

Filiación por naturaleza, por reproducción asistida y por adopción

Irene López Faugier

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, ha sido notorio el progreso en el ámbito de la genética, lo cual sin duda ha repercutido de manera trascendente en el campo del Derecho, particularmente en disciplinas jurídicas específicas como es el Derecho Familiar, en el que instituciones tradicionales como la filiación han tenido un impacto importante merecedor de ser analizado, como expondré a continuación en este escueto ensayo, el cual he elaborado con un pensamiento deductivo, comenzando por la definición de dicha institución bajo distintas ópticas, para continuar con el tema central, analizando las especies de filiaciones que hoy en día existen, ya sea por tradición histórica o bien derivadas de los adelantos científicos.

2. CONCEPTO DE FILIACIÓN

La institución jurídica de la filiación puede ser definida desde cuatro puntos de vista; primero, atendiendo a la raíz latina de la cual procede, es decir, por su significado etimológico; segundo, por su significado gramatical; tercero, desde su perspectiva biológica, y finalmente por su significado jurídico, desde la perspectiva legal y doctrinaria.

2.1. ETIMOLÓGICO

La palabra filiación deriva del vocablo latín *filatio-onis*, perteneciente a su vez a la raíz *filius*, cuyo significado es hijo,¹ por lo que desde el punto de vista etimológico, se destaca la posición del hijo en relación con sus progenitores.

¹ Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, 21^a ed., Espasa-Calpe, España, 2001, p. 619.

2.2. GRAMATICAL

El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* define la palabra filiación como la “Procedencia de los hijos respecto a los padres”.² En tal sentido, se considera la relación paterno-filial desde el punto de vista del descendiente, reservando las denominaciones maternidad y paternidad para aludir a la calidad de madre o padre.

2.3. BIOLÓGICO

“El vínculo biológico es el elemento natural, primario e indispensable para poder hablar del concepto jurídico de la filiación”.³ Al respecto, Cicu señala que “Como hecho natural la filiación existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de un padre y de una madre...”⁴ De esta forma, es posible manifestar entonces, que la filiación encuentra su fuente en un hecho de la naturaleza, resultado de la fecundación, cuyo efecto es la procreación.⁵

2.4. JURÍDICO

Como ya decía, la definición jurídica de la filiación puede partir de dos fuentes, la ley y la doctrina. En cuanto a la primera, cabe decir que dicha institución se define en varias legislaciones sustantivas civiles y familiares de nuestro país; sin embargo, debido a la limitada extensión de este artículo sólo citaré el concepto aportado por el Código Civil para el Distrito Federal consignado en el numeral 338, cuya parte conducente es del tenor siguiente:

La filiación es la relación que existe entre el parento o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.

Esta definición aun cuando es muy elemental, permite inferir que la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, otorga un estatus jurídico a quienes lle-

² *Idem*.

³ LÓPEZ DEL CARRIL, Julio, *Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1984, p. 417.

⁴ CICU, Antonio, *La Filiación*, trad. por Faustino Giménez Arnau y José Santacruz Tejeriro, Revista de Derecho Privado, España, 1930, p. 16.

⁵ Cfr. LÓPEZ FAUGIER, Irene, *La Prueba Científica de la Filiación*, Porrúa, 2005, p. 93.

ven a cabo el acto de procreación, ya sea mediante una relación natural (exista o no exista matrimonio entre los progenitores); por voluntad de aquellos que han querido ser padres y madres por adopción; o bien, por conducto de métodos de reproducción asistida.⁶

Ahora bien, cabe señalar que no hay una definición universal de la filiación desde el punto de vista doctrinal, siendo conceptualizada por diversos autores desde muy variadas perspectivas. En tal sentido, la institución que nos ocupa se concibe como hecho jurídico, vínculo jurídico o ambos, así como estado civil o de familia; se ha llegado a confundir con el parentesco, e incluso, se ha considerado un hecho fundamentalmente biológico, que no es regulado por el Derecho, en razón de que éste sólo regula sus efectos y consecuencias.

