



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO
Seminario de Derecho Civil

**LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y SUS
EFECTOS DENTRO DEL DERECHO FAMILIAR**

T E S I S

Que para optar al Título de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a

JOSE MELQUIADES FUENTES BETANZOS



México, D. F.

1992



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE

INTRODUCCION	1
------------------------	---

CAPITULO PRIMERO

EL PARENTESCO.

A. Concepto de parentesco	1
B. Naturaleza jurídica del parentesco	3
C. Clasificación de parentesco	3
1. Parentesco consanguíneo	4
2. Parentesco por afinidad	7
3. Parentesco civil	8
D. Consecuencias jurídicas del parentesco	9

CAPITULO SEGUNDO

LA FILIACION.

A. Concepto de filiación.	17
B. Naturaleza jurídica de la filiación.	18
1. La filiación matrimonial.	19
2. La filiación extramatrimonial.	22
3. La filiación civil.	26
C. Consecuencias jurídicas de la filiación.	27
D. La filiación como estado jurídico.	28
E. Acciones que surgen de la filiación.	29
1. Desconocimiento o contradicción de la paternidad.	29
2. Reclamación de estado de hijo.	36
F. La filiación surgida de la legitimación.	37
G. La investigación de la maternidad y de la paternidad en el Código Civil vigente.. . . .	39

CAPITULO TERCERO

ESTUDIO ANALITICO DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

A. La inseminación artificial.	42
1. Concepto de inseminación artificial.	46
2. Naturaleza jurídica de la inseminación artificial.	47
B. Métodos de la inseminación artificial.	56
1. La inseminación artificial homóloga.	57
2. La inseminación artificial heteróloga.	59
3. La inseminación artificial <i>in vitro</i>	60
C. La maternidad por contrato.	61
D. Efectos morales de la inseminación artificial.	62
E. Efectos religiosos de la inseminación artificial.	66
F. Efectos sociales de la inseminación artificial.	71
G. Efectos psicológicos de la inseminación artificial.	73

CAPITULO CUARTO

ANALISIS DE LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL.

A. Efectos de la inseminación artificial en relación al parentesco.	75
B. Efectos de la inseminación artificial en relación a la filiación.	76
C. La inseminación artificial como causal de divorcio.	97
D. La obligación alimentaria surgida de la inseminación artificial.	102
E. La patria potestad resultante de la inseminación artificial.	103
F. Los ilícitos surgidos de la inseminación artificial.	104
G. La sucesión en relación con la inseminación artificial.	109
H. Acciones que se derivan de la inseminación artificial.	111
1. Acciones de los hijos concebidos por inseminación artificial.	111
2. Acciones del cónyuge en relación a la esposa inseminada artificialmente.	114

3. Acciones de terceros en relación a la inseminación artificial	115
I. El Registro Civil, en relación con los hijos concebidos mediante inseminación artificial.	116
J. La teoría del "nasciturus" en relación con la inseminación artificial.	118
K. Efectos jurídicos de la maternidad por contrato.	122
L. Propuesta legislativa, respecto de la inseminación artificial en seres humanos.	127

CAPITULO QUINTO

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN EL DERECHO EXTRANJERO

A. La inseminación artificial en el Derecho Sueco.	140
B. La inseminación artificial en el Derecho Italiano.	145
C. La inseminación artificial en el Derecho Norteamericano.	152
D. La inseminación artificial en el Derecho Francés.	161
E. La inseminación artificial en el Derecho Soviético.	168
F. La inseminación artificial en el Derecho Español.	172

APENDICES

1. Proyecto de recomendación sobre la inseminación artificial de seres humanos (Consejo de Europa).	178
2. Ley sobre inseminación (Suecia).	180
3. Inseminación <i>Post Mortem</i> (Resumen del caso PARPALAIX).	181
4. Ley sobre técnicas de reproducción asistida (España).	186

CONCLUSIONES	203
------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	206
------------------------	-----

INTRODUCCION

El desarrollo de la ciencia en el campo de la investigación biomédica, ha traído como consecuencia el surgimiento de diversas técnicas reproductivas, que plantean nuevas hipótesis y problemas a resolver en el Derecho.

La inseminación artificial en seres humanos -técnica de reproducción cuyos efectos en el derecho de familia son analizados en el presente trabajo- es una de las formas médicas para lograr la superación de los problemas de infertilidad,. Coadyuvando a lograr uno de los fines del matrimonio que es la perpetuación de la especie, pero también conlleva el lograr la materialización de uno de los derechos humanos, el derecho a la procreación.

