señalar que en la ciudad de Mérida, la sociedad tiene plenamente identificadas a las clínicas que practican clandestinamente el aborto, tal hecho, es *vox populi*, y no sería raro que cualquier ciudadano conociera de un caso en particular.

el ciudadano yucateco, ya que evitar tales conductas o fenómenos sociales escapan de sus posibilidades humanas, debido al avance mismo de la modernidad y del crecimiento de la población, así como la migración de personas venidas de otros lugares y que traen consigo ideas y conceptos que en otros tiempos eran inimaginables en la entidad.

Esto mismo ocurrió seguramente con el legislador que no se había preocupado de prever el hecho de que una mujer llevara la gestación de un embrión fecundado con el óvulo de otra, muy probablemente porque nunca fue imaginada o sospechada esta posibilidad. Es por ello, que desde el punto de vista del derecho civil y familiar, la ausencia de regulación de éste acto se hace explicable porque el derecho no contempla la

posibilidad de realizar materialmente ésta práctica, esto es, el legislador nunca lo plasmó en precepto alguno porque al no ser imaginado éste acto, es tal vez porque implícitamente era considerado imposible, irrealizable, traducéndose de igual manera en un sentido jurídico. Luego entonces ¿quién iba a imaginar o sospechar que podría romperse el aforismo de que la madre es la que da a luz y de que consecuentemente, siempre se conoce tal relación madre - hijo?

CAPÍTULO IV.

ENFOQUE DISCIPLINARIO DE LA MATERNIDAD Y LA FILIACION EN EL ESTADO DE QUINTANA ROO.

4.1. Naturaleza Sociológica y Jurídica.

En el mes de octubre del año de 1999, Quintana Roo conmemoró su vigésimo quinto aniversario en que se erigió como Estado Libre y Soberano y en el mes de enero del año 2000, celebró la promulgación de su Constitución Política que le da plena identidad como miembro número 31 de la Federación de la República de los Estados Unidos Mexicanos, integrado por ocho municipios según lo establece su máxima Carta Jurídica en su artículo 129: Othón P. Blanco, cuya cabecera es Chetumal, la capital del Estado; Cozumel, Felipe Carrillo Puerto, Isla Mujeres, Benito Juárez, con cabecera en la ciudad de Cancún, el polo turístico más importante del país y es la que proporciona prácticamente, el motor económico del Estado, en cuanto que es la que mayor fuente de empleo y de divisas que genera para la Federación lo cual, se refleja en la repartición que le corresponde al

Estado del presupuesto nacional; José María Morelos; Lázaro Cárdenas y Solidaridad, que es el de más reciente creación.

La ocasión es por demás propicia para reflexionar sobre el desarrollo que ha tenido el Estado de Quintana Roo, en cuanto a sus elementos humanos que se ve cristalizado en su propia Constitución Política y sus demás leyes vigentes, lo cual me permite hacer un análisis crítico para determinar si estas responden a las necesidades sociales.

Los grandes cambios macro estructurales experimentados a lo largo de la historia de Quintana Roo, “contribuyeron a darle una característica muy peculiar que se sintetiza en constantes conflictos y luchas por la sobrevivencia

del Territorio y la creación de un Estado Libre y Soberano, consolidado, moderno e integrado al resto del mundo”.²⁵

En un principio, la mayoría de los asentamientos humanos estaban integrados por los nativos, quienes mantenían estrecha relación con sus vecinos: Yucatán y la entonces colonia Británica, Belice, de quienes recibió inevitablemente influencias socioculturales. A fines de los años 50's, Quintana Roo inició una transformación de su estructura sociopolítica y económica: de ser territorio dependiente con potencial demográfico insuficiente, étnicamente homogéneo y aislado,

²⁵ VAZQUEZ RANGEL, Gloria et. Al. Marginación y Pobreza en México. Página 267.

pasó a ser una entidad independiente terciarizada, moderna y étnicamente diversa.²⁶

Lo anterior, se manifiesta en su conformación pluricultural, ya que debido al auge de la zona norte del Estado (Cancún), en donde se encuentran los importantes polos turísticos ya mencionados, Quintana Roo ha experimentado, principalmente en las últimas dos décadas una afluencia de migrantes provenientes de todos los Estados de la República y de las más diversas entidades de la comunidad internacional quienes vienen en busca de mejores oportunidades de vida; esto redundó, en que el Estado estaba influenciado por Yucatán y Belice, ahora, es un mosaico cultural y étnico.

²⁶ Ídem.

Como resultado de este fenómeno migratorio, la idiosincrasia de la población quintanarroense es de lo más plural y muestra una casi inconsciente disposición a asimilar modelos de vida y valores morales, culturales y religiosos de las más diversas características.

La pluralidad étnica del Estado, no es obstáculo para poder distinguir diferencias entre sus habitantes. Estas diferencias pueden dividirse básicamente en dos grupos: los habitantes de la Zona Sur, en donde se encuentra Chetumal, la capital, junto con los municipios de Felipe Carrillo Puerto, José María Morelos y Lázaro Cárdenas que integran lo que localmente se conoce como la zona maya, en donde las condiciones económicas de la población son inferiores a las del otro grupo: la Zona Norte, que comprende los municipios de:

Benito Juárez, (con cabecera en Cancún), Cozumel, Isla Mujeres y Solidaridad, los cuales han experimentado un vertiginoso auge económico al desarrollarse la actividad turística como principal actividad económica.

De más está recalcar, que esto ha sido causa de la migración de diferentes Estados de la República Mexicana y extranjeros al interior de esta parte del Estado.

La influencia de diversas ideologías que recibe la población quintanarroense sobre todo en la parte Norte, redundan en la práctica de acciones y en modelos de conducta que en mucho difieren de los demás Estados que integran a la Península de Yucatán.

En lo que se refiere a las costumbres y tradiciones el pueblo quintanarroense lucha por mantener una identidad que lo diferencie de los demás Estados de la República, sin embargo, la ola migratoria hace difícil tal tarea.

Lamentablemente, el auge económico del Estado, no ha motivado un parejo crecimiento en todos los sectores productivos, ya que se ha dado prioridad a la industria turística en detrimento de otros tipos de actividad económica, incluso, el comercio que todavía en las décadas de los años 60`s, 70`s y parte de los 80`s, representaba una importante fuente de ingresos económicos para la entidad, gracias a que la Zona Sur estaba declarada como perímetro libre lo cual significó un paraíso fiscal y laboral, en donde el desempleo era mínimo si no es que inexistente; con la entrada de México a

mediados de los años 80's al GATT y después en la década pasada, al Tratado de Libre Comercio, la actividad comercial experimentó una estrepitosa decadencia viniendo a deprimir la derrama económica en la Zona Sur y su resurgimiento representa uno de los mayores retos de los actuales gobiernos.

Lo anterior tuvo como causa, que los capitales no se diversificaron en otras áreas productivas tal y como está ocurriendo ahora en la Zona Norte, en donde la inversión de grandes capitales está destinada casi en su totalidad a los servicios para abastecer a la industria turística.