Sin el ánimo de extenderme en el análisis del concepto de filiación por cada sector de la doctrina, aportaré únicamente dos definiciones: El jurista Rafael De Pina, de forma muy sencilla, concibe a la institución materia de este estudio como un hecho jurídico, es decir, un acontecimiento de la naturaleza o de las personas que crea consecuencias de Derecho, y por el cual se determina la ascendencia precisa de la persona física. Sin duda, la perspectiva tan elemental de este doctrinario es indispensable para poder arribar a un concepto jurídico más complejo. Así, para De Pina la filiación:

...equivale a la procedencia de los hijos respecto de sus padres. Significa, pues, una relación de origen, que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física.⁷

Por su parte, el maestro Manuel Peña Bernaldo de Quiros, sostiene que la filiación es un estado civil, esto es, un atributo de la personalidad con el cual se designa la posición que ocupa una persona en relación con la familia, ya sea por haber sido engendrada en ella (filiación matrimonial y extramatrimonial) o bien, en virtud de la adopción o de otro hecho legalmente suficiente para tal efecto (filiación adoptiva o proveniente del uso de métodos de reproducción asistida), incorporando por tanto en su concepto las cuatro especies de filiación reguladas en nuestro sistema jurídico, señalando textualmente lo siguiente:

El estado de filiación es el estado civil de la persona determinado por la situación que, dentro de una familia, le asigna el haber sido engendrada en ella, o el

⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 95-104.

⁷ DE PINA, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Introducción, Personas y Familia*, Vol. 1, 2^a ed., Porrúa, México, 1960, p. 349.

estar en ella en virtud de la adopción o de otro hecho legalmente suficiente al efecto.⁸

3. TIPOS DE FILIACIÓN

La clasificación de la filiación en cuatro especies atiende a que en ocasiones la filiación biológica es diferente a la filiación legal, pues la primera deriva del hecho natural de la procreación, mientras la segunda se desprende del vínculo jurídico que liga a quienes ante la ley son padres y madres e hijos e hijas.⁹

3.1. FILIACIÓN BIOLÓGICA

Considerando que la filiación siempre va a existir, porque necesariamente todos los seres humanos somos el resultado de la unión sexual de un hombre y una mujer, estén casados o no, o aun cuando fuesen desconocidos, es claro que desde la perspectiva biológica hay dos especies de filiación: la matrimonial y la extramatrimonial.

3.1.1. FILIACIÓN MATRIMONIAL

Este tipo de filiación al tener su origen en el matrimonio, ha sido históricamente la institución filial socialmente aceptada por la influencia de la tradición romanista y de la moral judeo cristiana, la cual considera a la unión conyugal como un sacramento y como la única forma moral y legal de formar una familia. Precisamente por este motivo, esta especie de filiación ha recibido también la denominación de filiación legítima.¹⁰

Para que la filiación matrimonial tenga lugar, es necesaria la actualización de los siguientes elementos:

- a) Matrimonio válido o putativo de los progenitores.
- b) Nacimiento del descendiente durante el matrimonio.
- c) Que el descendiente haya sido concebido por la esposa.

Tradicionalmente, se ha apreciado a la maternidad como un hecho susceptible de prueba directa, pues es la madre quien da a luz a un menor, y aunque generalmente así es, no se deben perder de vista los dos elementos indis-

⁸ Peña BERNALDO DE QUIROS, Manuel, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, España, 1989, pp. 402 y 403.

⁹ Cfr. LÓPEZ FAUGIER, Irene, *op. cit.*, p. 107.

¹⁰ Cfr. Cánones 1012 y 1013 del Código de Derecho Canónico de 1917 y Cánones 1055 y 1056 del Código de Derecho Canónico de 1983.

pensables para acreditar la maternidad, el primero, que la mujer haya dado a luz un descendiente, y el segundo, que dicho descendiente que pasa por suyo, sea realmente el producto de ese parto. Y así como estos dos elementos son básicos para determinar el vínculo materno filial, también lo son para impugnarlo, bastando para ello destruir alguno de esos dos principios.

d) Que el descendiente haya sido concebido por el marido de la madre.

La filiación paterna durante el matrimonio, se ha determinado a lo largo de la historia conforme a la máxima romana conocida a través de Paulo “*Pater is est quem justae nuptiae demonstrant*”, cuyo significado es “Padre es el que demuestran las justas nupcias”. Así, conforme a tal máxima, el descendiente concebido durante el matrimonio se reputa engendrado por el marido de la madre, en quien consiguientemente recae la presunción de paternidad.

Al respecto, cabe recordar que históricamente se ha apreciado a la paternidad como un hecho imposible de probar de forma directa, pues en principio sólo puede presumirse. Sin embargo, tal consideración hoy en día está superada, debido a los avances de la ciencia, y en particular, de la medicina genética, mediante los cuales es factible acreditar con un mínimo de error cualquier vínculo filial controvertido. A pesar de esta circunstancia, todavía en la actualidad se acepta que las presunciones legales de paternidad matrimonial son importantes y tienen la utilidad práctica de evitar en principio imputaciones falsas de paternidad.