Dicha técnica incide en el replanteamiento de algunos de los conceptos fundamentales en los que se sustenta el actual Derecho de Familia, como lo son el parentesco y la filiación. Lo que avisora un cambio en el contenido de los lazos jurídicos denominados paternidad y maternidad. Cambio que conlleva toda una carga ética y emocional, con una consecuente modificación en la escala de valores de la sociedad en que se desarrolla.

El presente trabajo, es el resultado de una investigación documental --realizada para optar por el Título de Licenciado en Derecho- pretende ser un análisis propositivo de las técnicas de inseminación artificial, contempladas a través de las instituciones pilares del Derecho de Familia; todo ello conforme a la legislación mexicana vigente en el Distrito Federal. Instituciones que sirven

como marco jurídico de referencia, para que, tomándolas como sustento, sean tratadas las consecuencias jurídicas que tiene la aplicación de las técnicas biomédicas en estudio.

En el curso de esta tesis, se hace un análisis esquemático de la inseminación artificial, sus formas, técnicas afines y diversas hipótesis que serían susceptibles de plantearse ante los tribunales; derivadas de los posibles conflictos que surgirían por la interpretación de la norma en la aplicación de casos concretos, originados por la puesta en práctica de esta tecnología reproductiva.

Así también, se proponen diversas modificaciones a artículos del Código Civil, en donde se regulan las instituciones familiares que se afectan con estas nuevas técnicas de reproducción humana, con el fin de adecuarlos a los principios normativos de la Ley General de Salud; los que también proponemos. Todo ello, con el objeto de lograr una legislación acorde a los avances de la ciencia y apegada a los principios de la sociedad mexicana. Dichas propuestas surgen del tratar de armonizar dos jerarquías de valores plenamente diferenciadas; una, que es el derecho del futuro niño a no ser manipulado en sus orígenes naturales, por las consecuencias morales, psicológicas y sociales que conlleva; y la otra, el derecho de todo ser humano a gozar de la felicidad que representa el ser madre o padre, y a través de un hijo, buscar la inmortalidad.

De la legislación imperante a nivel mundial, escogimos la de países que consideramos representativos de las actitudes jurídicas existentes. Las

cuales van desde los que tienen una normatividad avanzada, hasta aquéllos que carecen de leyes al respecto; pasando por los que -a pesar de haber tenido conflictos jurídicos en sus tribunales por problemas derivados de la práctica de la inseminación artificial- a la fecha, se han abstenido de legislar al respecto.

En el desarrollo del trabajo se nos plantearon nuevas interrogantes, que no quisimos adentrarnos a estudiar; porque cada una de ellas representaría el desarrollo de un trabajo específico y organizado. Por lo que, consideramos que el presente análisis sólo toca un filón de lo que podría ser el surgimiento de una nueva rama del derecho: el derecho genético.

CAPITULO PRIMERO

EL PARENTESCO

La inseminación artificial en seres humanos, en cualesquiera de sus formas y técnicas, tiene una incidencia trascendental en las estructuras tradicionales derivadas de las relaciones jurídicas originadas por el parentesco. En el presente capítulo hacemos un somero estudio de las definiciones doctrinarias de tal concepto, así como de la normatividad legislativa vigente en el Distrito Federal. Ello con el propósito de delimitar el marco jurídico de referencia, a través del cual se analizará el resultado de la aplicación material de tales técnicas.

A. Concepto de parentesco.

Una de las instituciones fundamentales del derecho familiar lo constituye el parentesco. La palabra parentesco, etimológicamente se deriva del latín popular *parentatus* de *parents*, pariente (1).

Planiol y Ripert, lo definen como:

"...la relación que existe entre dos personas de las cuales una de las cuales desciende de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que desciende de un autor común, dos hermanos, dos primos. Al lado de este parentesco real, que es un hecho natural, y que se deriva del nacimiento, la ley admite el parentesco ficticio, establecido por un contrato particular, llamado adopción.

(1) MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Edt. Porrúa, México, 1985, p. 45.

El parentesco adoptivo es una imitación del parentesco real (2).

En esta definición dichos tratadistas consideran como la forma esencial del parentesco a la relación que se deriva de la consanguinidad, catalogando a las demás formas de parentesco como una "imitación" derivada de la ficción jurídica. En lo particular es de considerarse, que no es simplemente una imitación, sino que cada una de las formas constituye de manera plena y absoluta, formas del parentesco que originan estados jurídicos concretos, con sus consecuentes deberes, derechos y prohibiciones inherentes.

