

LA MATERNIDAD ¿ES SIEMPRE CIERTA?
(LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO FRENTE
A LOS AVANCES CIENTÍFICOS)

*A Toni López Pintor
in memoriam*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La fecundación artificial.* 1. *Sus formas.* 2. *Un abanico de posibilidades.* 3. *Experimentación deshumanizada.* III. *El derecho frente al fenómeno.* 1. *Situación actual.* 2. *El derecho a la paternidad y a la maternidad.* 3. *El derecho del niño.* IV. *Necesidad de y obstáculos para el cambio.* 1. *Necesidades.* 2. *Moral e ideología, obstáculos a vencer.* 3. *Revisión de la estructura familiar.* V. *Consideraciones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

Eduardo Novoa Monreal¹ afirma que el derecho, independientemente de su definición científica y función de control social, representa un obstáculo al cambio social, dado que la modernización de cualquier norma jurídica, siempre va a la zaga de las circunstancias históricas y de los requerimientos que éstas generan en la comunidad a que van dirigidas, aun en el supuesto de que los grupos en el poder tengan la intención de cubrir tales requerimientos y propiciar la actividad legislativa a tal fin. Afirmación que nos llena de aprehensión, sobre todo si pensamos que a través del derecho se puede lograr el cambio hacia una sociedad más justa. Sin embargo, revisando nuestra legislación civil, no nos queda más que reconocer la verdad de la afirmación del autor que mencionamos.

Pensemos en las circunstancias históricas de la república mexicana en la primera mitad de este siglo. La dictadura de la primera década; la Revolución de la segunda; la pacificación del país y consolidación del sistema político que actualmente tenemos a partir de la tercera; la expropiación petrolera y el auge del agro mexicano conocido como la revolución verde. Coyunturas que perfilaron a nuestro México como

¹ Novoa Monreal, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, 4a. ed., México, Siglo XXI Editores, 1980, *passim*.

un país riquísimo en recursos cuando el mundo era convulsionado por una recesión económica y los estragos de la Segunda gran guerra.²

En esta primera mitad las legislaturas de los estados federados, siguiendo el ejemplo del Distrito Federal, se dieron a la tarea de adecuar su legislación civil a los requerimientos de la sociedad que el sistema político revolucionario pretendió consolidar. En 1928 la Comisión redactora del Código Civil para el Distrito Federal afirmó:

Las revoluciones sociales del presente siglo han provocado una revisión completa de los principios básicos de la organización social y han echado por tierra dogmas tradicionales consagrados por el respeto secular.

La profunda transformación que los pueblos han experimentado a consecuencia de su desarrollo económico, de la preponderancia que ha adquirido el movimiento sindicalista, del crecimiento de las grandes urbes, de la generalización del espíritu democrático, de los nuevos descubrimientos científicos realizados y de la tendencia cooperativa cada vez más acentuada, ha producido una crisis en todas las disciplinas sociales, y el derecho, que es un fenómeno social, no puede dejar de sufrir la influencia de esa crisis.³

Tendencia ideológica que fue recogida por prácticamente todas las entidades federativas, algunas de las cuales⁴ adoptaron, sin más, el entonces nuevo Código Civil del Distrito Federal. Ideología que sigue siendo válida aunque las normas jurídicas que surgieron de ella sean ya insuficientes u obsoletas.

Han pasado 60 años desde la redacción del ordenamiento que citamos hasta nuestros días, en los cuales, además de las circunstancias históricas que ya señalamos —Expropiación Petrolera, Segunda Guerra Mundial, revolución verde—, tenemos el movimiento ferrocarrilero de 1957-1958, el estudiantil de 1968, la guerrilla urbana de la Liga 23 de Septiembre y la del estado de Guerrero de Genaro Vázquez, el movimiento en defensa del voto, hechos, entre otros, que cuestionan nuestro sistema político-económico y evidencian sus debilidades, mismas que, aunadas a la crisis mundial, han sumido al país en la crisis económica,

² Vid. Solís, Leopoldo, *Alternativas para el desarrollo*, 4a. ed., México, Joaquín Mortiz, 1980, *passim*; Hansen, Roger, *La política del desarrollo mexicano*, México, Siglo XXI Editores, 1980, *passim*.

³ García Téllez, Ignacio, *Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil mexicano*, México, 1936.

⁴ Como ejemplo tenemos el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí que entró en vigor el 15 de abril de 1947, siendo gobernador del Estado Gonzalo N. Santos.

política y social que atravesamos, la cual, al decir de los expertos,⁵ es la más grande del México moderno.

Estos hechos histórico-políticos aunados a los avances científicos y tecnológicos que vertiginosamente se están sucediendo unos a otros, nos obligan a revisar formas de vida e intercambio en comunidad.

Pensemos en los medios de transporte y comunicación que existían a principios de este siglo. Ahora recordemos la llegada del hombre a la Luna, los viajes interplanetarios, los aviones supersónicos.

Es cierto que el desarrollo de esta tecnología no está al alcance de todos y nos parece ajena,⁶ pero, a la par se han desarrollado otros medios de comunicación como la televisión, el telex y las computadoras. Su desarrollo ha abierto nuevos caminos para procesar y acceder a la información al mismo tiempo que vinculan a los hombres y mujeres de todo el mundo permitiendo que su comunicación sea prácticamente instantánea sin importar la distancia que los separe.

Otros ejemplos de los avances científicos y tecnológicos que cuestionan nuestra forma de pensar y las estructuras sociales en que vivimos son los desarrollados en el campo de la genética y en el de la cirugía plástica.

La genética ha hechado por tierra un principio heredado del derecho romano que parecía incuestionable: hoy en día, *mater non sempre certa est*. La fecundación científica es ya una realidad que pone en duda la maternidad llamémosle genética, de tal suerte que la mujer que pare no necesariamente es la madre genética del recién nacido. ¿Qué decir de la paternidad?

La cirugía plástica, por su parte, nos obliga a revisar en conciencia todo lo que creemos y pensamos sobre los derechos de la personalidad, especialmente el derecho sobre el propio cuerpo y el derecho a ser, pensar y vivir en forma diferente. Ejemplo concreto de esta conjugación es el transexualismo; fenómeno que es una realidad, muy a pesar de las estructuras morales de nuestra sociedad y que en algunos países ha empezado a remover desde la base varias de las instituciones de derecho civil y del derecho de familia.⁷

⁵ Cordera, Rolando y Tello, Carlos, *México: La disputa por la nación: perspectivas y opciones del desarrollo*, 3a. ed., México, Siglo XXI Editores, 1981, *passim*; Tello, Carlos, *La política económica en México, 1970-1976*, 4a. ed., México, Siglo XXI Editores, 1980, *passim*.

⁶ Sin embargo, no debemos olvidar que un mexicano formó parte ya de un viaje espacial.

⁷ Vid. Vecchi, Paolo Mario, "La fecondazione artificiale nel caso di mutamento di sesso in Italia e nella Germania Federal", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Milán, año XVI, núms. 3-4, julio-diciembre de 1987, pp. 1487-1501.

La tecnología, pues, está llevándonos a extremos que hace algunos años considerábamos posibles sólo en el medio novelesco de la ciencia ficción. La preocupación que deseamos externar apunta precisamente al desfase que actualmente existe en el ámbito del derecho, sobre todo en el derecho civil. Como punto de partida de nuestras reflexiones tomaremos una realidad concreta que afecta especialmente el derecho de las personas y de la familia: la fecundación artificial, para de ahí buscar cuáles son las razones que impiden al legislador actuar con mayor rapidez frente a las necesidades que la sociedad genera en su devenir histórico.

II. LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL

1. *Sus formas*

En primer lugar debemos aclarar qué entendemos por fecundación artificial. Ello en virtud de que oímos emplear el término como sinónimo de inseminación artificial o de fecundación o inseminación extracorpórea. Desde nuestro punto de vista, el término fecundación comprende los otros tres y se refiere a las manipulaciones médicas realizadas con gametos masculinos y femeninos —espermatozoide y óvulo— para buscar la concepción cuando ésta no se puede o quiere realizar a través de la cópula.

Esta fecundación en los seres humanos, hoy por hoy, se da en dos formas básicas: corpórea o extracorpórea, también conocida como *in vitro*. Ambas pueden realizarse con gametos de ambos padres o con gametos de donadores, ya sea por esterilidad de uno de los dos, de ambos o porque se trate de una mujer soltera. En el primer caso estamos frente a la fecundación homóloga y en el segundo frente a la fecundación heteróloga.

La fecundación artificial corpórea es una práctica frecuente para tratar algunos casos de infertilidad en la pareja que desea tener hijos. Pero es también una práctica bastante común para hacer concebir a mujeres solteras que no desean tener relaciones sexuales con ningún hombre.⁸ Se logra mediante la obtención vía masturbación de una muestra de líquido seminal, ya sea del compañero o marido de la mujer o de un donador y su introducción en la cavidad uterina de dicha mujer en el periodo fecundo, es decir, cuando de un folículo maduro

⁸ La autora de este ensayo conoce personalmente a varios hijos de madres solteras producto de la inseminación artificial, tanto en México como en Italia y en Suiza. Por razones obvias no está autorizada a dar mayores datos.

se desprende un óvulo e inicia su recorrido a través de las trompas de Falopio hacia el útero. Este intervalo se localiza aproximadamente a la mitad del ciclo menstrual. Sin embargo, para reducir el margen de fracaso, la mujer que va a ser inseminada artificialmente es tratada con hormonas y se controla el nivel de las mismas ya sea mediante el análisis de sangre o a través de la temperatura basal —práctica más usual—. Una vez depositado el líquido seminal en la cavidad uterina termina la manipulación artificial y sólo se controla a la mujer para diagnosticar lo más pronto posible el embarazo y tratar a la paciente con progesterona durante el tiempo que el médico juzgue conveniente de acuerdo con el caso concreto.⁹

La fecundación extracorpórea es un tratamiento que requiere hospitalización de la paciente, por lo tanto sólo se recurre a éste en casos extremos. Le siguen tres etapas: la obtención del óvulo maduro, su fertilización *in vitro* y su implantación uterina.