Tales presunciones de filiación matrimonial tienen su origen en las Doce Tablas, y desde sus orígenes más remotos se han basado en los períodos mínimo y máximo de la gestación, aspecto por demás trascendente, pues está comprobado científicamente que el tiempo mínimo requerido para el nacimiento de un producto vivo y viable es de 180 días de desarrollo, y de la misma manera un feto no puede permanecer dentro del claustro materno más allá de los 300 días.

En la actualidad, existe un gran problema en la regulación jurídica de las presunciones de filiación matrimonial, pues sus presupuestos son diferentes en el Código Civil Federal y en el Código Civil para el Distrito Federal, e importa destacar que su variación es en aspectos relevantes como hago ver a continuación. Conforme al Código Civil Federal, el artículo 324 dispone textualmente:

Se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del mari-

do o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal señala a la letra en su artículo 324:

Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la ex cónyuge. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

La diferencia fundamental en los preceptos jurídicos de ambos ordenamientos civiles tanto Federal como del Distrito Federal, se observa en sus respectivas fracciones primera, de tal manera que a nivel federal, se establece que el descendiente debe nacer cuando menos seis meses (180 días) después de la celebración del matrimonio, con lo cual su concepción debió haber tenido lugar durante el mismo. Ahora bien, en el ámbito del Distrito Federal, simplemente se exige que el nacimiento del descendiente haya tenido lugar durante el matrimonio.

En este último supuesto, la concepción no juega ningún papel decisivo, al no conferirle importancia al hecho de que el descendiente hubiese sido concebido antes o durante el matrimonio, sólo se requiere su nacimiento durante la vigencia del vínculo conyugal. De este modo, una mujer puede estar embarazada antes de casarse y una vez casada, se presume que su marido es el padre de su descendiente.

La diferencia antes planteada entre las primeras fracciones transcritas, es sin duda alguna relevante e inadecuada, pues aunque como ya he señalado, hoy en día es posible demostrar con un mínimo de error la paternidad en forma directa, a través de los adelantos de la medicina genética; no se debe olvidar el papel decisivo de la concepción del descendiente durante la vigencia del matrimonio, porque la mujer antes de contraerlo, no tiene el deber de cohabitación y fidelidad con un hombre determinado, y no le basta demostrar haber mantenido relaciones sexuales con el marido antes del matrimonio, sino también que éste haya sido el único con quien las tuvo, lo cual no se puede asegurar.

Y en lo referente a la segunda fracción de los artículos 324 de los Códigos Civiles antes mencionados, en ambas se presume como descendiente de matrimonio, los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la extinción del

vínculo matrimonial, ya sea por muerte, nulidad o divorcio. Entonces, conforme a tales presunciones, se contempla el período máximo de la gestación en 10 meses, tiempo en que debe nacer un descendiente concebido mientras los ex cónyuges estaban casados, con lo cual sí es decisiva la concepción del descendiente durante el matrimonio.

La última cuestión importante de recordar respecto de estas presunciones matrimoniales, es lo relativo a su naturaleza jurídica, rubro estrechamente vinculado con las impugnaciones de filiación paterna durante el matrimonio, conforme a lo dispuesto en los artículos 325 de las leyes sustantivas civiles Federal y del Distrito Federal.

Al respecto, cabe decir que se trata de presunciones *iuris tantum*, las cuales admiten prueba en contrario, y conforme a los citados preceptos, se pueden desestimar mediante cualquier medio probatorio con el cual se acredite la imposibilidad del marido para tener relaciones sexuales con la madre en el período legal de la concepción, esto es, dentro de los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento. Dicho término obedece a razones biológicas, pues la diferencia entre 300 y 120 es de 180, tiempo mínimo para el nacimiento de un menor vivo y viable.

E igualmente, se admite en las leyes sustantivas civiles multicitadas, que también sirven para desvirtuar las presunciones de filiación matrimonial, los medios de prueba provenientes del avance de los conocimientos científicos. La importancia de este aspecto deriva en la aceptación expresa de la prueba científica de la filiación.

3.1.2. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

La filiación extramatrimonial es el vínculo jurídico de los descendientes con sus progenitores, quienes no se encuentran unidos por matrimonio. En los primeros tiempos de Roma, no era posible distinguir la diferencia entre los descendientes de matrimonio y los habidos fuera de esta institución. Sin embargo, con posterioridad el derecho justiniano los distinguió de forma tajante.¹¹

Pero las mayores diferencias de los descendientes por razón de su origen, tuvieron su culminación con el advenimiento del cristianismo, que consideró al matrimonio como la única institución moral para la procreación.

Precisamente por esta influencia cristiana, nuestra legislación de tradición romano canónica ha distinguido a los descendientes por razón de su

¹¹ Cfr. IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 9^a ed., Ariel, España, 1987, p. 552.

origen, desde el Código Civil de Oaxaca de 1827 hasta el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928.