Esta tendencia a priorizar en un sector económico, tiene como consecuencia el lento crecimiento en otras áreas de la vida cotidiana estatal, esto es,

por ejemplo, en el sector educativo sólo recientemente se concretizó el proyecto de la creación de una universidad, anteriormente, los egresados del nivel medio superior únicamente tenían la opción de continuar su preparación académica en el Instituto Tecnológico de Chetumal u optar por continuar sus estudios en otra parte de la República Mexicana.

Otra consecuencia de esta mono inversión, lo es por ejemplo el desarrollo de la ciencia y la tecnología. Las investigaciones en las distintas ramas de la ciencia, aún se encuentra en pañales y aún no se vislumbra algún proyecto que pueda considerarse de mayor importancia que represente un avance trascendente en cualquier área científica y tecnológica que sirva para elevar

las condiciones sociales, económicas y demás de la entidad.

Esto también se refleja en el sector salud, en donde las clínicas médicas ya sean públicas o privadas, no cuentan con todos los instrumentos más modernos, aunque si se puede notar un cierto avance en éste aspecto, en Quintana Roo, aún no se cuenta con especialistas que cubran si no la totalidad, si la mayoría de las diversas ramas de la medicina.

Cuando un derechohabiente de cualquier institución del sector salud en la entidad (ISSSTE o IMSS), requiere de atención médica más especializada, lo más frecuente es que se le canalice a la ciudad de Mérida, para que pueda continuar o terminar su tratamiento clínico. Lo

anterior se da tanto en la Zona Norte como en el Sur del Estado, a pesar de que la primera es el área geográfica que presenta (como lo es el caso de Cancún) una fisonomía ultramoderna.

Ya se ha mencionado en los párrafos anteriores, que la mentalidad del ciudadano quintanarroense se encuentra abierta para asimilar estilos de vida y modelos de conducta de diversa índole. La intención aquí, no es la de juzgar como buena o mala ésta circunstancia, sirva ésta descripción más bien, para tratar de introducir al lector en el objeto de estudio del ésta investigación, con miras a una ulterior iuscomparación, el cual consiste en identificar cuál es la percepción que tiene la sociedad quintanarroense en lo referente a la “Reproducción Humana no Coital” y cuáles

pueden ser sus efectos en el área del Derecho Civil.

Partamos de la clasificación de la procreación artificial que existe hoy día:

“I.- Fecundación *In Vitro* homóloga: es la técnica encaminada a lograr una concepción humana a través de la unión *In Vitro* (en una probeta) de gametos extraídos de la pareja, y la posterior transferencia del embrión a las vías genitales de la mujer;

II.- Fecundación *In Vitro* heteróloga: la técnica orientada al logro de una concepción *In Vitro* de gametos procedentes de al menos un donador diverso de la pareja infértil, y la posterior transferencia del embrión a las vías genitales femeninas;

III.- Inseminación artificial homóloga: es la técnica para lograr una concepción humana mediante la transferencia del semen previamente tomado, a las vías genitales femeninas;

IV.- Inseminación artificial heteróloga: la técnica dirigida a obtener una concepción humana mediante la transferencia a la mujer, del semen previamente recogido de un donador diverso al del elemento masculino de la pareja.

De la anterior clasificación, en los puntos II y IV, puede presentarse el caso de que la transferencia del embrión, ósea, del óvulo fecundado, sea en mujer distinta a la que aportó el gameto; a esto se le conoce como “Maternidad Subrogada”,

“Reproducción *In útero Alieno*”, “Madre Alquilada” o “Maternidad Sustitutiva”.²⁷

A este tipo de inseminación o fecundación **heterólogoa** se le puede definir como: “La mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero que le es genéticamente ajeno obtenido mediante la unión de gametos de donadores con el compromiso de entregar al niño inmediatamente después del nacimiento a quien ha encargado o contratado la gestación” o bien, “La mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante la inseminación con el espermatozoides de un hombre diverso de su marido con el compromiso de

²⁷ Otras denominaciones como ya se ha mencionado en el capítulo anterior, son: “Madre por Encargo”, por “sustitución”, “gestación por cuenta ajena”, “alquiler de vientre”, o de “útero”.

entregar el hijo después de nacer a quien ha encargado o contratado la gestación”²⁸.

En pocas palabras, la maternidad subrogada es la que resulta de la gestación en el útero de mujer determinada de un embrión cuya información genética no le pertenece y que se ha comprometido además a entregar el producto llegado el momento del alumbramiento.

Teniendo ya un mediano conocimiento de lo que es la “Reproducción Humana no Coital” y sus distintas modalidades, se está en la posibilidad de contextualizar éste fenómeno social en el ámbito de la población quintanarroense.

²⁸ UGARTE CORCUERA, Francisco. “Matrimonio y Procreación”. P. 48.

En una parte de éste capítulo, se hace referencia a los modelos de vida y de conducta que siguen los habitantes del estado de Quintana Roo, lo que conlleva a la siguiente pregunta, ¿cuáles son las posibilidades de que el fenómeno de la “Reproducción Humana no Coital” se dé en el Estado de Quintana Roo?

Las posibilidades de que esto ocurra son muchas, a pesar de que en el Estado no se cuenta con médicos especializados en biogenética, ni con instituciones médicas que ofrezcan a la población tales servicios de genética avanzada.²⁹

²⁹ De una investigación de campo informal, hasta la fecha no existen clínicas médicas en la capital del Estado que brinden éste tipo de servicio médico, es decir, no se cuenta ni con el personal capacitado, ni con los instrumentos necesarios para llevar a cabo la reproducción humana asexualada.(1992)

Esto puede ser posible, mediante las siguientes circunstancias; por un lado, la pareja interesada en lograr descendencia puede trasladarse a la ciudad de Mérida en donde si se cuenta con los medios para llevar a cabo cualquiera de los métodos de “Reproducción Humana Artificial”, lo cual, no sería algo que resultare extraño, ya que la práctica de acudir a alguna institución médica meridana es muy común; o bien, la pareja puede optar por someterse al tratamiento en comento en cualquier otro Estado de la República que cuente también con los adelantos médicos necesarios para tal efecto. También puede ocurrir, sobre todo en la Zona Norte, particularmente en Cancún, que lleguen a Quintana Roo mujeres venidas de otras latitudes que lleven en su seno la gestación de un embrión resultante de la unión de gametos ajenos a ella y que decida instalar su residencia en el

Estado, por ser este lugar un centro turístico muy concurrido.

Todos estos casos hipotéticos pueden ocurrir, dada la gran diversidad de ideas, costumbres y concepciones ideológicas que existen en el elemento humano del Estado de Quintana Roo, y todos estos casos son susceptibles de producir efectos legales y sociales.

Para determinar cuáles pueden ser esos efectos legales y sociales que produciría la “Reproducción Humana no coital” en territorio quintanarroense, analicemos primeramente el impacto que esto tendría en la sociedad.