Para completar la primera etapa, en la actualidad se recurre a la inducción del crecimiento folicular a través de la administración de gonadotropinas exógenas con el fin de obtener por lo menos tres óvulos maduros. Con ultrasonido se controla el crecimiento folicular y cuando éste ha llegado a la madurez se practica en la paciente una laparoscopia para extraer de esos folículos los óvulos correspondientes, con lo que se completa la primera etapa y se pasa a la segunda llevando 3 o 4 óvulos de los obtenidos al laboratorio, en donde se obtiene la muestra del semen, ya sea del marido o de un donador, y mientras los óvulos completan su maduración el semen es centrifugado y lavado para aislar los espermatozoides y de 12 a 24 horas después de la laparoscopia se realiza la fecundación múltiple. Cuando el óvulo fecundado alcanza la etapa de mórula, termina esta segunda etapa e inicia la tercera con el traslado nuevamente de la paciente al quirófano para que le sean trasplantados varios embriones mediante una cánula *ex profeso*. Después de seis horas de esta implantación, la mujer es enviada a su casa previa prescripción de progesterona para disminuir el riesgo de un aborto. El resto del embarazo sigue el curso natural.¹⁰

⁹ Vellay, Pierre, *Desarrollo sexual y maternidad*, 3a. ed., Barcelona, Fontanella, 1974, pp. 21 y ss.

¹⁰ Zárate, Arturo y MacGregor, Carlos, "Fertilización extracorpórea: aspectos médicos y económicos", *Ciencia y Desarrollo*, México, año XI, núm. 65, noviembre-diciembre de 1985.

2. *Un abanico de posibilidades*

Con la tecnología descrita en el numeral que antecede, una de las cargas sociales que más pesan sobre hombres y mujeres ha sido vencida: la esterilidad de las parejas ha quedado atrás. No importa cuál sea la causa. Quien desea tener un hijo que le es negado por su propia configuración natural puede recurrir a una de las formas de fecundación artificial que están definitivamente incorporadas a nuestro quehacer cotidiano.

Como era de esperarse, ello abre un abanico de posibilidades muy amplio que cuestiona desde sus cimientos los principios en que se sustentan algunas instituciones jurídicas, entre ellas, evidentemente, está la filiación. Veamos las posibilidades:

a) Fecundación dentro del matrimonio: puede ser homóloga o heteróloga. En el primer caso paternidad y maternidad genética corresponderán a la paternidad y a la maternidad jurídica o social.

Las complicaciones aparecen con la fecundación heteróloga. Si la fecundación se realiza con semen de un donador y el óvulo de la esposa, tendremos un padre jurídico, uno genético y una madre tanto jurídica como genética; si la fecundación se realiza con el semen de un donador y el óvulo de una donadora implantados en la cavidad uterina de la esposa, tendremos un padre y una madre genéticos y un padre y una madre jurídicos; si la fecundación se realiza con el semen del marido y el óvulo de una donadora implantados en la cavidad uterina de la esposa, tendremos un padre que es a la vez genético y jurídico, una madre jurídica y una madre genética.

Con ello, los principios jurídicos fundamentales en la filiación desde el derecho romano han de consignarse entre signos de interrogación: padre ¿es el marido de la madre?, madre ¿es siempre cierta? El derecho atribuye a los cónyuges los hijos habidos en matrimonio pero, ¿es esto cierto?

b) Fecundación fuera de matrimonio. Para hablar de esta circunstancia se debe distinguir la pareja de concubinos de la mujer sola. Los concubinos, a través del reconocimiento, pueden establecer la filiación de sus hijos abriéndose las mismas posibilidades consignadas para los cónyuges, dependiendo del tipo de fecundación al que hayan recurrido para satisfacer su deseo de ser padre y madre.

Respecto de la mujer sola que desea tener descendencia, estaremos siempre ante la necesidad de recurrir a un donador para obtener el líquido seminal necesario para la fecundación. Ello implica que el padre será jurídicamente desconocido y genéticamente anónimo, por el

momento. Respecto de la madre tendremos la posibilidad de que lo sea tanto jurídica como genética o de que se tenga una madre genética y otra jurídica.

c) Maternidad subrogada. La fecundación *in vitro* ha abierto las puertas a la gestación por cuenta de otra.¹¹ Al mismo tiempo nos enfrenta a la posibilidad de tener tres madres de un solo hijo: la donadora del óvulo o madre genética; la portadora del embarazo desde la implantación del embrión en su útero hasta el nacimiento del niño o madre biológica, y la mujer que solicitó la subrogación o madre afectiva, misma que, al presentar como propio el hijo ante el Registro Civil, puede aparecer como la madre jurídica.

d) Fecundación *post mortem*. Dado que el avance tecnológico permite congelar el líquido seminal, de tal suerte que puede ser utilizado tiempo después de haberse obtenido la muestra, cabe la posibilidad de que una viuda se haga inseminar con el semen de su marido ya muerto, como fue el caso de Corinne Parplaix.¹² Con lo cual tendremos una paternidad genética demostrable, pero, jurídicamente, el hijo será considerado como habido fuera de matrimonio y no tendrá derecho a portar el nombre de su padre.¹³

3. Experimentación deshumanizada

Antes de buscar las respuestas que el derecho da a estos hechos, queremos asentar nuestra preocupación por los extremos a que se ha llegado y a los que se puede llegar con la manipulación genética.

La ciencia parece haber llegado al límite extremo permitido por la propia naturaleza: el ser humano es capaz de producirse y reproducirse a su antojo. A través de la centrifugación del líquido seminal, por ejemplo, ya se pueden separar aquellos espermatozoides de cromosomas masculinos de los femeninos, de tal manera que, con un mínimo de error, la persona interesada puede "solicitar" ser fecundada con unos u otros a su elección.¹⁴ Hecho aparentemente sin importancia pero que

¹¹ Realmente este no es un fenómeno exclusivo de nuestros días, recordemos que Ismael el hijo de Abraham fue concebido por Hagar a encargo de Sara la esposa de aquél. *Vid. Génesis*, 16.2.

¹² *Vid.* Robert, Jacques, "La révolution biologique et génétique face au exigences du droit", *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, núm. 5, septiembre-octubre de 1984, pp. 1269 y ss. Así como el trabajo sin firma "Filiación *post-mortem*", *Revista Internacional de Derecho Comparado*, Bruselas, núm. 2, 1984.

¹³ *Vid.* artículo 324 CC para el Distrito Federal.

¹⁴ *Vid.* Criscuoli, Giovanni, "Il problema del risarcimento del danno da procreazione 'non programmata': le risposte della giurisprudenza di *common law*", *Rassegna di Diritto Civile*, Nápoles, núm. 2, 1987, pp. 442 y ss.

crea la posibilidad de romper el equilibrio natural entre los sexos al propiciarse artificialmente mayor número de nacimientos de un solo sexo, lo que implica un riesgo latente para el género humano.

Por otro lado ¿qué se hace con los óvulos fecundados que no pudieron ser implantados en el útero de la paciente?, ¿humanamente es posible pensar en una libre experimentación en los mismos? Al grado que se ha llegado, en la biotecnología nada impide implantar un embrión humano en la cavidad uterina de una chimpancé. Nada impide, tampoco, provocar su desarrollo fuera del útero materno. Recordemos que anteriormente se pensaba que el óvulo no podía completar su maduración en un ambiente de laboratorio; sin embargo, actualmente en el laboratorio se ha creado un ambiente similar al del aparato reproductor de la mujer. ¿Cuánto tiempo tardarán en imitar las condiciones del útero en el laboratorio?, ¿cuánto tiempo más nos tardaremos en alcanzar el extremo imaginado por Aldous Huxley en su *Mundo feliz?*, ¿en cuánto tiempo más se desarrollará con el ser humano la fecundación asexual o clonación, es decir, aquella que se realiza mediante la sustitución del núcleo celular completo sin importar que se trate de esperma u óvulo?

La genética, como auxiliar del ser humano, atañe estrechamente su autocomprensión y el conocimiento de sus orígenes, no sólo el diagnóstico y corrección de malformaciones o la satisfacción de vencer la esterilidad y, por tanto, la satisfacción de tener descendencia... Sin embargo, es preocupante imaginar los extremos que se pueden alcanzar en su experimentación.

Luigi Lombardi Vallauri afirma que "... el hombre no se atreve a pasar más allá porque en el fondo advierte que haciéndolo se perdería a sí mismo. Y la pérdida de sí, de su propia identidad es ciertamente un sufrimiento al que no se puede afrontar".¹⁵

Por su parte Catherine Labrusse-Riou expresa: "La filiación que normalmente resulta de la procreación puede, por reducción del solo hecho biológico, despersonalizarse y, por lo mismo, el niño reducirse al estado cosa, objeto de negocio y de intercambio mercantil."¹⁶

Es preciso apuntar también que las manipulaciones genéticas *in vitro* hacen posible, ya, la determinación de los caracteres cromosómicos del embrión, de forma que cabe preguntarnos: ¿ello implica que más ade-

¹⁵ Lombardi Vallauri, Luigi, "Manipolazioni genetiche e diritto", *Rivista di Diritto Civile*, Padova, año XXXI, núm. 1, enero-febrero de 1985, pp. 1 y 2.