En todas estas leyes, es patente la diferencia que se hizo de los hijos, a quienes en principio diferenció como legítimos e ilegítimos, clasificando a estos últimos en categorías francamente infamantes, al precisar aun más en detalle el origen de su nacimiento, como por ejemplo: hijos naturales, aquellos habidos de concubina; hijos espurios o adulterinos, los habidos entre personas de las cuales, una por lo menos estuviera casada; hijos incestuosos, los nacidos de parientes en grado que estuviera prohibido el matrimonio;¹² hijos sacrílegos, los procreados por persona o personas ligadas por voto de castidad; e hijos mánceres, los habidos de prostituta.¹³

Fueron dos los motivos de esta infamante clasificación que a lo largo de las legislaciones civiles prevaleció, el primero, castigar a los infractores de la institución matrimonial con la condena y estigmatización de sus descendientes, y en segundo lugar, el conferirles a los descendientes derechos hereditarios en diferentes proporciones, de acuerdo a la categoría a la cual pertenecían.

Con la modificación al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal realizada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, publicada en el año 2000,¹⁴ se suprimieron casi todo tipo de clasificaciones de los descendientes por razón de su origen. De hecho, el artículo 338 Bis de dicho ordenamiento jurídico dispone a la letra:

La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.

Es importante leer con detenimiento este precepto normativo, pues en realidad determina la igualdad de los derechos derivados de la filiación, no la igualdad de los descendientes ante la ley, la cual propiamente no existe, ya que todavía en la actualidad la ley sustantiva civil del Distrito Federal, emite ciertos calificativos de los hijos en razón a su origen en diversos presupuestos jurídicos, como por ejemplo en los artículos 58 referente a los descen-

¹² A su vez se clasificaba a los denominados hijos incestuosos en simplemente incestuosos, si el impedimento era dispensable, y en nefarios, cuando dicho impedimento no lo era.

¹³ *Cfr. LÓPEZ FAUGIER, Irene, op. cit., pp. 130-139.*

¹⁴ Aunque no es materia del presente artículo, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal carecía de facultades para modificar la legislación civil que en 1928 fue emitida por el ejecutivo federal, y al haber vulnerado el proceso legislativo e invadido competencias, el actual Código Civil para el Distrito Federal, si bien está vigente es inconstitucional.

dientes de progenitores desconocidos; 63 correspondiente a los descendientes de matrimonio; e igualmente, en los artículos 65 y 492 relativos a los descendientes expósitos.

Independientemente de la evolución histórica de la filiación extramatrimonial en el decurso de las legislaciones sustantivas civiles de nuestro país, es posible ver desde la primera de ellas su principal característica, esto es, la de ser procreaciones que no tienen a su favor la certeza de paternidad, pues la madre no tiene un marido legal a quien se le pueda atribuir el papel de padre.

En este sentido, la madre soltera no tuvo como la mujer casada deberes de fidelidad y de exclusividad sexual, con respecto a un hombre cierto, por lo que las únicas formas de determinar la filiación extramatrimonial son dos; la primera, el reconocimiento voluntario del padre, y la segunda, la imputación de paternidad, a través del juicio de filiación respectivo.

La única excepción a esta regla para determinar la filiación extramatrimonial, lo constituye el caso de los descendientes nacidos de uniones concubinarias, cuya filiación al igual que la filiación de los descendientes habidos de matrimonio, se determina mediante presunciones legales. Particularmente las presunciones de filiación concubinaria, están previstas en los artículos 383 tanto del Código Civil Federal como del Código Civil para el Distrito Federal.

Una nota importante de las presunciones concubinarias previstas en ambas legislaciones civiles, es su regulación en los mismos términos de las presunciones de los descendientes habidos de matrimonio.¹⁵ Este aspecto es bastante discutible, porque el matrimonio y el concubinato son instituciones jurídicas diferentes, y sin duda, no pueden equipararse por completo en sus efectos, primeramente, por la distinta forma en cómo cada una de estas instituciones se acredita.

La existencia del concubinato no se puede acreditar de manera indubitable, pues la mayor parte las veces sólo se cuenta para ese efecto con medios de prueba indirectos, lo que no ocurre con el matrimonio, cuya existencia, inicio y terminación, se prueba con la documental pública expedida por el Registro Civil, en la cual consta dicho acto jurídico.

De esta forma, si la existencia del concubinato constituye un problema de derecho probatorio, la misma suerte tienen las presunciones concubinarias, las cuales requerirían en principio comprobar la existencia de esta institución jurídica, y luego, su inicio y terminación según sea el caso, para des-

¹⁵ Artículos 324 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal.

pués poder ubicar el nacimiento del descendiente dentro de los términos establecidos en dichas presunciones.