La ciudadanía quintanarroense se clasifica en dos grupos: los de la Zona Sur y los de la Zona Norte,

ambas presentan algunas diferencias enormes en cuanto a conductas y percepciones que tienen de la vida y la realidad. Algunas de estas diferencias son por ejemplo, que los habitantes de la parte Sur, manifiestan un enorme deseo por unirse en una misma identidad cultural llegando hasta cierto punto al “chauvinismo”.

En efecto, durante el pasado sexenio, surgió un movimiento político autodenominado de “los nativistas”, quienes conformaron una asociación civil que perseguía como fin, según sus propios integrantes, (defender las raíces culturales del Estado en contra de la influencia y la introducción de nuevas ideas que se consideran ajenas a nuestra naturaleza), sin embargo, tal meta conllevaba intrínsecamente a fines muy distintos; en realidad, se trataba de un movimiento político

auspiciado y apadrinado desde la cúpula del Poder Ejecutivo, con la intención de cerrarle el paso a los grupos políticos del norte, que por su gran capacidad financiera han llegado a fortalecerse en la entidad y han llegado a representar una amenaza para los grupos políticos capitalinos en cuanto que podrían desplazarlos tal y como está ocurriendo paulatinamente en los puestos de la administración pública estatal.

La campaña “antiinmigrante”, emprendida por el grupo nativista, fue desvaneciéndose poco a poco desde los últimos años del gobierno pasado hasta llegar ahora a ser un mero membrete político que carece de fuerza y consenso en la sociedad. Las causas que propiciaron tal decadencia son lógicamente deducibles, Quintana Roo, no ha

dejado de ser atractivo para los ciudadanos de otras entidades mexicanas para establecer en él su residencia, lo cual, torna difícil la supuesta defensa de los valores culturales propios y por ende, es inevitable que las formas de vida y las raíces culturales se entremezclen y amalgamen.

Los habitantes de la Zona Norte, han cerrado un círculo político y social de autodefensa en contra de los ataques nativistas lo cual resulta lógico ya que la ciudadanía de la Región Norte del Estado está conformada por una comunidad pluricultural, que tienen en común intereses económicos y la conquista del poder en el Estado.

Pese a todo lo anterior, ambas sociedades llevan un estilo de vida más o menos igual caracterizado

por su continuo y acelerado desprendimiento de prejuicios sociales y conductas atávicas.

Lo anterior tiene reflejo en la forma en que la sociedad quintanarroense en su conjunto percibe los fenómenos y problemas sociales tales como el homosexualismo, el divorcio, los hijos naturales, el aborto, etc., que si bien, en el caso de los sureños por ser comunidades pequeñas, estos sucesos sociales pueden llegar a ser un blanco de críticas y comentarios, pero pasada la novedad de cualquier caso en concreto, desaparece con la misma velocidad con la que se inició.

Así sucede también en el caso de los ciudadanos del norte del Estado, con la particularidad de que se trata de medios sociales más grandes y que dicha sociedad no mantiene tan estrecha relación

encerrada en un solo círculo social y que en su mayoría, se desconocen unos a otros, tal y como sucede en otros Estados grandes del resto de la República Mexicana.

Todo éste planteamiento, viene a dar una idea de cómo puede percibir y calificar a la “Reproducción Humana no coital” la sociedad quintanarroense, lo cual, con toda seguridad puede tomarse como una opción que los avances tecnológicos y científicos ofrecen a las parejas ó mujeres estériles para lograr en el caso de que así lo deseen, la procreación y la conformación de una familia.

Hecha la contextualización social anterior, preguntémonos ahora: además de lo factible que puede resultar en la realidad la utilización de los distintos métodos de “Reproducción Humana no

Coital” o “métodos artificiales de procreación y concepción”, pese a que en el Estado de Quintana Roo, no se cuenta con los medios técnicos para hacerlo pero como ya se ha explicado anteriormente, dicho fenómeno social puede darse mediante el desplazamiento de los interesados en lograr la procreación a otros lugares que sí cuenten con la tecnología adecuada para ello; ¿qué consecuencias legales puede acarrear este fenómeno social?, para responder esta interrogante, delimitemos los diversos casos que pueden llegar a presentarse con la utilización de dichos métodos:

En primer lugar, puede ocurrir, que una pareja estéril utilice los métodos homólogos de inseminación o fertilización artificial, en este caso, las consecuencias legales que pueden

presentarse no deben ser distintas a las que se presentarían en el caso de que la concepción se hubiere obtenido y logrado con el método natural, ya que se trataría de un producto que lleva toda la información genética de la madre que lo parió y la de su pareja.

Puede ocurrir también que una mujer soltera utilice tales métodos artificiales de procreación lo que vendría a ser lo que se denomina “fertilización o inseminación de donador o heteróloga”, (artículo 40 fracción XI del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud). Las consecuencias legales que podrían suscitarse son prácticamente iguales a las de cualquier caso de madre soltera e hijo “natural”, ya que en la utilización de éste método, el donador del semen que la institución médica proporcione a

dicha mujer con toda seguridad sería anónimo, por lo que las posibilidades de que el donador de los gametos masculinos entable un juicio de contradicción de la paternidad son remotos si no imposibles, pues tan anónimo resulta el donador con relación a la receptora como ésta a aquel.

Otro caso, puede ocurrir que una pareja estéril utilice el método inseminación o fertilización artificial de “donador” o “heteróloga”, lo cual arrojaría casi las mismas consecuencias que el caso anterior; en el caso de la filiación del hijo con respecto a la madre y en el caso del padre, podrían presentarse dos casos hipotéticos: el primero que acepte y reconozca como suyo al producto logrado a través de la fertilización o inseminación heteróloga y segundo que lo desconozca, lo cual, las consecuencias legales en

relación con la filiación y el estado de hijo, no resultarían alteradas con respecto a la madre, pudiendo en cambio, con relación al padre resultar que este entable un juicio de contradicción de la paternidad en la que la Autoridad Judicial competente pueda resolver análogamente en los casos que prevén los artículos 867 y 868 del Código Civil Vigente en el Estado, los cuales a la letra dicen:

“ART. 867.- Se presumen hijos de los cónyuges:

- I. Los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días, contados desde la celebración del matrimonio;
- II. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días, contados desde la celebración del matrimonio;

III. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio;

IV. Los hijos nacidos después de los trescientos días de disuelto el matrimonio.”

“**ART. 868.-** El marido no puede desconocer a los hijos comprendidos en la fracción I del artículo anterior:

I.- Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte;

II.- Si asistió al acta de nacimiento y si ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;

III.- Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer”.

Por su parte, el artículo 869 del citado Código establece que: “contra las presunciones establecidas por las fracciones II y III del artículo 867, no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento”.

A su vez, el artículo 870 del mismo cuerpo jurídico en estudio prevé que: “el marido no podrá desconocer a los hijos favorecidos por las presunciones establecidas en las fracciones II y III del artículo 867, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare contra la paternidad de aquel...”

Con referencia al caso último del artículo anterior, el numeral 871 previene que: “no basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido”.