La mayoría de los tratadistas del derecho familiar, consideran al parentesco como relación, nexo o vínculo; es decir, como un lazo de unión entre dos o más personas, el cual se encuentra de manera necesaria, regulado por la ley. Rafael Rojina Villegas, considera que dicha relación o vínculo conlleva la formación de una situación constante a efecto de que sus consecuencias sean de carácter permanente así manifiesta dicho autor que:

"El parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho" (3).

(2) PLANIOL, Marcel y George Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil. T. I, trad. Lic. José M. Cajica Jr. Cárdenas Editor, México, 1983, p. 63.

(3) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Edif. Porrúa, Cuarta Edición, Vol. II, México, 1976, p. 153.

B. Naturaleza jurídica del parentesco.

El parentesco es la fuente más importante del estado civil de las personas, a grado tal que, puede considerarse como el núcleo integrador y formador del estado de la persona en relación a la familia dado que establece una situación jurídica concreta, la cual entraña determinadas cualidades que la ley toma en consideración para atribuirle ciertos efectos jurídicos.

El parentesco surge como elemento calificador de la pertenencia de una determinada persona al grupo social llamado familia, y del cual se derivan nexos permanentes en virtud de la consanguinidad, de la afinidad o de la adopción. Dando como consecuencia una situación jurídica permanente que toma en cuenta la norma del derecho para que de ella surjan de manera constante una serie de situaciones jurídicas de carácter personalísimo, por lo general irrenunciables y no sujetas a transacción o comercio.

C. Clasificación del parentesco.

En la antigua Roma, se clasificaba el parentesco en natural o consanguíneo (*cognatio*) y parentesco civil (*agnatio*).

La *cognatio* era el parentesco que unía a las personas en virtud de la consanguinidad, es decir, los que eran ascendentes o descendientes entre sí, (línea directa) o descendían de un autor común (línea colateral), este parentesco derivaba única y exclusivamente de los lazos naturales, pero no era suficiente para considerar a dos individuos como miembros de una familia.

La *agnatio* era el parentesco reconocido jurídicamente, y que se fundaba sobre la autoridad paterna o marital y comprendía:

- A los que estaban bajo la autoridad paterna (*manus*) del jefe de familia
- A los que hubiesen estado bajo la autoridad del jefe, y que lo estarían si aún viviese.
- A los que nunca estuvieron bajo la autoridad del padre, pero que lo hubiesen estado de haber vivido.

Por tanto, la agnación era un vínculo que se daba sólo entre los varones de un *pater familias* común (4).

Conforme a nuestra legislación vigente, el parentesco puede dividirse de diversas maneras, ya sea que se trate de las personas unidas entre sí por lazos genéticos; o bien, de los sujetos que al ser parientes de uno de los cónyuges son parientes del otro cónyuge y por último, los que a través de la declaración de voluntad sancionada por la ley, se vinculan a través de la institución denominada adopción.

1.- Parentesco consanguíneo.

El parentesco consanguíneo es aquél vínculo jurídico entre dos personas que descienden las unas de las otras o que reconocen un antecesor

(4) Cfr. PETIT, Eugène. Treatado Elemental de Derecho Romano. Editorial Epoca, S.A. Trad. José Fernández González, México, 1977. pp. 96 y 97.

común (5). Se denomina consanguíneo en virtud de la creencia de que las características de padres a hijos, se transmitían por "la sangre", razón por la cual consideramos que se le debe denominar, de manera más apropiada, como parentesco genético. Si tomamos en consideración de que la herencia biológica se da a través de los "genes".

El artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal (6), define al parentesco consanguíneo como "el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor".

Líneas del Parentesco Consanguíneo.

El artículo 297 del Código Civil, define al parentesco consanguíneo en dos líneas; recta y transversal, de la siguiente manera: "La línea es recta o transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común".

Es dable mencionar, conforme lo define el Código Civil en su artículo 296, que la línea del parentesco lo constituye la serie de grados, los cuales están formados a su vez por cada generación.

(5) ROJINA VILLEGAS, Rafael, Op. Cit. p. 154.

(6) Todas las menciones al Código Civil en lo sucesivo, se referirán al vigente en el Distrito Federal; cuando no haya mención expresa a otro.

La línea recta puede ser ascendente o descendente, el artículo 298 del ordenamiento civil dice:

"La línea recta es ascendente o descendente: ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco de que procede; descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden. La misma línea es, pues, ascendente o descendente según el punto de partida y la relación a que se atiende".