3.2. FILIACIÓN LEGAL

El sistema jurídico mexicano además de regular la filiación matrimonial y la extramatrimonial, también regula otras dos especies de filiaciones a las cuales confiere una equivalencia jurídica a la filiación biológica, aun cuando se generan mediante un acto jurídico: la adoptiva y la proveniente del uso de métodos de reproducción asistida. El dato determinante de estos dos tipos de instituciones filiales, es que tienen un carácter exclusivamente jurídico, ya que se actualizan en función de la imputación de la ley, y sólo existen en los casos previstos por la misma.

3.2.1. FILIACIÓN ADOPTIVA

La filiación adoptiva es un acto jurídico por medio del cual se constituye un vínculo paterno filial o materno filial, o ambos con un menor, como si se tratara de un hijo consanguíneo. Todavía hoy en día, por la complejidad de la legislación civil de nuestro país, en el que existen 33 Códigos Civiles, podemos decir que en nuestro sistema normativo se regulan dos tipos de instituciones adoptivas, la adopción simple y la adopción plena.

La adopción simple tiene como característica principal que sólo va a generar derechos y deberes entre el adoptante y el adoptado, por lo cual la filiación y el parentesco sólo se generan entre ellos, y no es extensivo a la familia del o los adoptantes.¹⁶

Por su parte, la adopción plena es regulada como única institución filial en diversos Códigos Civiles,¹⁷ por la consideración de que sólo con esta modalidad se garantiza la incorporación de los descendientes hasta sus últimas consecuencias, pues la relación jurídica no se restringe sólo al adoptado y adoptante, sino también a la familia extendida del adoptante. A pesar de

¹⁶ La adopción simple no extingue los derechos y deberes resultantes del parentesco natural, excepto la patria potestad, la cual es transferida al adoptante, salvo el supuesto de que éste último se encuentre casado con alguno de los progenitores del adoptado, en cuyo caso ejercerán ambos la patria potestad.

¹⁷ Código Civil para el Distrito Federal (Artículo 410-A); Ley para la Familia del Estado de Hidalgo (Artículo 205); Código Familiar del Estado de Zacatecas (Artículo 355); Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos (Artículos 367 y 368); Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo (artículos 382 y 383); Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí (s.n. art.).

ello, la filiación sólo se genera entre adoptante y adoptado, quien tendrá la calidad de hijo consanguíneo.

Si bien es válido que mediante la adopción plena, el legislador haya buscado la incorporación completa de un descendiente en una familia adoptiva y su vínculo no sólo con los progenitores adoptivos, sino también con las familias extendidas de estos, generándose con ellos también parentesco consanguíneo, me parece criticable la soberbia en la que incurrieron, al pretender borrar toda huella de origen del adoptado, pues en mi opinión, es totalmente inaceptable la determinación legislativa de extinguir la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores, así como con las familias de estos, quedando únicamente subsistente la filiación para efecto de los impedimentos de matrimonio.

Esa pretensión legislativa de borrar toda huella de origen del adoptado no sólo es como ya dije inaceptable, sino absurda, pues no por disposición de la ley una persona ya no va a ser hijo biológico de cierta mujer o de cierto hombre, esa relación natural siempre existirá aun cuando la ley no lo reconozca.

Tan es así, que en las mismas legislaciones en cuyo texto se contempla este aspecto, se reconoce la subsistencia de la filiación para los impedimentos de matrimonio, lo cual es un reconocimiento tácito de que la filiación y el parentesco natural nunca desaparecerán, y por lo cual serían inadmisibles las uniones conyugales entre hermanos, medios hermanos, o quienes tengan parentesco consanguíneo en línea recta ascendente o descendente.

3.2.2. FILIACIÓN PROVENIENTE DEL USO DE MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Este tipo de filiación deriva del uso de las técnicas de la medicina genética, utilizadas por personas infecundas, para salvar obstáculos orgánicos o funcionales, que impiden tener descendencia, mediante la cópula o coito normal.

Los métodos de reproducción asistida están perfectamente determinados en el ámbito de la medicina, no así en el campo del Derecho, en el que ninguna legislación determina cuáles son dichas técnicas para tener descendencia fuera del proceso natural.