Todas estas referencias a las que hace el ordenamiento civil vigente en el Estado de Quintana Roo, pueden aplicarse en el caso de que el cónyuge reclame contra el hijo favorecido por las fracciones I a III del artículo 867 arriba transcrito, siempre y cuando, se oculte el hecho de que la concepción de la cónyuge se logró a través de un método de inseminación o fertilización artificial, y en el caso, de que el marido si manifieste éste hecho, el juez civil podría aplicar también análogamente los anteriores preceptos legales, pudiendo resolver a favor del cónyuge y dejar intacta la relación maternofilial, para lo cual, se considerará como hijo legítimo de ella y no se

alteraría en este aspecto ni la filiación ni el Estado de Hijo.

En el caso de que la pareja que recurra al método de inseminación o fertilización artificial heteróloga, no estén unidos en matrimonio, esto es, se trate de un concubinato, en caso de que el elemento masculino de dicha pareja entablara un juicio de contradicción de la paternidad, el Juez competente podrá resolver aplicando el precepto 882 del mismo cuerpo legal en comento, el cual establece que:

“ART. 882.- Se presumen hijos del hombre y de la mujer que viven juntos como si fueran casados y sin haber algún impedimento para contraer matrimonio:

- I.- Los nacidos dentro de los ciento ochenta días de haberse iniciado la vida en común;
- II.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que empezó la vida en común;
- III.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la terminación de la vida en común.

Además, el Juez de la materia, podrá aplicar para resolver por analogía los artículos 868, 869, 870, menos la última excepción establecida por éste y que se refiere a que el nacimiento se haya ocultado al cónyuge (que en este caso sería al concubino), o que estando separada del marido (o del concubino para establecer la analogía correspondiente), viva maritalmente con otro varón y éste reconozca como suyo al hijo de aquella, también podrá el juez aplicar por analogía los numerales 873, 874, 878 y 879, tal y como lo

establece el precepto 883 del mismo ordenamiento civil.

Para este caso descrito, los preceptos transcritos se podrán aplicar cuando en el juicio de contradicción de la paternidad, el concubino no manifieste la forma en que fue concebido el menor, esto es, que se le oculte al juez el hecho de haberse sometido la mujer a un método artificial de inseminación o fertilización para lograr la concepción, y en caso de que el concubino si manifestare esta circunstancia, entonces, el juez competente podrá resolver tal controversia en favor del padre, quedando intacta la relación maternofilial.

Cabe aclarar, que todos estos casos hipotéticos que puedan presentarse ante un Tribunal Familiar,

podrán dirimirse mediante los medios de prueba que el mismo Código Civil establece en sus artículos 885, 886, 887 y 888, los cuales establecen como medios de prueba:

I.- La partida de nacimiento de los hijos y el acta de matrimonio de sus padres.

II.- El acta de nacimiento de los padres y la prueba de la fecha en que comenzó la vida en común de los mismos; y

III.- La posesión de estado de hijo de las personas a quienes se señala como padres, la cual se justifica demostrando por los medios ordinarios de prueba, que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por la familia de éste, como hijo del primero o que ha usado el apellido del presunto padre o que éste ha proveído a su subsistencia, o educación o establecimiento, (artículo 920).

Con lo ya expuesto, se puede afirmar que en los casos hipotéticos planteados, las consecuencias legales que pueden presentarse a consecuencia de la “Reproducción Humana no Coital” en su modalidad heteróloga, la relación paternofilial en caso de controversia queda establecida según aplique el Juez para cada caso concreto alguno de los preceptos mencionados, no existiendo duda alguna en cuanto a la relación maternofilial, pues el producto de la concepción por medios no naturales se considerará con respecto a la madre como su auténtica progenitora, donde no hay lugar para considerarlo de otra forma.

No obstante, puede existir un caso aún más complejo que es el de la práctica de la “Reproducción Humana no Coital” heteróloga, en la que además intervenga una tercera mujer que

lleve a cabo en su seno la gestación, y que no sea quien haya aportado el óvulo fecundado, o sea, estamos hablando del caso denominado “subrogación de la maternidad” o gestación *In Útero Alieno*, aquí, las consecuencias legales pueden tornarse más complicadas, pues no solo podría existir la posibilidad de presentarse alguna controversia en cuanto a la relación paternofilial, sino que peor aún, en cuanto a la maternofilial, en donde se estaría alterando la filiación del menor y su estado de hijo, ¿a quién le correspondería entonces tal filiación?.

Como ya se citó en el capítulo anterior lo expuesto por Vicente Montés Penadés, que “el niño sería genéticamente hijo de la donante del óvulo pero obstétricamente habría sido madurado en el seno de la mujer que, al dar a luz, vendría

considerada por el Derecho – tal y como están ahora las cosas- como madre, ya que el hecho del parto y la identidad del hijo son los presupuestos legales de la maternidad”.

De igual forma lo percibe Julien Bonnecase, cuando trata sobre el tema de Filiación Natural por Acción Judicial o Reconocimiento Forzoso Particularizando sobre la Investigación de la Maternidad Natural, cuando expone lo siguiente: “...deben probarse por escrito dos hechos, 1.- El parto de la pretendida madre; 2.- La identidad del demandado con el hijo dado a luz por ella. La prueba de parto se hace por medio del acta de nacimiento, a condición de que en ella conste el nombre de la madre. A falta de acta de nacimiento, puede demostrarse ese hecho por

todos los medios: testigos o simples presunciones.”³⁰

Bonnecase, también hace referencia en su misma obra a la filiación legítima, a la cual define como: “el lazo que une al hijo con sus padres cuando están casados en el momento de su concepción, o en el de su nacimiento”. Y establece que “para que una persona pueda pretender la filiación legítima, es necesario que pruebe la existencia de los cuatro elementos siguientes: “1.- El matrimonio de sus pretendidos padres; 2.- El parto de la pretendida madre; 3.-Su identidad con el hijo dado a luz por la pretendida madre; 4.- Su procreación, por el marido de la pretendida madre”³¹.

³⁰ Bonnecase, Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil, pag. 268 Edit. Harla, México, 1997.

³¹ Idem.

Por lo tanto, podemos afirmar que la relación maternofilial debe atenderse en relación con la prueba de parto, pues tratándose de un parentesco por consanguinidad, ya que por eliminación, no podría ser el de afinidad o civil siguiendo las definiciones que ofrecen la doctrina y la legislación civil vigente en el Estado de Quintana Roo.

Bonnecase, distingue el parentesco legítimo del natural y del adoptivo: “El parentesco legítimo es aquel que tiene su fuente en el matrimonio de las dos personas de las cuales se deriva; en cambio, el parentesco natural se deriva de la procreación fuera del matrimonio. La fuente del parentesco adoptivo es la institución de la adopción, que al ser puesta en movimiento, tiende a crear artificialmente un lazo de filiación entre dos

personas. La legitimación recae sobre la filiación natural; tiende a cambiar ésta por una filiación legítima”³².