¹⁶ Labrusse-Riou, Catherine, "La filiation et la médecine moderne", *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, año XXXVIII, núm. 2, abril-junio de 1986, pp. 423-424.

lante se permita destruir el embrión sólo porque sus características no son las deseadas por el padre o la madre, o que se llegue al punto que la salud pública determine las características deseadas por las exigencias socioeconómicas?¹⁷

René Frydman¹⁸ afirma al respecto: “desarrollando la inseminación artificial, la donación de espermatozoides y de óvulos, la congelación de embriones, los médicos hemos rebasado el límite”. Por su parte Jacques Testart¹⁹ expresó:

No quiero deshacer al hombre... yo, investigador en procreación asistida, decidí parar. No la investigación para hacer mejor lo que ya hacemos (el tratamiento de la esterilidad), sino la que está al alcance de la mano, la selección genética que generará un cambio radical en la persona humana. Reivindico una lógica del descubrimiento, una ética de la no investigación...

III. EL DERECHO FRENTE AL FENÓMENO

1. Situación actual

El derecho mexicano estructura la institución de la filiación con base en los principios fundamentales de los sistemas jurídicos derivados del derecho romano y del derecho canónico que ya enunciamos. En México la maternidad es siempre cierta; el marido de la madre es el padre del hijo y a cada hijo sólo puede atribuírsele un padre y una madre.

El artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal (en adelante CC) señala que se presumen hijos de los cónyuges los nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio y los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del mismo. Por su parte, el artículo 325 del CC enuncia que contra esta presunción sólo se admite la prueba de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de

¹⁷ *Idem*, pp. 424 y ss., y Criscuoli, Giovanni, *op. cit.*, nota 14, pp. 442 y ss.

¹⁸ René Frydman es uno de los pioneros de la fecundación *in vitro*, el primero en implantar en Francia un embrión congelado. Es profesor y catedrático del hospital Antoine-Bedere en Clamart, Francia, autor del libro intitulado *El irresistible deseo de nacer*, cit. por Solís Cano, Pedro, *La inseminación artificial*, tesina elaborada en la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán, Mérida, 30 de septiembre de 1988, p. 3.

¹⁹ Testart, Jacques, colaborador de Frydman y autor del libro *El huevo transparente*, cit. por Solís Cano, Pedro, *op. cit.*, nota anterior, p. 4.

los 300 que han precedido al nacimiento. A mayor abundamiento, el numeral 374 del CC señala que el hijo de una mujer casada no puede ser reconocido por un hombre distinto del marido a menos que éste lo haya desconocido y se haya declarado que no es hijo suyo mediante sentencia ejecutoriada. Por su parte, el artículo 326 del CC establece "que ni aun alegando adulterio de la madre, el marido podrá desconocer al hijo a menos que se demuestre el extremo temporal que señalamos en el párrafo anterior o que el alumbramiento se le haya ocultado".

Al respecto, y en forma por demás acertada, Carmen García Mendieta apunta que las normas sobre el estado civil de las personas, en las que están incluidas las de la filiación, son normas de orden público y, por ende, de interpretación estricta, por lo cual no cabe la analogía como método interpretativo. Categóricamente afirma:

... aunque el esposo demostrara la existencia de inseminación artificial sin consentimiento (nosotros agregamos: aun con él) y, más aún produjese una prueba hematológica que pusiere de manifiesto una incompatibilidad de grupos sanguíneos con su supuesto hijo, ello carecería de relevancia jurídica: para la ley, ese hombre es el padre de ese hijo y estará sujeto a las obligaciones derivadas de su paternidad.²⁰

Por otro lado, el artículo 360 del CC señala que la maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta del solo hecho del nacimiento. En estos casos, el mismo numeral establece que la paternidad se determina por reconocimiento voluntario o por sentencia judicial que lo declare.

En relación con los concubinos, el artículo 383 del CC señala que se presumen hijos de ellos los nacidos después de 180 días contados a partir de que inició el concubinato y dentro de los 300 días siguientes al momento en que cesó la vida en común entre ambos.

Este esquema es repetido en los códigos civiles de las entidades federativas que integran nuestra república, incluidos los más nuevos, como son el Código Familiar de Hidalgo, el de Puebla, el de Tlaxcala y el de Quintana Roo. Aunque debemos hacer la salvedad de que en esta última entidad el artículo 867 de su ordenamiento civil en su fracción IV señala que se presumen hijos de los cónyuges los nacidos después de 300 días de disuelto el matrimonio. Más adelante, los ar-

²⁰ García Mendieta, Carmen, "Fertilización extracorpórea: aspectos legales", *Ciencia y Desarrollo*, México, año XI, núm. 165, noviembre-diciembre de 1985, p. 36.

tículos 872 y 875 de este mismo ordenamiento asientan que el “marido” puede desconocer al hijo nacido después de 300 días contados a partir de que tuvo lugar la separación conyugal dándosele acción a la mujer, al hijo o al tutor de éste para sostener la presunta paternidad. Se señala que en estos casos cualquier persona a quien perjudique dicha paternidad podrá contradecirla. Las críticas al Código Civil de Quintana Roo son evidentes; sin embargo, en esta ocasión no nos detendremos mucho en ellas, baste señalar que sólo en esta entidad existe la posibilidad de legitimar la filiación de un hijo habido mediante fecundación *post mortem*, aunque no creemos que ésta haya sido la intención del legislador, ya que, como en toda la república, se guarda un silencio absoluto respecto de la fecundación artificial.

Resumendo: para el derecho mexicano, y tratándose de hijos habidos fuera de matrimonio, la maternidad se desprende del hecho biológico del alumbramiento y la paternidad se presupone de un conjunto de hechos sociales que determinan la posesión de estado de hijo.²¹

Dado que la paternidad se presume respecto de los hijos habidos fuera de matrimonio, está permitida su investigación en los casos de raptó, estupro o violación, siempre y cuando la época del delito coincida con la de la concepción; cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre; cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba, viviendo maritalmente, con el presunto padre y cuando el hijo tenga un principio de prueba contra el pretendido padre.

La investigación de la maternidad se permite, en estos casos, siempre que la indagación no tenga por objeto adjudicar el hijo a una mujer casada. En esta investigación, que necesariamente ha de centrarse en el hecho del alumbramiento, según lo señalado en el artículo 360 del CC, se pueden utilizar cualquiera de los medios ordinarios de prueba.²²

Como observamos, el derecho civil mexicano en realidad no tiene cabida para el fenómeno de la fecundación artificial. Sin embargo, no se puede afirmar que sea ilícita —como dejan suponer algunos juristas mexicanos, entre los que está Chávez Ascencio—²³ dado que en la Ley General de Salud encontramos disposiciones que dan un marco de lici-

²¹ El artículo 384 CC señala que la posesión de estado para los hijos nacidos fuera de matrimonio se justifica demostrando por los medios ordinarios de prueba “que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia como hijo del primero y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento”.

²² *Id.* el artículo 385 del CC.

²³ Chávez Ascencio, Manuel, *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paternofiliales*, México, Porrúa, 1987.

tud tanto a las manipulaciones genéticas para experimentación como a la fecundación artificial.

En primer término se señala que el órgano competente para ejercer el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, es la Secretaría de Salud (artículo 313 de la Ley General de Salud en adelante LGS). Dicho ordenamiento permite tal disposición con fines terapéuticos, de docencia o investigación. Es decir, en México son lícitas las actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final (que puede ser, desde su conservación permanente hasta su desintegración) de órganos, tejidos y sus derivados, productos (entendido como tal todo tejido o sustancia excretada o expelida por el cuerpo humano como resultado de procesos fisiológicos normales en los que van incluidos la placenta y anexos de la piel) y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos (artículo 314 de la LGS). Sólo son ilícitas estas actividades cuando se realizan en contra de la ley y el orden público (artículo 320 de la LGS).

En esta misma Ley se contempla un capítulo relativo a la planificación familiar, en el que se señala que ésta es de carácter prioritario y que los servicios que se prestan al efecto constituyen "un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, con pleno respeto a su dignidad" (artículo 67 de la LGS). Dichos servicios comprenden, entre otros, el apoyo y el fomento de la investigación en materia anticonceptiva, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana (artículo 68, fracción IV, de la LGS).

Además existe disposición expresa en relación con los trasplantes de órganos o tejidos de seres humanos: en primer lugar esta actividad está permitida entre vivos cuando los órganos o tejidos no pueden obtenerse de un cadáver y cuando se lleven a cabo con fines terapéuticos, previa obtención de resultados satisfactorios en las investigaciones realizadas al efecto y siempre que representen un riesgo aceptable para la vida y la salud del donante y donatario (artículos 321 y 322 de la LGS).

Otro artículo que puede tomarse en consideración para integrar el marco jurídico de la fecundación artificial que nos ocupa es el 334 de la LGS, que establece:

Cualquier órgano o tejido que haya sido desprendido o seccionado por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito, deberá ser manejado en condiciones higiénicas y su destino final será la inci-

neración salvo que se requiera para docencia o investigación, en cuyo caso los establecimientos de salud podrán conservarlos o remitirlos a instituciones docentes autorizadas por la Secretaría de Salud y Asistencia, en los términos de los reglamentos respectivos.

Dentro de este ordenamiento, los artículos 349 y 350 señalan que el control sanitario del embrión estará a lo dispuesto por el título decimocuarto y que al feto sólo se podrá dar un destino final previa certificación de la muerte fetal.

Finalmente, en el título correspondiente a las sanciones, el artículo 466 de la LGS señala:

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

Tenemos, pues, por un lado, una gran dificultad para dar respuesta, dentro del marco de la legislación civil, a los problemas que se generan en la utilización de cualquiera de los métodos de fecundación artificial y, por otro, un ordenamiento administrativo que da un marco de legitimidad y legalidad a este tipo de manipulaciones genéticas siempre y cuando se desarrollen dentro de los lineamientos establecidos por la LGS y no se pretenda atribuir un recién nacido a una mujer que no sea *realmente* su madre o se pretenda presentar un niño al Registro Civil como hijo de personas que no lo son, pues ambas conductas tipifican un delito (artículo 277 del Código Penal para el Distrito Federal, en adelante CP).