Por ello, es preciso citar y delimitar conforme a la doctrina médica que los métodos de reproducción asistida son básicamente cuatro: La inseminación artificial, la fecundación extrauterina o *in vitro*, la clonación y la maternidad gestante.¹⁸

¹⁸ Cfr. ZANNONI, Eduardo, *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina*, Astrea,

a) *Inseminación artificial y fecundación extrauterina o in vitro*

La inseminación artificial es un método de reproducción asistida que se lleva a cabo dentro del vientre de la mujer, al inocular el semen mediante jeringas o catéteres, para después depositarlo en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo.¹⁹

Por su parte, la fecundación extrauterina o *in vitro* es el método de reproducción asistida que se realiza fuera del cuerpo de la mujer, al unir el óvulo y el espermatozoide en una placa de laboratorio, en la cual se obtiene el embrión, cuya posterior implantación será en el útero materno.²⁰

Tanto la inseminación artificial como la fecundación extrauterina pueden a su vez ser de dos formas: Homólogas o heterólogas, dependiendo de las aportaciones genéticas que intervengan en estas técnicas. Así por ejemplo, serán homólogas cuando en la concepción del descendiente, los aportes genéticos provienen de ambos miembros de la pareja, y serán heterólogas, cuando en la fecundación del descendiente ha intervenido uno o dos componentes biológicos extraños a los miembros de la pareja.

Como es lógico, la determinación de la filiación en los casos de inseminación artificial y fecundación extrauterina homólogas, no representan mayor problema, pues considerando que los aportes genéticos provienen de ambos miembros de la pareja, estos son sin duda los progenitores biológicos y legales del descendiente.

Sin embargo, no sucede lo mismo en los casos de inseminación artificial y fecundación extrauterina heterólogas, en los cuales se desecha la exigencia genética, toda vez que el descendiente no fue concebido con los aportes de ambos miembros de la pareja, ya que la concepción pudo haber sido con el componente genético de alguno de ellos o el de ninguno, y a pesar de esta circunstancia, el descendiente es hijo legal de ambos.

El problema de la determinación de la filiación en el caso del uso de la inseminación artificial o fecundación extrauterina, independientemente de la intervención de componentes genéticos ajenos a la pareja, ha sido resuelto por el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 293 segundo párrafo, en el que se dispone:

Argentina, 1978, pp. 43, 461 y 490; SOTO LA MADRID, Miguel Ángel, *Biogenética, Filiación y Delito*, Astrea, Argentina, 1990, pp. 243 y 244; LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana E., *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético*, Depalma, Argentina, 1995, p. 357; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Sucesorio. Inter Vivos y Mortis Causa*, 4^a ed., Porrúa, México, pp. 270, 272, 276, 284 y 287.

¹⁹ Cfr. ZANNONI, Eduardo, *Inseminación artificial...*, *op. cit.*, p. 44.

²⁰ Cfr. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *La Fecundación In Vitro y la Filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1993, pp. 13, 16 y 17.

...se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de la reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora.

De este modo, no importa si el descendiente es o no descendiente biológico de la pareja o de la mujer que fue sometida a cualquiera de estas técnicas, pues legalmente se configura el parentesco por consanguinidad.

b) *Clonación*

Otro método de reproducción asistida es la clonación, técnica a la cual también se denomina gemelaridad provocada, al tratarse de un proceso de manipulación genética, por el que se obtienen individuos genéticamente idénticos, a partir de un solo individuo.

El procedimiento para llevar a cabo la clonación requiere la existencia de dos células, una sexual y otra no sexual, a las cuales se les debe extraer el núcleo, para después colocar en la célula sexual el núcleo de la no sexual, y obtener así, la célula sexual clonificada, misma que será implantada en un útero para su desarrollo, tal como ocurre en el caso de la fecundación *in vitro*.

Sin duda, esta técnica de reproducción asistida tiene serias implicaciones en materia de filiación, lo que podemos ver al citar los siguientes ejemplos: ¿Cuál podría ser la filiación de un individuo clonado con la célula sexual y la no sexual de una mujer casada, a quien posteriormente se implantara la célula clonificada en su útero, para el desarrollo de la gestación y el alumbramiento?

En tal supuesto, como las aportaciones genéticas provienen de ella y asimismo se actualiza el parto y la identidad del descendiente, es evidente la acreditación de los extremos de la filiación materna. Pero ¿Qué sucede con su marido? ¿Cuál sería la relación con el hijo o hija de su cónyuge?, si él no hizo ninguna aportación genética. ¿Se le podría imputar la paternidad sólo porque nació durante el matrimonio?

Otro caso posible de actualizarse, es el de un individuo clonado con células de dos personas distintas, es decir, si una aportó la célula sexual y la otra aportó la célula no sexual, para luego una vez clonificadas, se implanten a una mujer, a efecto de que en ella se desarrolle la gestación y dé a luz al producto.

En este caso, podríamos preguntarnos ¿Quién es el progenitor o progenitores del individuo clonado?, ¿Los que hicieron las aportaciones genéticas?, ¿Quién de ellos?, ¿El que aportó la célula no sexual, porque la fisonomía del individuo clonado sería exactamente igual a la de esa persona, o bien, sólo la madre gestante, o todos ellos?