La Legislación Civil vigente en el Estado, en sus artículos 826, 827 y 831 establece:

“ART. 826.- La ley no reconoce más parentesco que los de *consanguinidad*, *afinidad* y *civil*”.

“ART. 827.- *Consanguinidad* es el parentesco entre personas que descienden de una misma raíz o tronco.

“ART. 828.- *Afinidad* es el parentesco que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón”.

³² Ídem. Pág. 259

“ART. 831.- El parentesco civil es el que nace de la adopción.

De los conceptos que sobre el parentesco nos ofrece tanto la doctrina como la legislación, podemos deducir, que con relación a la madre el que nace del producto del método de “Reproducción Humana Artificial Heteróloga” denominado “maternidad subrogada”, puede homologarse al parentesco consanguíneo, ya que como el mismo Julien Bonnecase, explica, el parentesco legítimo y el natural, deben entenderse en función de la concepción y al nacimiento, según se trate de hijos dentro o fuera del matrimonio respectivamente³³.

³³ Op. Cit. p.p. 259, 268 y 281.

Dichos parentescos aludidos por Bonnacase, - legítimo y natural-, pueden equipararse a lo que el Código Civil quintanarroense en vigor denomina parentesco consanguíneo, pues éste mismo cuerpo jurídico establece que son parientes por consanguinidad los que descienden de una misma raíz o tronco, con la salvedad de que el código aludido en su numeral 970 prohíbe expresamente que “en el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras “hijo legítimo”, “hijo natural”, “hijo de matrimonio”, “hijo ilegítimo”, “hijo de padres desconocidos”, “hijo de padre desconocido”, “hijo de madre desconocida” u otras semejantes, que se inserten con infracción de éste artículo se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles...”.³⁴.

³⁴ Op. Cit. p.p. 259, 268 y 281.

Ahora bien, reflexionemos sobre el siguiente caso hipotético: Una mujer determinada, consiente en “arrendar” su útero, para llevar en él la gestación de un embrión producto de la unión de los gametos femenino y masculino, ajenos completamente a ella, con el compromiso, de que llegado el parto, “la arrendadora del útero”, entregará al neonato a los progenitores (o sea, a quienes aportaron las células fecundadas), si la “madre de alquiler”, cumple con lo extrajurídicamente pactado, (lo cual no podría ser de otra forma, ya que un contrato celebrado con éste fin sería inválido y nulo, como más adelante explicaremos), esto es, de entregar al producto de la gestación a los progenitores, entonces, no habrá motivo de litis alguna al no presentarse ante los tribunales la cosa reclamada. Pero, si por el

contrario, la gestante no cumpliere con lo previamente pactado, entonces podría presentarse ante el Juez Competente un caso que tendría que resolver, aplicando los elementos que la Ley y la ciencia del Derecho le proporcionan para tal efecto; entonces, ¿cómo resolvería tal controversia un juez quintanarroense?

Siendo que a la gestante nada la obliga jurídicamente para cumplir con lo extrajurídicamente pactado, pues no podría existir para tal efecto un contrato válido, ya que se aplicarían automáticamente los artículos contenidos en el Título Tercero, del Código Civil, y que se refiere a Los Negocios Jurídicos, los cuales son:

“ART. 135.- Son elementos esenciales del negocio jurídico:

- I. La voluntad;
- II. El objeto;
- III. *La licitud; y*
- IV. *La solemnidad.”*

“ART. 152.- Para que la voluntad obligue debe:

- I.- Ser expresada por persona capaz, y
- II.- *No estar viciada”*

“ART. 180.- El bien objeto del negocio debe:

- I. Existir en la naturaleza;
- II. Ser determinado o determinable en cuanto a su especie, y
- III. *Estar en el comercio”.*

“ART. 182.- El hecho positivo o negativo, objeto del negocio, debe ser:

- I. Posible, y
- II. *Lícito.”*

“ART. 183.- La ilicitud en el negocio jurídico impide que éste produzca los efectos que le serían propios...”.

“ART. 184.- Los efectos jurídicos deseados por los interesados en materia del estado civil de las personas, no podrán producirse si falta el elemento esencial de la solemnidad requerida en su caso por la ley...”.

“ART. 189.- Ninguno puede comprometerse a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley”.

De lo anterior, se deduce que el mencionado contrato o negocio jurídico sería inválido y nulo, debido a que las características de sus elementos esenciales que la Ley exige no se cumplen, pues la voluntad está viciada dado que una de las

partes (la gestante), no se emitió con la intención de obligarse; el objeto del negocio jurídico no está en comercio, pues según lo previsto por el artículo 884, no puede haber sobre la filiación ni transacción ni compromiso en árbitros y por lo mismo, el hecho objeto del negocio es ilícito y, el negocio en cuestión carece de solemnidad.

Dado que los padres genéticos del producto gestado en la “madre alquilada”, no podrán exigir ante la Autoridad Judicial Competente el cumplimiento de la obligación contraída por esta última, la mencionada autoridad deberá entonces resolver, atendiendo a la filiación que se presume existe entre el menor y la gestante, aplicando para este caso concreto, lo que dispone el numeral 866 del *Código Civil* estatal:

“ART. 866.- La filiación se establece:

- I. Por las presunciones legales;
- II. *Por el nacimiento;*
- III. Por el reconocimiento;
- IV. Por una sentencia que la declare.

Mediante la aplicación del numeral II de éste precepto, el Juez podrá dictar la sentencia que declare la filiación del menor a favor de la gestante, tal y como también lo indica la doctrina, la cual considera, como ya hemos visto, que la relación maternofilial se presume por el solo hecho natural del parto.

Después de éste análisis comparativo a la Legislación Civil de los Estados de Yucatán y Quintana Roo, se puede concluir, que el “nuevo” fenómeno social de la “Reproducción Humana no

Coital” en el Estado de Quintana Roo, si bien no se encuentra intencionalmente previsto por el legislador, en materia de filiación si encuentra en su legislación civil los elementos que pueden aplicarse para cada caso en concreto, aunque tal aplicación sea mediante leyes supletorias, donde el Juez deberá aplicar también las presunciones que la misma ley le señale. Claro está, que falta mucho para llegar a perfección legal, aún cuando ésta, solo se considere en base a la funcionalidad que la ley manifieste, en la medida de lo humanamente posible, y responda adecuadamente a la realidad social de la comunidad quintanarroense.

Siendo realista, lo anterior no se debe a una actitud previsoramente dicha del legislador.

El Estado de Quintana Roo, como Entidad Soberana, es aún muy joven, por lo tanto, afirmar, que la legislación local fue redactada con una depurada técnica legislativa, sería sinónimo de estar sobrevalorando la labor de los primeros legisladores del Estado, pues cuando la mayoría de las leyes que rigen en él, fueron redactadas por personas con un gran sentimiento de lograr una identidad y una patria chica, libre y soberana, y un profundo amor al terrunio, lo cierto es que también se carecía de experiencia política y que las leyes promulgadas en los inicios del Estado como tal, fueron elaboradas inevitablemente, tomando conceptos y experiencias de otros Estados del País, lo cual por todo lo explicado en éste párrafo, es sumamente comprensible.