Las interrogantes siguen, pues, sin una respuesta totalmente satisfactoria.

2. El derecho a la paternidad y a la maternidad

El esquema jurídico perfilado en el apartado anterior descansa en un derecho constitucional retomado por la legislación civil:²⁴ todo hombre y toda mujer tienen derecho a decidir libre, informada y responsablemente sobre el número y espaciamiento de sus hijos.

²⁴ Recordemos que el artículo 4 de la carta magna establece que todo hombre y toda mujer tienen derecho de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Derecho que es retomado por el artículo 162 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Así, el legislador mexicano reconoce la necesidad de un control de la natalidad y de la planificación familiar, incorporándose, con ello, a la preocupación mundial en torno a la sobrepoblación y a la toma de conciencia sobre la paternidad y la maternidad responsables. La respuesta de México satisface todas las conciencias y las creencias e induce —por lo menos en el texto de la ley— a la información y educación. El precepto constitucional garantiza que en nuestro país ninguna Margaret Sanger²⁵ será encarcelada por exigir la libertad de la mujer para decidir sobre el número de hijos que desea tener y permite que cada hombre y cada mujer, en conciencia y respondiendo a sus creencias y valores, determine la forma y los medios con que ha de llevar al cabo su decisión.

Esta decisión, evidentemente, tiene dos aspectos: uno, la no concepción fuera de lo programado y dos, el acceso a los avances técnicos para superar los obstáculos que la naturaleza pone a la deseada concepción. De esta forma el derecho —por lo menos si ese fuera el caso en lo que al texto legal se refiere— responde cabalmente a la realidad que se vive actualmente: la sexualidad y la concepción no están ya casuísticamente ligadas entre sí. En ambos aspectos la técnica médica ha liberado a la sexualidad de las cadenas que la unían a la concepción. La búsqueda del placer sexual y el deseo de tener un hijo se pueden manejar en dos planos distintos.

Es claro que la tendencia hacia el control de la natalidad oscurece el segundo aspecto. Ya una vez, haciendo referencia a los fines del matrimonio, argumentamos que el artículo 4 constitucional y el 162 del CC inclinan evidentemente la decisión de no tener hijos;²⁶ hoy evidenciamos que en este tipo de decisiones va implícito un derecho a la maternidad y a la paternidad.

Serge Regourd, partiendo desde las perspectivas de los derechos humanos, afirma que “el derecho a la vida puede ser interpretado, en su acepción más literal, como el derecho de ‘acceder’ a la vida, es decir, desde el punto de vista de los progenitores, como un derecho de dar vida, de procrear”.²⁷ Más adelante, reconociendo los dos aspectos que mencionamos anteriormente, señala:

²⁵ Feminista encarcelada por organizar manifestaciones exigiendo el respeto al derecho de toda mujer para decidir sobre su deseo de tener o no hijos y el número de éstos.

²⁶ Vid. Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, “Los fines del matrimonio”, *Anuario Jurídico*, México, vol. XIII, 1986, pp. 281 y ss.

²⁷ Regourd, Serge, “Les droits de l’homme devant les manipulations de la vie et de la mort. Problemes actuels en droit français”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Étranger*, París, núm. 2, 1981, p. 409.

Las 'manipulaciones genéticas' pueden tener por finalidad cualquiera de estos extremos: pueden consistir tanto las manipulaciones negativas, tendentes a rechazar el producto de la concepción, como las manipulaciones positivas encaminadas a dar la vida a un hijo incluso cuando las condiciones naturales se oponen.²⁸

Por su parte, Jacques Robert ante la pregunta sobre la existencia o no de un derecho a la procreación —llamado por nosotros derecho a la maternidad o a la paternidad— responde que la evolución de las costumbres, la liberación de la legislación en ciertos rubros y los avances científicos en el campo de la genética nos conduce a afirmar la existencia de tal derecho. Pero, no es un derecho irrestricto, ya que va íntimamente ligado al interés del hijo por nacer. No se puede afirmar, dice, que la maternidad y la paternidad se traduzcan en el derecho de tener un hijo sin importar las circunstancias de su nacimiento.²⁹

Trabucchi subraya con claridad esta circunstancia. Afirma:

La derivación biológica de los autores de la vida no agota la complejidad de las relaciones de paternidad y maternidad que tienen un valor para el derecho no tanto en el sentido cognoscitivo, sino porque acompañan al hombre en el tiempo después de su nacimiento. Como portadoras de deberes y derechos, respecto de un mismo sujeto, las dos personas que según la naturaleza son autoras en colaboración de la nueva vida se conciben generalmente en el ámbito de una comunidad elemental que es el núcleo familiar, y, en este ámbito, se reciben, normalmente, las figuras de la paternidad y de la maternidad.³⁰

Es de observarse, pues, que los juristas en el mundo entero empiezan a hablar de un derecho al hijo como parte de los derechos del hombre. Así, cada hombre y cada mujer puede y debe tener al alcance los medios para decidir si tiene o no un hijo y en qué condiciones. Es cierto que, hasta el momento, existe la tendencia generalizada de

²⁸ *Idem*, p. 410.

²⁹ Robert, Jacques, *op. cit.*, nota 12, pp. 1261 y ss.

³⁰ Trabucchi, Alberto, "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", *Rivista di Diritto Civile*, Padova, año XXXII, núm. 5, septiembre-octubre de 1986, p. 498. En este mismo sentido entendemos la afirmación de Aurea Violeta Guzmán quien en su artículo "La inseminación artificial, ¿maternidad de conciencia o de derecho?", *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. XIV, núm. 1, septiembre-diciembre de 1979, p. 67, dice: "El uso de la inseminación artificial se ha convertido en las últimas décadas en un medio de proveer niños a matrimonios que por razones de naturaleza fisiológica o psicológica están impedidos de tenerlos."

aceptar las manipulaciones genéticas sólo en el ámbito de las parejas hombre-mujer unidas en matrimonio, abriéndose un poco la tolerancia hacia los concubinos. Sin embargo, la realidad se proyecta más allá de estos límites de tolerancia: mujeres solteras e incluso parejas de mujeres homosexuales recurren a los avances técnicos para satisfacer su deseo de ser madres, para ejercer su derecho a la maternidad, obligando a revisar, como lo haremos más adelante, las estructuras familiares aceptadas y reconocidas en la actualidad.

3. *El derecho del niño*

El derecho a la paternidad y a la maternidad, en los términos descritos en el numeral que antecede, es indiscutible con sólo observar la parte correspondiente al padre y a la madre independientemente de las formas utilizadas y los recursos que se alleguen las personas interesadas en hacer realidad ese derecho o de las circunstancias que giren alrededor del futuro padre o madre. Sin embargo, ambos hechos —paternidad y maternidad— llevan implícitos la existencia de un nuevo ser: el hijo cuyos intereses han de ser tutelados. La discusión es moralmente similar a la establecida en torno al derecho de la mujer sobre su propio cuerpo y la protección del *nasciturus* en los casos del aborto.

Moralmente similar, pero no idéntica, ya que en estos casos estamos frente a un ser humano vivo, viable, a quien se debe garantizar un mínimo de salud, afecto y posibilidades de desarrollo; frente a un compromiso que conlleva toda la vida del niño y no sólo las consecuencias de evitar su nacimiento.

En Francia y en algunos otros países encontramos ya una primera tendencia a la sistematización de un derecho de la infancia o derechos del niño. Guy Raymond nos dice que

La legislación y la jurisprudencia consideran que, en relación al derecho, el niño no debe ser tratado como un adulto, pero que tampoco debe ser sometido a reglas que lo releguen a calidad de objeto sin alma; legisladores y jueces tienen en cuenta que el niño necesita protección, pero también tienen presente el hecho de que éste es capaz de manifestar una voluntad que se debe saber escuchar y respetar.³¹

³¹ Raymond, Guy, *Droit de l'enfance* (colab. Christiane Barreteau-Raymond), 2a. ed., París, Librairies Techniques, sin fecha, p. IX.

El niño ya no es un asunto exclusivo de la familia, su vida, educación y desarrollo competen a la sociedad entera, al Estado como abstracción organizativa de dicha sociedad.

Las medidas jurídicas que una comunidad establece para garantizar al niño los mínimos de bienestar y respeto en tanto alcanza la edad adulta, son reflejo de una civilización que evoluciona y busca el cambio hacia estructuras sociales más equitativas.

Las normas que integran este sistema de derechos del niño se pueden agrupar en dos grandes rubros, según la estructuración presentada por Raymond: aquellas referidas a las relaciones del niño con la familia y las referentes a las relaciones del niño con la sociedad. En el primer grupo está, por ejemplo, la institución de la filiación y en el segundo las normas penales de protección a la infancia, como serían la penalidad por infanticidio o abandono de infante, entre otras muchas de carácter, incluso, administrativo.

Esta estructuración responde cabalmente a una concepción tradicionalista sobre los fenómenos de la concepción. Sin embargo, no arroja ninguna luz sobre la situación específica del niño nacido a través de algunos de los métodos artificiales. El bienestar, la seguridad material y afectiva del niño han de estar garantizados aun en el supuesto particular de su concepción artificial.