En un supuesto de esta naturaleza, el descendiente podría tener hasta tres progenitores, de los cuales necesariamente uno de ellos sería la mujer a quien se implantó la célula clonificada. Pero ¿Qué pasaría si quienes aportaron tales células eran dos mujeres? ¿Sólo tendría madres?, con este tipo de manipulaciones genéticas me parece que se disociaría por completo el núcleo familiar tradicional.²¹

c) *Maternidad Gestante*

La que esto escribe, he acuñado el término maternidad gestante para designar al método de reproducción asistida, mediante el cual se implanta en el útero de una mujer, un embrión para su desarrollo, debiendo ella llevarlo en su seno durante toda la duración del embarazo hasta el parto.²²

La maternidad gestante puede presentarse en dos casos, el primero de ellos se actualiza cuando la cónyuge, concubina o la mujer en una pareja, sin ser estéril está imposibilitada biológicamente para sobrellevar el embarazo, requiriendo la fecundación *in vitro* en una madre gestante, a quien se implanta el embrión obtenido con los componentes genéticos de esa pareja en su útero, para que ella lleve a cabo el embarazo y dé a luz un descendiente en beneficio de sus progenitores biológicos, esto es, de las personas que aportaron el óvulo y el semen, es decir, el embrión implantado.²³

El segundo caso, se denomina inseminación artificial en madre gestante, y tiene lugar, cuando la madre gestante es inseminada con el esperma del varón de la pareja, sobrelleva el embarazo y da a luz a un descendiente en beneficio de la misma. En este caso, la mujer inseminada es genéticamente la madre del nacido, pues es ella quien aporta el óvulo, en virtud de la esterilidad de la mujer cuya pretensión es ser la madre legal.

En realidad, este segundo supuesto no puede ser considerado una maternidad por sustitución, porque la madre gestante coincide con la madre genética. En cambio, en el primer caso, sí existe una disociación voluntaria entre la madre biológica y la gestante, que es lo característico en la hipótesis de la maternidad gestante.

La determinación de la filiación, y particularmente, la imputación de la maternidad, constituye también un problema en el caso de la maternidad gestante, ya que debe precisarse si se privilegiara el lazo biológico o el vínculo de la gestación.

²¹ *Cfr. LÓPEZ FAUGIER, Irene, op. cit., pp. 179-181.*

²² *Cfr. Ibidem, pp. 285 y 286.*

²³ *Cfr. ZANNONI, Eduardo, La Inseminación..., op. cit., p. 490; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho Sucesorio..., op. cit., p. 287.*

En los países donde se permite la práctica de la maternidad gestante, se privilegia el nexo biológico, sin considerar también la importancia de los nexos biosíquicos creados entre el menor y la madre gestante durante los nueve meses del embarazo ya que si bien, los códigos genéticos del menor son determinantes, también su futura personalidad está vinculada a la salud física y psicológica de la madre durante la gestación, influyendo por ejemplo, la buena alimentación y los trastornos emocionales de la gestante.²⁴

4. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de la historia, la filiación materna siempre ha sido considerada como susceptible de prueba directa, no así la filiación paterna, la cual en los sistemas de tradición romano-canónica se determina con base en presunciones legales, que si bien en principio evitan falsas imputaciones de paternidad, no constituyen una garantía absoluta, porque se basan en los deberes de cohabitación y fidelidad en el matrimonio, cuyo cumplimiento no se puede asegurar con toda certeza.

Si las presunciones de filiación matrimonial no pueden tener certeza plena, todavía son más refutables las presunciones de filiación concubinaria, toda vez que el cumplimiento de los deberes de cohabitación y fidelidad sólo se actualiza por una continencia recíproca de los concubinos, y su incumplimiento carece de sanción legal.

Y el problema se agrava más, cuando se trata de determinar la filiación extramatrimonial, pues ésta sólo se establece con el reconocimiento de los progenitores, o con la sentencia en la que se declare el vínculo filial controvertido.

De acuerdo a lo anterior, es posible concluir entonces que los problemas de filiación son en realidad problemas de Derecho probatorio, y no se debe perder de vista que conforme al artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal, se admiten para probar los vínculos filiales controvertidos, los medios de prueba ordinarios, reconociéndose expresamente las pruebas biológicas o provenientes del avance de los conocimientos científicos.