En el caso del Código Civil vigente en el Estado, se decretó durante el ejercicio constitucional de la II Legislatura en el año de mil novecientos ochenta, si tomamos en cuenta, que anterior a la entrada en vigor éste código, el que regía en materia civil en el entonces territorio de Quintana Roo, era el del Distrito Federal, es lógico deducir, que muchos, si no es que la mayoría, de los preceptos establecidos en éste ordenamiento legal, fueron tomados de aquel; sin embargo, no se puede negar que tal circunstancia ha resultado, con el correr de los años hasta la actualidad, un hecho sumamente afortunado.

CONCLUSIONES

PRIMERO: La familia ha pasado por diferentes etapas, sin embargo, desde su origen ha sido considerada como una estructura sólida a través del matrimonio, base de toda sociedad en la que vivimos y nos desarrollamos.

SEGUNDO: El matrimonio por su concepción social y jurídica busca tener fines comunes, y unos de sus objetivos de la pareja es la proliferación de prole, ya que a través de ella el hombre busca tener herederos legítimos, así el matrimonio ha sufrido cambios durante la existencia del hombre.

TERCERO: Los tradicionales conceptos de maternidad y paternidad han sufrido transformaciones derivadas del avance de la ciencia médica, la cual ofrece en la actualidad distintas alternativas para la reproducción humana, esto es, la biología ha llegado al punto de conseguir la perpetuación de la especie humana por medios no naturales.

CUARTO: Ante este fenómeno social, la ciencia del Derecho no puede permanecer inmóvil e inmutable, por el contrario debe evolucionar a la misma velocidad que evolucionan otras ciencias y la sociedad misma, sólo así la Ciencia Jurídica y el Derecho Positivo podrán dar una respuesta a las nuevas y diferentes circunstancias en la que se encuentra la comunidad a la que rige.

QUINTO: Las técnicas de reproducción asistida le plantean al Derecho vigente un reto que no es fácil de dirimir ya que por momentos es contrario al propio Derecho Natural.

Sin embargo, los juristas no deben detenerse en reflexiones moralistas y concepciones tradicionalistas que ya han sido rebasadas como efecto lógico de la evolución de la humanidad, antes bien, deben avocarse a la tarea de buscar más que prohibir la utilización de los métodos artificiales de reproducción humana, sino de regular a fin de garantizar una adecuada

utilización de dicho métodos para evitar consecuencias fatales de la integridad evolutiva del hombre in se.

SEXTO: La Legislación Civil vigente en los Estados de Yucatán y Quintana Roo, si bien hasta el día de hoy, no se han visto en situaciones jurídicas que pongan entredicho su real funcionalidad, no dudo que en un futuro muy cercano puedan encontrarse en las situaciones hipotéticas planteadas, por lo que los jueces ante estos casos encontrarán un silencio en la Ley.

SEPTIMO: De la comparación hecha entre los códigos Civiles de los Estados de Yucatán y Quintana Roo, este último brinda una salida más viable para que el Juez pueda resolver las controversias que puedan derivarse de la fertilización asistida heterórologa y más específicamente en el caso de la “maternidad subrogada” al establecer en el capítulo que trata sobre la filiación, el hecho de nacimiento como prueba para demostrarlo, hecho que no contempla

la legislación de Yucatán, haciendo para el Juez de este Estado aún más difícil su labor.

OCTAVO: Lo cierto es que las legislaciones civiles de estas dos entidades deberán contener dentro de sus respectivos capítulos que tratan sobre la filiación y sus medios de prueba, se propone (con la prudencia debida), la siguiente redacción:

De la misma protección gozarán en cuanto a sus derechos de parentesco y filiación los menores que nacieren como producto de la utilización de los métodos de fertilización asistida a los que se refiere el Artículo 40, fracción XI del Reglamento de la Ley General de Salud, en Materia de Investigación para la salud.

NOVENO: Bajo estas circunstancias es necesario y urgente legislar acerca de la utilización de los métodos artificiales de reproducción humana para poder prever en la medida de lo posible a las más diversas situaciones que pueden presentarse

como consecuencia de la práctica y uso de dichos métodos.

DECIMO: Es necesario dar paso al nacimiento de un nuevo derecho que pudiera ser un bioderecho, en el cual se comprendiera todo lo relacionado respecto a donaciones de: órganos, óvulos, esperma, células, cortinas de piel, entre otros; este derecho debe encargarse de regir todo lo que concierne a los avances científicos que tenga que ver en campo de la biología con beneficios o alternativas para los seres humanos.

PROPUESTAS

Ante los inminentes avances científicos y tecnológicos en la vida cotidiana del ser humano, como lo es el nacimiento de las técnicas de reproducción asistida, especialmente la subrogación de la maternidad, se propone que es urgente atender el vacío legal que existe ante la falta de regulación de las técnicas de reproducción asistida en las entidades comparadas y en nuestro país, ya que hay un trastocamiento a las figuras jurídicas de filiación, maternidad, matrimonio, estado de hijo, entre otras; por lo que el derecho se enfrenta a la ardua tarea de innovarse sobre este nuevo fenómeno social, debe darle una certeza jurídica a las personas que permita armonizar dentro de un estado de Derecho.

En la presente investigación pudimos identificar los elementos necesarios que nos permita realizar un marco jurídico con los requerimientos éticos y científicos que requiere el uso de las técnicas de reproducción asistida, especialmente la subrogación de la maternidad, así como también pudimos determinar la repercusión que tiene en el derecho vigente, en la económico, en lo cultural, en lo moral de la comparación de ambos Estados y de nuestro país.

Nos permitió ver que tanto la legislación civil de Yucatán como la de Quintana Roo, prevén como pruebas de la filiación las presunciones legales, el reconocimiento y la sentencia que la declare. Aunque en la legislación de Yucatán las divide en hijos nacidos de matrimonio e hijos nacidos fuera del matrimonio, sin embargo, en cuestión de la

determinación y el estado de hijo ejerce la misma potestad al igual que lo hace el Código Civil de Quintana Roo, esto es, establece los mismos derechos y obligaciones de los padres para con sus hijos y viceversa.

Relación a la Filiación y el Estado de Hijo de los ordenamientos en comparación, pudimos encontrar que el Código Civil de Yucatán, únicamente establece la filiación de los hijos nacidos tanto dentro del matrimonio como fuera de él: la partida del nacimiento, la posesión constante de estado, el reconocimiento y la sentencia que declare la filiación y el estado de hijo, a diferencia del previsto por el Código Civil quintanarroense donde la filiación se establece, además de las referidas en el Código de Yucatán también por el hecho del *nacimiento*.