Albin Eser sostiene que debe buscarse un equilibrio entre el interés de los progenitores y el interés del niño, por ello se deben evaluar todas las consecuencias físicas y psíquicas de la mujer que desea tener un hijo, pero también deben analizarse todas las circunstancias externas a ella e incluso sopesar la incertidumbre del resultado final. Hace hincapié en la necesidad de ponderar más conscientemente de lo que se ha hecho hasta ahora los intereses personales del niño frente a posibles daños tanto físicos como psíquicos.³²

En este contexto podemos hablar de un derecho al afecto inherente a su dignidad como ser humano, que está íntimamente ligado con el derecho a conocer sus propios orígenes. ¿Qué queremos decir con esto? En primer lugar el niño tiene derecho a que se le considere y respete como partícipe de la naturaleza humana; el niño no es un objeto de comercio, verdad incontestable que, sin embargo, se descuida en manipulaciones como el arrendamiento de útero en donde no sólo es el objeto de un "contrato" entre la "madre biológica" y la "madre so-

³² Eser, Albin, "La genetica umana alla luce del diritto tedesco. (Considerazioni giuridiche e politico-sociali con riferimento al patrimonio ereditario umano)" (trad. de Adelmo Manna), *L'Indice Penale*, Padova, año XX, núm. 3, septiembre-diciembre de 1986, *passim*.

cial", sino que se crea un conflicto afectivo entre ambas madres que se puede transmitir al niño. Es de recordar que existe una tendencia en la actualidad entre psicólogos y pediatras a considerar como factor de gran importancia la energía que se da entre la gestante y el producto de su gestación, de tal suerte que si esta energía transmite los deseos de ser madre, la ilusión de un embarazo buscado, el afecto que se tiene por el futuro hijo desde que está en el útero materno impactará este hijo en forma positiva proporcionándole un mejor "equipo" psicológico para enfrentar su desarrollo que el de un niño no deseado.³³ Ahora bien, cabe preguntar, la mujer que pare un hijo por cuenta de otra ¿puede transmitir esta energía positiva?, ¿puede desear con afecto ese producto de su preñez o sólo la mueve el beneficio económico que le aporta el arrendamiento de su útero? La respuesta que se dé a estas interrogantes incide en lo que definimos como el derecho al afecto.

Algunas autoras, como Catherine Labrusse-Riou y Jacqueline Rubellin-Devechi,³⁴ señalan que existe el derecho del niño a tener un padre y una madre; nosotros no compartimos esta opinión, ya que, desde nuestro punto de vista, responde a una determinada concepción de la familia que nos ha sido introyectada y que, creemos, debe cambiar si coincidimos con los argumentos por ellas expuestos para sustentar este derecho, ya que tales argumentos hablan de la necesidad de afecto que tiene el niño y del deber de los padres de proporcionárselo. Afirmamos, tomando en cuenta la propia naturaleza humana, que el niño necesita sentir un ambiente afectuoso desde su concepción para ser un hombre o una mujer sanos desde el punto de vista psicológico. Éste es, pues, uno de los intereses del niño que debe protegerse aun en el caso particular de su concepción artificial.³⁵

Este interés del niño está ligado a otro: el conocimiento de sus propios orígenes, tanto por la seguridad psicológica que esto implica como por una necesidad de conocer los antecedentes genéticos para la atención de su salud.

Dentro de la psicología³⁶ se argumenta que todo ser humano tiene un interés fundamental de conocer sus propios orígenes. Ello le da un

³³ Vid. Ramírez, Santiago, *Infancia es destino*, 5a. ed., México, Siglo XXI Editores, 1981, pp. 11 y ss.; Cáceres Díaz, Julio, *Los hijos... jueces silenciosos*, 7a. ed., México, Colección Nueva Educación, sin fecha, *passim*.

³⁴ Labrusse-Riou, Catherine, *op. cit.*, nota 16, *passim*; Rubellin-Devechi, Jacqueline, "Les procreations assistées: état des questions", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, París, año 86, núm. 3, julio-septiembre de 1987, *passim*, esp. pp. 464 y ss.

³⁵ Vid. Fromm, Erick, *El arte de amar*, México, Paidós Estudio, 1983, *passim*.

³⁶ Vid. esp. las obras de Erick Fromm, entre otras, *El arte de amar*, *cit.*, nota

sentido de pertenencia a un grupo social determinado y satisface esa necesidad de trascendencia vital para la salud mental de todo hombre y toda mujer. La duda sobre estos orígenes puede provocar un desequilibrio afectivo más o menos grave —sobre todo en la adolescencia— dependiendo de las estructuras familiares y el contexto educativo en que se desarrolle el niño en cuestión.³⁷ El desarrollo de una personalidad psicológicamente sana es uno de los argumentos a favor del derecho que cada ser humano tiene de conocer sus propios orígenes; sin embargo, no es el único. En el marco de la reunión anual de la Asociación Henri Capitant llevada al cabo en Quebec se discutió la relación entre verdad y derecho a la ley, entre otros temas de la fecundación artificial. En estas discusiones Bertha María Knoppers resaltó la importancia que tiene el conocimiento de los antecedentes genéticos de las personas en el tratamiento de algunas enfermedades y la prevención de otras. Este derecho incide, pues, en el derecho a la salud del niño no sólo en lo que hemos denominado el derecho al afecto.³⁸

Al profundizar en estos aspectos no podemos dejar de advertir la nueva perspectiva de la protección jurídica que existe hacia el *nasciturus*: si el bagaje afectivo se adquiere desde la concepción y si el equipo genético del no nacido determinan toda su vida desde su nacimiento hasta su muerte es conveniente tanto desde el punto de vista ético, como desde el punto de vista jurídico, replantear dicha protección al *nasciturus* no ya para salvaguardar posibles derechos patrimoniales en el caso de las sucesiones o para limitar o liberar el aborto, sino para salvaguardar precisamente la dignidad humana.

No pretendemos abundar en la argumentación utilizada para atacar o defender el derecho al aborto acerca del momento en que el embrión es propiamente persona. Deseamos dejar claro que, desde nuestro punto de vista, el embrión vivo es un producto humano que difiere de otros —como la sangre, el semen y el ovario— precisamente por el hecho de ser ya la expectativa de vida de un nuevo hombre o una nueva mujer. En virtud de ello y teniendo en cuenta la dignidad del niño por nacer y sus derechos, afirmamos categóricamente que el embrión

anterior; *El corazón del hombre. Su potencia para el bien y para el mal*, México, FCE, 1985; *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea*, México, FCE, 1982.

³⁷ Desde el punto de vista del análisis jurídico *vid.* Patti, Salvatore, "Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Milán, año XVI, núms. 3-4, julio-diciembre de 1987, pp. 1315 a 1323.

³⁸ Knoppers, Bertha María, "Verité et information de la personne", *Revue Générale de Droit*, Montreal, vol. 18, núm. 4, 1987, *passim*.

humano vivo no puede ni debe estar en el comercio; vivo no puede ni debe ser objeto de experimentaciones salvo cuando éstas tengan como fin exclusivo las acciones terapéuticas encaminadas a su desarrollo y posterior nacimiento del niño o niña de que se trate.³⁹

IV. NECESIDAD DE Y OBSTÁCULOS PARA EL CAMBIO

1. Necesidades

De lo expresado hasta aquí resulta evidente la insuficiencia del marco jurídico vigente para resolver todos y cada uno de los problemas que representan para la filiación los nuevos métodos de fecundación artificial. La realidad que vivimos exige un cambio en nuestro marco jurídico, sobre todo para cubrir por lo menos siete necesidades básicas que hemos detectado: *a)* la reestructuración de la institución de la filiación para dar cabida a los supuestos que surgen de las diferentes formas de fecundación artificial; *b)* definir y garantizar los derechos del niño al afecto, a la salud y al conocimiento de sus propios orígenes; *c)* definir los límites de la responsabilidad penal en las manipulaciones genéticas y las fecundaciones artificiales; *d)* definir los límites de la responsabilidad civil en los supuestos del punto anterior; *e)* establecer mecanismos de control sobre los bancos de gametos humanos tanto masculinos como femeninos; *f)* establecer mecanismos de control sobre las fecundaciones artificiales tanto en los aspectos meramente sanitarios como en la información confidencial de cada caso, y *g)* perfilar los límites de licitud a la investigación y a las manipulaciones genéticas.

Evidentemente no es una tarea sencilla. Cada una de estas necesidades implica el cuestionamiento de los principios y valores que nos han sido introyectados por la estructura social en que vivimos. Sin embargo, los juristas debemos hacerle frente, abandonar la actitud pasiva y conservadora para abrir nuevos horizontes en esas estructuras que el propio sistema, a través de los avances científicos, está cuestionado.⁴⁰

³⁹ Para profundizar sobre este punto, *vid.* Robert, Jacques, *op. cit.*, nota 12, *passim*; asimismo, Lombardi Vallauri, Luigi, *op. cit.*, nota 15, *passim*.

⁴⁰ Son muchos los juristas que se preocupan en la actualidad por enfrentar esta tarea. Algunos de ellos ya han sido citados en este trabajo, como son Alberto Trabucchi, Catherine Labrusse-Riou, Jacqueline Rubellin-Devechi, Carmen García Mendieta, Manuel Chávez Ascencio, a los cuales nos sumamos pretendiendo abarcar en nuestro análisis el cuestionamiento de la ideología que obstaculiza el avance de la norma jurídica frente a esta realidad.