En cuanto a los medios de prueba tradicionales en el Derecho, mismos que se encuentran regulados en básicamente todas las leyes adjetivas civiles de nuestro país, como la confesional, testimonial, reconocimiento judicial, documental privada e indiciaria, se puede decir que ninguno de ellos contribuyen con la ciencia jurídica, para acreditar con certeza la filiación. Por ello,

²⁴ Cfr. RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, Abeledo-Perrot, Argentina, 1992, p. 360.

hoy en día, la opción para acreditar con certeza los vínculos filiales controvertidos son las pruebas provenientes de la medicina genética.

Cabe señalar, que la prueba científica de la filiación es compleja, y se compone de diversos métodos, como son: la prueba hematológica clásica; la prueba de maduración fetal; la prueba antropológica o heredobiológica; el método de Kühne o prueba morfológica de la columna vertebral; la prueba de compatibilidad inmunogenética; el sistema HLA (el cual forma a su vez parte de aquella); la prueba del ADN o de la identificación de personas a través del ácido desoxirribonucleico.

Respecto de todas estas pruebas, es importante señalar que el primer problema persistente en las mismas, es la limitación de su empleo, pues cada uno de estos métodos contribuye en distinta proporción con la ciencia jurídica en el conocimiento del vínculo filial controvertido.

El segundo problema que se presenta, es la determinación de la eficacia de cada prueba, para lo cual es importante considerar ¿Si se trata o no de un método conclusivo?, esto es, si es concluyente o es refutable.

Asimismo, interesa saber ¿Cuál es su contribución a la exclusión e inclusión del vínculo filial?, es decir, ¿Qué porcentaje hay de que el sujeto imputado no pueda ser el padre o la madre? y ¿Qué porcentaje hay de que sí pueda ser el padre o la madre?

De igual forma, para determinar la eficacia de cada medio de prueba científico de la filiación, se deberá tomar en cuenta la fiabilidad de los laboratorios donde se practiquen, lo cual está estrechamente vinculado a ciertos aspectos como son: la conservación de las muestras del material genético; la cadena de custodia de las muestras para que no se mezclen o se pierdan; la calidad de los sueros y reactivos que se deben utilizar para su práctica; y la calificación técnica y experiencia del perito que la practique.

De las pruebas científicas de la filiación que ya he mencionado con anterioridad, no se consideran conclusivas, y por ende, se exige sean reforzadas con otros medios de prueba conclusivos, las siguientes: la prueba hematológica clásica; la prueba de maduración fetal; la prueba antropológica o heredobiológica; el método de Kühne o prueba morfológica de la columna vertebral.

Por su parte, cabe decir que se consideran métodos conclusivos para acreditar los vínculos filiales controvertidos, las siguientes: la prueba de compatibilidad inmunogenética; el sistema HLA (el cual forma a su vez parte de aquella); y la prueba del ADN o de la identificación de personas a través del ácido desoxirribonucleico. Todas estas tienen porcentajes de exclusión e inclusión del 98% al 100%, lo cual constituye un aspecto muy importante para valorar las pruebas biológicas, ya que si de ellas se deduce una probabilidad

del 95% al 97.9% son refutables, mientras que si aportan una probabilidad del 98% al 100% son contundentes.

5. BIBLIOGRAFÍA

Código Civil para el Distrito Federal

Código de Derecho Canónico, MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ, Lorenzo *et al.*, 2^a ed., Biblioteca de Autores Cristianos, España, 1947.

Código de Derecho Canónico, ACEBAL Juan Luis y AZNAR, Federico, 15^a ed., Biblioteca de Autores Cristianos, España, 1999.

Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo.

Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí.

Código Familiar del Estado de Zacatecas.

Ley para la Familia del Estado de Hidalgo.

CICU, Antonio, *La Filiación*, trad. Faustino Giménez Arnau y José Santacruz Tejeiro, Revista de Derecho Privado, España, 1930.

DE PINA, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Introducción, Personas y Familia*, Vol. I, 2^a ed., Porrúa, México, 1960.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *La Fecundación In Vitro y la Filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Chile.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Sucesorio. Inter Vivos y Mortis Causa*, 4^a ed., Porrúa, México, 2003.

IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 9^a ed., Ed. Ariel, España, 1987.

LÓPEZ DEL CARRIL, Julio, *Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1984.

LÓPEZ FAUGIER, Irene, *La Prueba Científica de la Filiación*, Porrúa, 2005.

LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana E., *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético*, Depalma, Argentina, 1995.

PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid. Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, España, 1989.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, 21^a ed., Espasa-Calpe, España, 2001.

RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, Abeledo-Perrot, Argentina, 1992.

SOTO LA MADRID, Miguel Ángel, *Biogenética, Filiación y Delito*, Astrea, Argentina, 1990.

ZANNONI, Eduardo, *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina*, Astrea, Argentina, 1978.