De esto se puede deducir, que frente al fenómeno social de la reproducción humana no coital, el Código Civil de Quintana Roo, ofrece una alternativa más a la que las autoridades judiciales civiles pueden recurrir para emitir sus resoluciones en caso de presentárseles alguna controversia derivada de la práctica y de la utilización de los métodos de “Reproducción Humana no Coital” sobre todo, en su modalidad heteróloga y más específicamente en el caso de la “subrogación de la maternidad”, como ya se ha ejemplificado con los casos hipotéticos mencionados en los dos capítulos anteriores, el juez podrá emitir su criterio atendiendo a lo que dicta la doctrina en cuanto a que ésta considera que la relación maternofilial debe establecerse en base al hecho natural del parto. Tomando en cuenta esto, el juez quitanarroense atendería entonces al nacimiento

tal y como lo establece su Código Civil en relación a la filiación, hecho que no se prevé en la legislación civil yucateca, en donde se omite la prueba del nacimiento para la filiación, porque tácitamente se presume a la concepción como antecedente lógico y único de la procreación.

Independientemente de la forma en que estén distribuidos y redactados los artículos que regulan la filiación los Códigos Civiles de Quintana Roo y Yucatán, en el fondo, y en términos generales, la protegen de igual forma y la única diferencia real que existe en cuanto a esta figura jurídica es el establecimiento del *nacimiento* como medio de prueba, en el caso del primer ordenamiento.

Es menester aclarar, sin embargo, que no por el hecho de no haberse presentado aún algún

problema para los jueces quintanarroenses y yucatecos para aplicar lo previsto en sus respectivas codificaciones, no quiere decir que ambos sean totalmente funcionales, que la circunstancia que debemos tomar muy en cuenta consiste en que innegablemente “los descubrimientos y adelantos en el campo de la biología nos colocan ante hechos que se proyectan a lo jurídico. Los avances técnicos en materia de inseminación y fecundación artificial han creado situaciones no contempladas hasta la fecha. La ciencia avanza y genera la necesidad de reglamentar las relaciones humanas para dar respuesta a los nuevos requerimientos.

Recordemos que el Derecho es un *posterius*, es decir, reglamenta las relaciones interpersonales que se dan en la sociedad”³⁵.

Por lo que, ante el silencio de las leyes civiles de ambos Estados en comparación, y la de nuestro país en general, es necesario vincularlos con la realidad de las comunidades a las que rigen, motivo por el cual, me permite hacer estas últimas propuestas:

- Determinar la filiación de los hijos nacidos bajo el uso de las técnicas de in vitro, ya actualmente no se encuentra previsto las consecuencias legales que genera el uso de estas técnicas en ambos Códigos Civiles, la filiación es una figura importante

³⁵ MACGREGOR, Carlos, et. Al “Manejo de la Pareja Estéril”.p. 124.

en estos casos para poder determinar las obligaciones y derechos que generan la nueva forma de reproducirse al aplicarse el uso de las técnicas de in vitro.

➤ Que en los ordenamientos jurídicos en comparación, se manifieste claramente la forma en la que el Derecho protegería la filiación y el estado civil del menor concebido y procreado mediante los métodos artificiales de fecundación e inseminación artificial.

➤ Que la legislación civil de estas dos entidades en sus capítulos de filiación y sus medios de prueba, señalen que de la misma protección gozarán en cuanto a sus derechos de parentesco y filiación los menores que nacieren como producto de la utilización de los métodos de fertilización

asistida a los que se refiere el Artículo 40 fracción XI del Reglamento de la Ley General de Salud, en Materia de Investigación para la salud.

- Que la utilización de los métodos de fertilización asistida a que se refiere el Artículo 40 fracción XI del Reglamento de la Ley General de Salud, en Materia de Investigación para la salud se justifiquen únicamente bajo las siguientes circunstancias:

- Por causas de infertilidad de la pareja la cual sea imposible de subsanar mediante alguno de los tratamientos médicos existentes.

- Que la pareja demuestre éste hecho mediante los certificados médicos, expedida por la Autoridad Sanitaria competente, en la que conste que el tratamiento de la infertilidad ha sido llevada a cabo y que se han agotado todos los recursos médicos para lograr la concepción y la procreación y que a pesar de ello no ha podido lograrse.

- Que la imposibilidad de procrear descendencia amenace seria y fehacientemente la estabilidad emocional y psíquica de la pareja. Esta circunstancia deberá probarse mediante la constancia expedida por una Institución médica del sector público, y deberá expresar con toda claridad de que ha sido psiquiátricamente

analizada y comprobada la amenaza de perturbación al equilibrio mental y emocional.

- Que la utilización de dichos métodos de reproducción humana no atenten contra el orden social establecido, la moral y las buenas costumbres y la dignidad humana.

- En caso de presentarse alguna controversia en cuanto a la filiación y el estado de hijo del menor que ha nacido mediante alguno de los métodos de fertilización asistida heteróloga, el Juez que conociere del caso, atenderá prioritariamente a los derechos familiares del menor, para lo cual, deberá dictar provisionalmente que el menor permanezca en poder de la que pruebe ser la gestante y la que haya dado a luz al

menor en cuestión, a efecto de su segura alimentación por medio de la lactancia materna, previniendo a ésta, que por ningún motivo deberá desplazarse ni abandonar el lugar en donde se esté llevando el Juicio, y que de desobedecer éste mandato judicial, se le aplicarán las sanciones que las leyes en el Estado establezcan para el caso de desobediencia al mandato de una autoridad judicial y ordenará para tal efecto, todas las medidas precautorias, a fin de asegurar la permanencia de la gestante en dicho lugar. Estas medidas subsistirán durante todo el tiempo que dure el juicio hasta que el juez emita la sentencia correspondiente que determine la filiación y el estado civil del menor.

➤ El juicio entablado por causa de controversias relacionadas con la filiación y el Estado de Hijo del menor concebido y nacido gracias a los métodos de fertilización asistida, será para el juez que conozca del caso, asunto prioritario de resolver. Para que el Juez que conozca del caso, pueda emitir su resolución mediante sentencia, deberá normar su criterio en base a lo que arrojen todos los medios de prueba, tanto presuncionales, testimoniales, de exámenes genéticos, oyendo a cada una de las partes, a quienes citará las veces que sea necesario para aclarar cualquier asunto relacionado con el caso, formulando todas las preguntas que considere pertinentes. Para emitir la sentencia que declare la filiación del menor

en controversia, el Juez deberá atender también a las posibilidades económicas de cada una de las partes, de proporcionarle al menor estabilidad, alimentación, educación, vivienda digna, etc.

Una vez dictada la sentencia, el Juez la hará cumplir por todos los medios, pidiendo incluso el apoyo de otras autoridades judiciales y administrativas”.