La aparición de padre y madre genéticos, biológicos y afectivos son la oportunidad de revisar a fondo los conceptos de filiación y parentesco haciendo hincapié en los intereses del niño y en la responsabilidad del adulto o los adultos implicados; reconociendo que, tratándose de hombres y mujeres casados o unidos en concubinato, la maternidad es un asunto de dos y no exclusivamente de la mujer; admitiendo que el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos es un derecho que se ejerce haciendo uso tanto de los medios anticonceptivos para no tener más hijos de los que se desean, como de los avances en materia de fecundación artificial para buscarlos ahí donde las circunstancias no hacen posible —o deseable— la fecundación a través de la cópula.⁴¹

Respecto de la definición y garantía de los derechos del niño al afecto, a su salud y al conocimiento sobre sus orígenes, es importante tener presente que esta definición abarca los otros seis rubros enlistados y que si bien es cierto que ninguna norma garantiza por sí sola el efectivo ejercicio de un derecho más allá de los obstáculos políticos, económicos, ideológicos o meramente derivados de la conflictiva naturaleza humana, el esfuerzo de definirlos y presentarlos como una garantía cumple una función educativa sumamente importante en la búsqueda de ese cambio hacia una sociedad más justa. A través de una norma de observancia general, se pueden, y deben, introyectar estos nuevos valores como nos han sido introyectados los que hasta ahora rigen nuestras vidas.⁴²

⁴¹ Para mayor abundamiento sobre esta tarea, *vid.* Trabucchi, Alberto, *op. cit.*, nota 30, *passim*; Canaci, Olindo y Sparpaglione, Roberto, "A propósito di ingegneria genetica: osservazioni giuridiche e psicologiche sull'inseminazione artificiale eterologa", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Milán, año XVI, núms. 3-4, julio-diciembre de 1987, pp. 1475 y ss.; Silva Ruiz, Pedro, "El derecho de familia y la inseminación artificial *in vivo* e *in vitro*", *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, San Juan, vol. 48, núm. 1, enero-marzo de 1987, p. 31, en donde encontramos información sobre el Código de Familia de Costa Rica, en el que hay disposición expresa en torno a la inseminación artificial desde 1975; Labrusse-Riou, Catherine, *op. cit.*, nota 16, *passim*; Sisto, Francesco Paolo, "*Mater non sempre certa est: La gestazione per conto terzi fra (pieni) di scienza e (vuoti) di legislazione*", *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, Milán, año XVI, núm. 304, julio-diciembre de 1987, *passim*; dicho autor hace hincapié en la necesidad de definir varios términos referidos a la filiación y al parentesco frente a la nueva tecnología.

⁴² Posiblemente el más conflictivo de estos derechos es el conocimiento de los propios orígenes, precisamente porque atenta contra la "necesidad" de mantener el anonimato de los donadores en la fecundación artificial heteróloga. Necesidad que no entendemos, pues está fundamentada en una supuesta protección de la intimidad y armonía familiar de los donadores, argumento que, desde nuestro punto de vista, parece indicar que a los diferentes grupos que moldean la opinión pública se les

Frente a esos derechos tutelares del interés o intereses del niño se debe delimitar claramente una responsabilidad penal de quienes atentan contra ellos, aun en el caso de que de buena fe y pretendiendo "hacer la felicidad del niño" se oculten o falseen los datos sobre la circunstancia particular de su gestación y nacimiento. Además, es necesario fijar responsabilidad penal para médicos e instituciones que con engaños obtengan gametos humanos para sus investigaciones o que practiquen la fecundación artificial sin el consentimiento expreso de la o los pacientes.⁴³

Por lo que respecta a la responsabilidad civil podría, desde luego, ubicarse, llegado el caso, dentro de los márgenes de la legislación vigente, en especial por lo dispuesto en los artículos 1910, 1913 y 1915 del CC. Incluso se puede exigir la separación del daño moral en los términos del artículo 1916.⁴⁴ Sin embargo, dada la importancia que

olvida que la donación de semen o de óvulos está totalmente desvinculada de cualquier contacto sexual entre el donador o donadora y la receptora, con lo cual este tipo de consideraciones moralistas sobre la paz y armonía familiar de aquéllos, carecen de valor. Sobre el particular se puede consultar: Knoppers, Bertha María, *op. cit.*, nota 38; Patti, Salvatore, *op. cit.*, nota 37; Baudouin, Jean-Louis, "La vérité dans le droit des personnes: aspects nouveaux", *Revue Générale de Droit*, Montreal, vol. 18, núm. 4, 1987, *passim*; Rivet, Michèle, "La vérité et le statut juridique de la personne en droit québécois", *Revue Générale de Droit*, Montreal, vol. 18, núm. 4, 1987, *passim*; Rubellin-Devechi, Jacqueline, *op. cit.*, nota 34, *passim*.

⁴³ *Vid.* Guzmán, Aurea Violeta, *op. cit.*, nota 30, pp. 72 y ss.; Trabucchi, Alberto, *op. cit.*, nota 30, pp. 500 y ss.

⁴⁴ En dichos preceptos se establece: Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Artículo 1913. Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Artículo 1915. La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios. Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima. Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes. Artículo 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sen-

esto reviste para la vida y el desarrollo del niño o niña en particular, la necesidad se presenta en términos de una definición clara de la responsabilidad médica en estos casos. Ahora bien, esta delimitación no se agota ahí: el padre, la madre y los donadores también tienen una responsabilidad civil frente al hijo concebido artificialmente. Responsabilidad que trasciende los límites de la filiación y sus efectos jurídicos. Los donadores tienen una responsabilidad que va más allá de su deseo de conservar el anonimato respecto de su acto; una responsabilidad que no se limita al cuestionamiento sobre la causalidad de su acción. Es cierto que no desean ser padres o madres, simplemente donan sus gametos para facilitar la paternidad o la maternidad de otros, pero en esa donación es importante resaltar que transmiten todo un patrimonio genético que determina biológicamente al niño, por lo tanto deben ser responsables frente a ese niño de esa transmisión.⁴⁵

El establecimiento de un control sobre bancos de gametos humanos es importante precisamente para proteger el derecho a la salud del niño y, eventualmente, de la madre. Lo mismo sucede con la necesidad de implantar mecanismos de control directamente sobre las prácticas de fecundación artificial —médicos y establecimientos que las realicen—, así como de los expedientes que deben existir de cada intervención que se realice.⁴⁶

Finalmente, la tarea de imponer límites a la investigación y a las manipulaciones genéticas está directamente afectada por la necesidad de preservar nuestra dignidad como seres humanos. Trabucchi⁴⁷ apunta, con gran acierto, que la genética humana es un ámbito demasiado importante y delicado como para dejársele sin control en manos de los técnicos en la materia confiando exclusivamente en su ética profesional. Desde nuestro punto de vista, toda experimentación que se rea-

timientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración, y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1928, ambas disposiciones del presente Código.

⁴⁵ En este sentido *vid.* Albin, Eser, *op. cit.*, nota 32, pp. 568 y 569.

⁴⁶ En otros países existen demandas de control similares. Están, por ejemplo, las recomendaciones de la comisión Santossuoso en Italia, o los trabajos de la Asociación Henri Capitant dentro de su reunión anual con sede en Quebec, Canadá. *Vid.* la *Revue Générale de Droit*, Montreal, vol. 18, núm. 4, 1987, en la que aparecen las intervenciones de quienes asistieron a dicha reunión.

⁴⁷ Trabucchi, Alberto, *op. cit.*, nota 30, pp. 495 y 496.

lice con híbridos hombre-animál debe quedar prohibida expresamente y ser severamente sancionada. Lo mismo podemos decir de toda aquella investigación o manipulación que, al no estar directamente vinculada con el tratamiento terapéutico de un caso concreto, degrade el sentido de la dignidad de que está investida la naturaleza humana.⁴⁸

2. Moral e ideología, obstáculos a vencer

La abundancia de literatura en torno al tema que nos ocupa parece indicar que existe una conciencia clara de las necesidades que debe satisfacer una correcta reglamentación de la fecundación artificial, el cual, hoy por hoy, es un recurso de la medicina al alcance de quien lo desee. Es un recurso que, querámoslo o no, ha convulsionado más de un centro de conocimiento humano: moralistas, filósofos, juristas, psicólogos, sociólogos, politólogos, cuestionan principios y estructuras que parecían definitivamente consagrados en el quehacer humano. Sin embargo, esto no se ha visto reflejado en la legislación de nuestro país, la insuficiencia de las normas de la filiación para resolver los problemas de esta fecundación es evidente y no existe una razón válida para el silencio legislativo dado que en México se practica ya con éxito incluso la fecundación *in vitro*. ¿Qué obstáculos debemos vencer para obtener la respuesta legislativa que el fenómeno requiere? Desde nuestro punto de vista son dos: la moral imperante en nuestra sociedad y la ideología en que ésta se sustenta. Recordemos que el derecho se ajusta a un particular proyecto de vida social, a las circunstancias políticas y económicas que vive una sociedad en un momento histórico determinado y, sobre todo, el derecho es impuesto por los grupos en el poder, como una forma de control social, como el medio idóneo para crear un determinado carácter social, entendido éste como esa estructura interna compartida por la mayoría de los miembros de una misma comunidad, de una misma cultura que tiene por objeto canalizar la energía de los hombres y mujeres de dicha comunidad y moldear su conducta. En la formación de un determinado carácter social inciden factores de diversa índole, entre los que se incluyen los ideológicos, a fin de crear condiciones objetivas y culturales estables.⁴⁹

⁴⁸ Vid. Robert, Jacques, *op. cit.*, nota 12, *passim*; Trabucchi, Alberto, *op. cit.*, nota 30, *passim*; Rubellin-Devecchi, Jacqueline, *op. cit.*, nota 34, *passim*; Lombardi Vallauri, Luigi, *op. cit.*, nota 15, *passim*.

⁴⁹ Vid. Díaz Marroquín, Hilda, "Carácter y defecto socialmente moldeados", *Erick Fromm y el psicoanálisis humanista*, 2a. ed., México, Siglo XXI Editores, 1982; Fromm, Erick, *El miedo a la libertad*, México, Paidós, 1983, pp. 48 y ss.

Moral y derecho son dos sistemas normativos que traducen esa ideología. Los sustentos de las “buenas costumbres” son los usos sociales. Son las reglas del juego, la estructura social que debemos aprender para vivir en la sociedad y ser aceptados por ella. Reglas que nos son inculcadas por el proceso educativo —léase socialización— a que somos sometidos desde nuestro nacimiento, de tal suerte que actuamos y respondemos “espontáneamente” dentro de los moldes o límites fijados por esas reglas para hacer tolerable —y manejable— la convivencia humana, ese hecho fatal, ajeno a nuestra voluntad; ese proceso social necesario, inmediato y universal para todo hombre y toda mujer.⁵⁰ Erick Fromm nos dice que todo hombre y toda mujer son siempre una manifestación de la naturaleza humana, pero esta manifestación está determinada por la organización social en que vive.⁵¹ Por su parte, Ortega y Gasset afirma que la sociedad es un conjunto de usos, que, por un lado, se nos impone y, por otro, lo sentimos como una instancia de amparo. Ello implica que la esencia de la sociedad es el poder que ella tiene frente al individuo. La opinión de la comunidad, la opinión pública lleva consigo y se sustenta en ese poder, pero también lo hace funcionar en las diferentes dimensiones de la convivencia, de la existencia colectiva.⁵²

Marx y sus teóricos explican con claridad cómo el orden normativo (moral y derecho) es un reflejo de la ideología de los grupos en el poder, es la superestructura que controla y encauza la estructura social de un modelo económico determinado y reproducido por esos grupos en el poder.⁵³ La familia no escapa de este fenómeno, al contrario, en su seno se asimilan las reglas del juego y su ideología, se socializa (educa y condiciona) a los hombres y mujeres para que cumplan el papel que la estructura social les ha asignado.

Los juristas nos dedicamos a estudiar e interpretar al derecho dentro del carácter social de nuestra comunidad, pues participamos de él así como de la ideología que está inmersa en ese determinado carácter social.⁵⁴ Por ello, no nos extraña leer los análisis que juristas del mun-

⁵⁰ Vid. Sánchez Azcona, Jorge, *Familia y sociedad*, 3a. ed., México, Joaquín Mortiz, pp. 53 y ss.

⁵¹ Vid. Fromm, Erick, *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea*, México, FCE, 1982, pp. 19-20.

⁵² Ortega y Gasset, José, *El hombre y la gente*, 2a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, sin fecha, p. 218.

⁵³ Marx, Karl, *Contribución a la crítica de la economía política*, México, Siglo XXI Editores, 1980, *passim*; Stoyanovitch, Roustantín, *El pensamiento marxista y el derecho*, México, Siglo XXI Editores, 1989.

⁵⁴ Vid. Lumia, Giuseppe, *Principios de teoría e ideología del derecho*, Madrid,

do capitalista occidental hacen sobre el tema de la fecundación artificial. La reticencia al cambio, las críticas que se hacen a estas manipulaciones, los argumentos psicológicos sobre el interés del niño y de la familia, todo se hace desde la ideología de la moral judeo-cristiana que impera en este mundo occidental. Es cierto que dentro de estos análisis existen diferentes corrientes que van desde el conservadurismo radical hasta una relativa tolerancia. Ahora bien, esta relativa tolerancia alcanza exclusivamente a la aceptación de la fecundación artificial que se dé dentro del esquema patriarcal de la familia. Las voces que se levantan pidiendo respuestas son siempre desde este esquema y condenan rotundamente cualquier otra alternativa, como lo es la familia unipersonal.

Por ejemplo, Labrusse-Riou⁵⁵ sostiene que el acceso a la procreación artificial debe estar reservado a parejas heterosexuales vivas en casos de esterilidad o de riesgos de transmisión de enfermedades hereditarias. Albin Eser,⁵⁶ por su parte, afirma que el procedimiento de fertilización puede ser problemático como tal.

No tanto porque la fertilización *in vitro* sería ya un procedimiento humanamente reprobable, sino porque el niño de probeta debe su nacimiento a una unión extracorporal de óvulo y semen, hecho moralmente dudoso a causa de la diferencia entre acto procreativo amoroso y extracorporal.

Pierre Kayser⁵⁷ nos ofrece las opiniones de tres comunidades religiosas, todas dentro de la tradición judeo-cristiana. Para la Iglesia católica, nos explica, desde Pío XII la inseminación artificial homóloga no es admitida salvo el caso en que este procedimiento no sustituya al acto conyugal y sea utilizado como una ayuda para alcanzar los objetivos naturales del matrimonio. Para la comunidad protestante francesa los médicos de procreación artificial en que no se recurra a terceros pueden ser vistos como simples paréntesis técnicos en la relación conyugal. Tampoco la comunidad judía rechaza la inseminación homóloga cuando se utiliza terapéuticamente para salvar la esterilidad masculina. Ahora bien, las tres comunidades condenan con mayor o menor énfasis los demás métodos de fecundación artificial.

Debate, 1977; Cardozo, Benjamín, *La naturaleza de la función judicial*, Buenos Aires, Arayú, 1955, pp. 3 y ss.

⁵⁵ Labrusse-Riou, Catherine, *op. cit.*, nota 16, p. 435.

⁵⁶ Eser, Albin, *op. cit.*, nota 32, p. 569.

⁵⁷ Vid. Kayser, Pierre, "Les limites morales et juridiques de la procreation artificielle", *Recueil Dalloz*. París, Sirey, núm. 27, 9 de julio de 1987, *passim*.

Dentro de los conservadores más radicales llegamos a encontrar posturas en las que equiparan a la fecundación artificial heteróloga con el adulterio o la infidelidad.⁵⁸ Quienes hablan de mantener intacta la institución familiar y la necesidad de protegerla de la "grave amenaza" de su destrucción representada por "la posible introducción fraudulenta de un intruso: el hijo de un tercero".⁵⁹ Quien recomienda la orientación religiosa y espiritual a las parejas que recurran a la inseminación artificial para eliminar los cargos de conciencia.⁶⁰

En estos análisis encontramos una gran dificultad para aceptar una realidad: sexualidad y concepción no son ya, como lo afirmamos anteriormente, dos hechos irremediablemente unidos como causa-efecto, y para detectar una necesidad: la reestructuración de la familia desde todos sus prismas. Para aceptar una y detectar la otra necesitamos primero salvar los obstáculos morales e ideológicos que siglos de aculturación nos han impuesto.

3. *Revisión de la estructura familiar*

Por la limitación de espacio no nos adentraremos a explicar los orígenes de la estructura patriarcal de las familias occidentales de hoy en día. Es cierto que no existe una sola forma para estos grupos. Ya en otra ocasión habíamos reconocido la imposibilidad de hacer un retrato hablado de la familia contemporánea válido para todo México.⁶¹ Mayor dificultad sería intentarlo para todo el mundo occidental. Sin embargo, existe un común denominador dentro de la variedad: la existencia de una trilogía padre-madre-hijo que hasta ahora había resistido las transformaciones que le fue imponiendo la evolución de la humanidad. Ralph Linton⁶² nos dice que esta trilogía básica aún resiste las presiones internas y externas que el futuro le depara. Nosotros estamos

⁵⁸ Entre ellos están Chávez Asencio, Manuel, *op. cit.*, nota 23, cap. V; Cuello Calón, Eugenio, "En torno a la inseminación artificial en el campo penal", *Revista Jurídica Veracruzana*, Xalapa, t. XII, núm. 3, mayo-junio de 1961, *passim*; Torres Rivero, Arturo Luis, "Derecho de familia y desarrollo", *Actas Procesales de Derecho Vivo*, Caracas, vol. IX, núms. 26-27, pp. 209 y ss.

⁵⁹ Soto Reyna, René, "Aspectos médicos legales de la inseminación artificial en seres humanos", *Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango*, Durango, núms. 20-21, enero-marzo de 1986.

⁶⁰ Guzmán, Aurea Violeta, *op. cit.*, nota 30, p. 81.

⁶¹ *Id.* Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, "Perspectivas sociojurídicas de las relaciones familiares", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XX, núm. 59, mayo-agosto de 1987, pp. 570 y ss.

⁶² Linton, Ralph, "Introducción a la historia natural de la familia", en Fromm, Erick *et al.*, *La familia*, 5a. ed., Barcelona, Ed. Península, 1978.

convencidos de ello, pero reconocemos que junto a esta trilogía los descubrimientos genéticos modernos han abierto la puerta para otro tipo de familias.

Desde el momento en que la fecundación artificial permite a la mujer procrear sin necesidad de tener contacto sexual con algún hombre tenemos, como una realidad palpable en nuestros días, un nuevo tipo de familia en donde no existe el padre desde el origen por voluntad de la mujer. Como fenómeno jurídico, la familia será unipersonal con la madre como único adulto responsable y el o los hijos. Fenómeno que no es del todo extraño, pues ya la adopción lo permite, aunque la ausencia de padre es más profunda en el caso de la fecundación artificial que en la adopción. Existe casi un consenso universal de oposición a la fecundación artificial de mujeres solteras porque se "ataca" la estabilidad emocional del hijo; sin embargo, este argumento caerá por su propio peso cuando se reconozca que esta estabilidad depende no de la existencia de un padre sino de las relaciones afectivas que ese hijo establezca con su madre y con su entorno, exactamente igual que sucede con el sinnúmero de hijos de padre desconocido, de todos los irresponsables que después de haber embarazado a una mujer la abandonan para no hacerse cargo de su paternidad; ¿cuántas madres solteras hay en México?, ¿por qué no protestan los moralistas contra este fenómeno social ajeno a las expectativas de esas mujeres y sí claman en contra de la mujer que desea ser madre sin recurrir al varón? La aceptación sociológico-jurídica de este hecho es imperiosa precisamente para la estabilidad emocional de los hijos.⁶³

Una mayor dificultad en el ámbito jurídico encontramos en la aceptación de la familia bipersonal en donde los miembros adultos sean dos mujeres o dos hombres. Recordemos que no es un fenómeno sociológico presente en nuestro mundo. Con mayor frecuencia parejas de lesbianas recurren a la inseminación artificial de una de ellas para procrear un hijo(a) al que ambas cuidan y atienden en un ambiente afectivo como el existente en cualquiera de nuestras familias heterosexuales. Lo mismo sucede con los hombres homosexuales, sólo que la formación de la familia entre ellos es a través de la adopción del hijo y no a tra-