Las propuestas aquí planteadas deberán contextualizarse, sin embargo, en el ámbito de otras instituciones del Derecho Civil, por ejemplo, en lo que se refiere en materia de contratos, obligaciones, etc. en lo que se tendrá que legislar a efectos de establecer si es posible o no celebrar un contrato de arrendamiento de útero, y si es así,

bajo qué condiciones se celebraría éste, además, se tendría que entrar a aplicar otras ramas del Derecho, que de alguna forma estén relacionadas con el fenómeno de la Reproducción Humana no Coital como por ejemplo, la Ley General de Salud, en donde resulta necesario regular la forma en que las instituciones médicas tanto públicas y privadas brindarán el tratamiento de fertilización asistida, ya sea homóloga o heteróloga, a fin de evitar la degeneración de la especie humana, que podría traducirse en un futuro, en personas con graves anomalías como la hemofilia, la imbecilidad, etc., en pocas palabras, el Derecho deberá siempre atender ante todo a la dignidad humana y a la preservación, en toda la extensión de la palabra, de la especie. También habría que entrar al campo del Derecho Penal, a fin de determinar, en qué circunstancias las personas e

instituciones médicas no cumplen con lo aquí explicado.

Para los efectos de tal investigación acuciosa, se tendría que tomar en cuenta, la mentalidad del mexicano moderno, cierto, pero no debemos olvidar, que ésta puede estar oculta en un ropaje de moralidad, sin embargo, la realidad es que los adelantos médicos que hacen posible la “reproducción humana no coital” existen en nuestro país, o en el mejor o peor de los casos, ¿acaso no siempre han existido familias con todas la posibilidades económicas para someterse a tratamientos médicos de diversa índole en centros médicos extranjeros?; ¿por qué no habría de ocurrir entonces en el caso de los métodos de fertilización e inseminación artificial?

A estas alturas, ya no podemos detenernos en reflexiones moralistas, lo prioritario, es regular algo que es real, que existe y que con toda seguridad se practica, y que nuestra Ciencia del Derecho no puede permanecer estático con el peligro de anquilosarse en viejas concepciones que resulten muy poco vinculantes, efectivas y funcionales a la vida de nuestra sociedad moderna.

Sin embargo, para lograr un marco jurídico respecto al uso de la técnicas de reproducción asistida, no solo de los Estados aquí comparados, sino también a nivel nacional, habría que emprender una ardua labor de investigación, en donde el Derecho Comparado, resultaría el instrumento idóneo para llegar al más aproximado mejoramiento de las leyes posible.

Es necesario precisar que éste trabajo de investigación de Derecho Comparado, solamente puede representar el principio que pudiera despertar la curiosidad de otros investigadores que se decidieran a entrar a este mundo de la ciencia, llena de caminos pedregosos y bosques llenos de sombras. Sin embargo, necesario dar paso el nacimiento de un nuevo derecho como pudiera ser denominado “bioderecho”, en el cual se comprendiera todo lo relacionado a la que respecta a donaciones de: órganos, óvulos, espermatozoides, células, cortinas de piel, entre otros; éste derecho debe encargarse de regir todo lo que concierne a los avances científicos que tenga que ver en el campo de la biología que conlleve beneficios o alternativas es cuestión de salud para seres humanos.

Por ultimo debo aclarar que este trabajo de investigación es desde el año 2000, lo cual hay de esa fecha a estos días hay más bibliografía, sin embargo, aún no tenemos lo que aquí se plantea el marco jurídico que regula este fenómeno social.

BIBLIOGRAFIA

- BONNECASE, Julien, **Tratado Elemental de Derecho Civil**, Edit. Harla, México, 1997.
- CARRANCA Y RIVAS, Raúl. **El Drama Penal**, Editorial. Porrúa, S. A., México, 1982.
- CASTELLANOS, Fernando, “**Lineamientos Elementales de Derecho Penal**”, Editorial Porrúa, México, 1989.
- CHAVEZ ASENCIO, Manuel. **La Familia en el Derecho**, Editorial. Porrúa, S. A., México 1984.
- CHAVEZ ASENCIO, Manuel. **La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paternofiliales**, Editorial. Porrúa, S. A. México, 1987.
- DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, “Diccionario de Derecho”, Editorial. Porrúa, S. A. México, 1989.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, **Derecho Civil**, Editorial. Porrúa, S. A. México, 1989.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, “**Derechos de las Obligaciones**”, Editorial. Porrúa, México, 1993.
- GEORGE J. Annas y Sherman, Elias. **Clínicas Obstétricas y Ginecológicas**, Editorial. Interamericana, Vol. 3, México, 1989.

- HERVANA, Javier, **“Introducción Crítica al Derecho Natural”**, Editora Revistas, S.A de C.V, México, 1988.
- Instituto Mexicano de Investigaciones Jurídicas, **“Diccionario Jurídico Mexicano”**, Editorial. Porrúa, México, 1989.
- MacGREGOR, Carlos y ZARATE, Arturo. **Manejo de la Pareja Estéril**, Edit. Trillas, México, 1987.
- PINA, VARA Rafael, **Diccionario de Derecho**, 4ª ed. Editorial. Porrúa S. A. de C.V. México, 1989.
- ROJINA, VILLEGAS Rafael, **Derecho Civil Mexicano y Compendio de Derecho Civil**, Tomos I y II, 8ª y 16ª eds. Editorial. Porrúa, S. A. México, 1983 y 1995.
- SALVADOR, Giner, **Sociología, Origen y Desarrollo de la Familia**, Barcelona, Península, 1969.
- SPEROFF GLASS, Kase, “Endocrinología, Ginecología e Infertilidad”, Editorial Toray, S.A, Barcelona, 1975.
- SEGUNDO CONGRESO MUNDIAL VASCO. GOBIERNO VASCO. DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO. UNIVERSIDAD DEL

PAIS VASCO. Edit. Trivium, S. A. México, 1988.

- UGARTE CORCUERA, Francisco. **Matrimonio y Procreación**, ed. Cuarta, Editorial. Minos, México, 1994.
- VERDUZCO PARDO, Gabriel, “**Esterilidad Conyugal**”, Editorial Limusa, México, 1988.
- VAZQUEZ, RANGEL, Gloria y RAMIREZ LOPEZ, Jesús. **Marginación y Pobreza en México**. Editorial. Planeta Mexicana. México, 1995.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel, “**Contratos Civiles**”, Editorial. Porrúa S. A. de C.V. México, 1988.

PUBLICACIONES CONSULTADAS

FLORES GARCIA, Fernando. Tesis: **La Inseminación Artificial y sus Efectos en el Derecho Civil Mexicano: Con un Proyecto de Legislación Estatal**, México, 1988.

GEORGE J. Annas y Sherman Elías. **Clínicas Obstétricas y Ginecológicas**. Edit. Interamericana. Vol. 3. México. 1989.

MONTES PENADES, Vicente L. El Consentimiento de las Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. II Congreso del País Vasco. Universidad del País Vasco. P. 173. GIL RODRIGUEZ, Jacinto. II Congreso Mundial Vasco. Introducción a la Fertilización In Vitro, p. XV. Edit. Trivium, S.A. España 1988.

LEGISLACION CONSULTADA

- Constitución Política del Estado de Quintana Roo, vigencia año 2000.
- Código Civil para el Estado de Yucatán, vigente año 2000.
- Código Civil para el Estado de Quintana Roo, vigente año 2000.
- Ley General de Salud, vigente año 2000.
- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, vigente año 2000.