⁶³ Jacqueline Rubellin-Devechi, entre otros, recomienda tomar en consideración la opinión de psicólogos y psiquiatras, quienes desaconsejan la aprobación de la fecundación artificial de mujeres solteras pues los niños necesitan tanto al padre como a la madre (*vid. op. cit.*, nota 34, p. 464). Sin embargo, existen opiniones de otros especialistas en estas áreas que reconocen la importancia del factor cultural en la aceptación afectiva de una situación concreta. Creemos que esta misma discusión se dio, y se da todavía en ciertos círculos, en torno a la aceptación del divorcio vincular.

vés de su procreación. Estos hechos son condenados por inmorales, es cierto, pero ya en el punto anterior dejamos claro quiénes son los que señalan lo que es moral y lo que es inmoral.⁶⁴

Lo verdaderamente importante es evitar que estructuras rígidas acaben con ese grupo primario y fundamental en el que todos, hombres y mujeres, encontramos los satisfactores básicos a nuestras necesidades. Ese grupo al que Recaséns Siches⁶⁵ define como "una institución creada y configurada por la cultura para regular las conductas conectadas por la Generación". Frente a los avances de la biogenética los juristas no debemos perder de vista este factor cultural en el que fácilmente podemos incidir si aprovechamos la función educativa del derecho, si recordamos que las normas jurídicas son el resultado de la conciencia social y al mismo tiempo hacen esa conciencia de la comunidad.⁶⁶

Después de revisar la literatura jurídica en torno a nuestro tema encontramos una gran justificación a la aprobación social —y por consiguiente su regulación— de la fecundación artificial, pues satisface los deseos de paternidad y maternidad con mayor eficacia que la adopción. Con frecuencia vemos que se recurre al instinto maternal de la mujer para convalidar estas formas de procreación; además se afirma que la burocracia a salvar para lograr una adopción aunada a la disminución de bebés disponibles para tal efecto a causa de la proliferación de los métodos anticonceptivos y las facilidades técnicas para abortar, hacen más atractivo para una mujer el recurrir a la fecundación artificial que a la adopción.⁶⁷ Esto hace que aun dentro de la estructura familiar que conocemos y aceptamos se revisen los principios de la filiación, pues hasta ahora la tendencia era seguir la pista de la paternidad y la maternidad biológica y sólo cuando ello no pudiera determinarse con certeza se recurría a la llamada posesión de estado, la que ha determinado, en la práctica, una y otra líneas de parentesco.

⁶⁴ Sobre el tema Paolo Mario Vecchi escribió un artículo, citado en la nota 7, donde profundiza sobre todas las formas en que la estructura familiar se ve convulsionada por los avances técnicos. Igualmente se puede consultar a Catherine Labrusse-Riou en su artículo ya citado en la nota 16.

⁶⁵ Recaséns Siches, Luis, *Sociología*, 18a. ed., México, Porrúa, 1980, p. 466.

⁶⁶ En otros trabajos ya me he referido a esta función del derecho a la que tan poca importancia se le da. Entre otros, *vid. op. cit.*, nota 61, pp. 565 y ss.; *La obligación alimentaria: deber jurídico, deber moral*, México, Porrúa, 1989. De otros autores, *vid. Sánchez Azcona, Jorge, Normatividad social. Un ensayo de sociología jurídica*, 2a. ed., México, UNAM, 1981; Muñoz Sabate, Luis *et al.*, *Introducción a la psicología jurídica*, México, Trillas, 1980.

⁶⁷ *Vid. Guzmán, Aurea Violeta, op. cit.*, nota 30, pp. 67 y ss.; Labrusse-Riou, Catherine, *op. cit.*, nota 16, p. 422 y ss.; Trabucchi, Alberto, *op. cit.*, nota 30.

Antropológicamente las estructuras del parentesco hablan de familia biológica pero, por razones evidentes, el vínculo biológico paterno ha sido una nueva presunción no demostrable. La obra de Levi Strauss⁶⁸ explica desde la perspectiva antropológica estas estructuras y su razón de ser: el intercambio, la apropiación, la división del trabajo, la doble función femenina, etcétera, y lo hace siempre desde el supuesto de la existencia de un vínculo biológico con el padre cuando ese vínculo no es más que una presunción basada en la posesión de estado, perspectiva que no afecta el estudio de este hecho científico. Sin embargo, para el legislador implica una gran responsabilidad, pues es él quien ha de fijar las reglas del juego: de la filiación, del parentesco, de las sucesiones, de los alimentos... y la atención, en uno u otro aspecto, incide en estas instituciones en forma por demás significativa, sobre todo cuando existe la posibilidad de señalar con absoluta certeza quién es el padre biológico del hijo.

La elección está en basar esas reglas en una relación afectiva o en una relación biológica.

De cualquier modo creemos que la genética moderna, en ambos extremos: la anticoncepción y la fecundación artificial, horadó la base en que se sustenta la familia patriarcal al desarticular la sexualidad de la concepción y permitir que sea la mujer la que realmente decida si quiere o no tener hijos y cuántos desea tener, de manera que la atención del grupo familiar se centra en el hijo y en la madre, no ya en el *pater*.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El tema que nos ocupa es muy complejo, pues las posibilidades que la tecnología ha puesto al servicio de la humanidad son tan vastas que no alcanzamos a aprenderlas en toda su magnitud. Nuestro esfuerzo es sólo un primer apuntamiento en la búsqueda de las respuestas jurídicas que estamos requiriendo frente a la fecundación artificial, es una invitación a la toma de conciencia, pues de nada sirve pretender ignorar una realidad: Los avances tecnológicos en el área de la genética han convulsionado desde sus cimientos el derecho familiar. Todas y cada una de las instituciones familiares están involucradas y son cuestionadas por los resultados de las manipulaciones genéticas.

⁶⁸ Vid. Strauss, Levi, *Las estructuras elementales del parentesco*, México, Paidós, 1983.

Otros países ya están tomando cartas en el asunto: Suecia, Francia, Costa Rica, Alemania Federal, entre otros, cuentan ya con legislación expresa que da las primeras respuestas al problema. El legislador mexicano, como lo observamos en el apartado III, pretende que viejos moldes den los nuevos esquemas que se requieren. La acción del legislador es imperante.

Ahora bien, es importante resaltar que las soluciones conllevan una gran carga ética que no se puede desvincular del derecho. En otras palabras, no podemos concebir la pretensión de encontrar una respuesta jurídica sin tomar en cuenta los valores que le van conexos. Sin embargo, frente a esta gran verdad debemos aceptar que un fenómeno nuevo demanda un cuestionamiento que parta de las mismas estructuras, lo que implica cuestionar la jerarquía de valores hasta ahora prevaeciente en nuestra comunidad.

Trabucchi afirma:

Es el misterio de la vida el que se presenta a nuestra responsabilidad. Y antes que nada a la responsabilidad de los sectores del mundo con aspectos antes impensables aun para la tarea del derecho. Observemos bien; no es sólo la relación entre los individuos lo que se trata de regular, ni siquiera es asunto de reglamentar los nacimientos. El argumento que se presenta para responsabilizar a la sociedad humana en su perpetuación no requiere únicamente la consabida indicación de los límites... El argumento debe ser tratado con la conciencia de los valores que ello implica.⁶⁹

Es absolutamente cierto que al cuestionar las estructuras familiares afectadas, al buscar alternativas que permitan el uso racional de esta nueva tecnología, al crear nuevas reglas para fenómenos nuevos, debemos pensar en el hombre y la mujer y en la dignidad de que están investidos, dejando a un lado nuestros prejuicios y los criterios de valoración exclusivamente materiales.

Aparentemente la fecundación artificial, las manipulaciones genéticas, su investigación y su concretación en los seres humanos, son problemas pequeños en comparación con otros, como la deuda externa, la contaminación, la inflación, la guerra en Centroamérica o cualquiera de estos temas político-económicos que tanto preocupan a nuestra sociedad. Son pequeños en la medida en que atañen sólo a células, embriones, al investigador y al hombre o a la mujer estériles. En esta medida coincidimos con Lombardi Vallauri cuando afirma que se trata

⁶⁹ Trabucchi, Alberto, *op. cit.*, nota 30, p. 507.

de un problema cuantitativamente minúsculo (células y embriones), políticamente minúsculo (los embriones no tienen ni voz ni voto) y económicamente minúsculo (el presupuesto necesario para la investigación y concreción, sale, normalmente, de la esfera de los particulares).⁷⁰ Sin embargo, debemos tener presente que en este fenómeno científico está implícita la naturaleza humana; la comprensión del hombre y la mujer por nosotros mismos; el conocimiento de nuestras capacidades y de nuestras limitaciones, de nuestro potencial creador y de nuestra vocación para destruir.⁷¹ El hombre y la mujer, unidad básica de la sociedad, vida consciente de sí misma, causa y efecto de toda acción política, social, jurídica o económica, están puestos en la probeta del investigador y sus genes están siendo manipulados por él.

El ser humano es, evidentemente, un ser biológico que nace, crece y muere como otras especies vivas; sin embargo, se diferencia de éstas por la conciencia que tiene de sí mismo y por el poder de crear una serie de instrumentos y recursos que le ayudan a vivir y trascender más allá de los límites que la propia naturaleza le fijó originalmente. Ello implica grandes beneficios para el ser humano pero también grandes peligros. Nuestro instrumento es el derecho, éste no puede ser un obstáculo más, sino el mecanismo para el cambio.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

⁷⁰ Lombardi Vallauri, Luigi, *op. cit.*, nota 15, p. 1.

⁷¹ *Vid.* Fromm, Erick, *El corazón del hombre, cit.*, nota 36.