El parentesco en línea recta no tiene limitación de grados. Existe parentesco con el ascendiente o el descendiente más lejano que pueda darse.

La línea colateral o transversal, es la serie de grados que une a los parientes que descienden de un progenitor común: hermanos, tíos, sobrinos, primos, etc.

En esta línea, los grados se cuentan según lo dispuesto por el artículo 300 del Código Civil que establece:

"En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común".

En la línea colateral el derecho reconoce únicamente como parientes, a las personas vinculadas hasta el cuarto grado; la doctrina distingue también la línea materna de la paterna en razón de que sea la madre o el padre el progenitor común, y cuando es de ambos, sus líneas serán dobles.

2. Parentesco por afinidad.

El matrimonio es la fuente del parentesco por afinidad, dado que el derecho realiza una ficción al equiparar que por virtud del matrimonio los cónyuges forman una unidad de persona, de tal manera que los parientes consanguíneos del marido se convierten en parientes de la esposa y viceversa, en los mismos grados que existan respecto de los citados parientes consanguíneos.

El parentesco por afinidad es definido por el Código Civil en su artículo 294 de la siguiente manera: "El parentesco por afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón". De la anterior definición se desprende que el parentesco por afinidad surge del matrimonio, no produciendo tales efectos, en el derecho civil, la relación concubinaria. La afinidad no origina la obligación alimentaria, ni el derecho de heredar; pero sí existe la prohibición expresa de que los parientes por afinidad en línea recta no pueden contraer matrimonio. Esta hipótesis únicamente se actualiza al disolverse el matrimonio, (por divorcio, por nulidad de matrimonio o por muerte de uno de los cónyuges) dado que sólo así, podría el otro cónyuge estar en aptitud de contraer nuevo matrimonio, pero estaría imposibilitado jurídicamente para celebrarlo. Dado que a pesar de que el parentesco por afinidad se extingue por disolución del matrimonio, sus efectos subsisten, en lo referente a los parientes afines en línea recta no así en la línea colateral. En efecto, el artículo 156 del Código Civil establece que son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio, fracción IV: "El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna".

En estricto derecho, los esposos, a pesar de ser familiares íntimamente relacionados, no adquieren el parentesco por afinidad entre sí en virtud del matrimonio, dado que el derecho los considera como una unidad de persona.

3. Parentesco civil.

Según lo define el artículo 295 del Código Civil: "El parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado".

En virtud de la adopción se crea entre el adoptante y el adoptado los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación legítima entre padre e hijo.

La doctrina distingue entre la institución de la adopción y el acto jurídico de la adopción, a este respecto Bonnecasse manifiesta lo siguiente:

"La institución de la adopción tiene por objeto permitir y reglamentar la creación, entre dos personas, de un lazo ficticio o, más bien, meramente jurídico de filiación legítima. El acto de adopción es un acto jurídico sometido a formas particulares, por medio del cual los interesados ponen en movimiento, a favor suyo, la institución de la adopción (7).

En nuestro Código Civil, la institución de la adopción se regula en los artículos del 390 al 410, de los cuales se desprende que en ellas intervienen

(7) BONNECASSE, Julien. Elementos de Derecho Civil, Tomo I. Trad. José Ma. Cajica Jr. Edit. Cajica, México, 1985, p. 569.

diversas personas como lo son: los padres, los tutores o los que traten al adoptado como su hijo; el Ministerio Público; el adoptante; el adoptado y el Juez de lo familiar.

El parentesco civil es susceptible de extinguirse en forma unilateral y sin causa por parte del adoptado, o voluntariamente por el adoptante con causa legal; por mutuo consentimiento de las partes, cuando el adoptado se convierte en persona mayor de edad; o por el consentimiento entre el adoptante y las personas que consintieron en la adopción.

Nuestra legislación establece consecuencias muy limitadas a la adopción; dado que el adoptado únicamente crea lazos de parentesco con quien lo adopta sin que llegue a formar parte plena de la familia, al no considerársele con todos los atributos, derechos y obligaciones de que goza cualquier otro hijo consanguíneo, sino que en toda su vida lleva el estigma de ser "adoptado", y es donde la norma jurídica dificulta la adaptación familiar, social y psicológica del individuo con consecuencias que hasta el momento no han sido plenamente estudiadas, pero que necesariamente son negativas para la formación de la personalidad del individuo adoptado.

D. Consecuencias jurídicas del parentesco

1. Consecuencias jurídicas del parentesco consanguíneo.

a. Crea el derecho y la obligación de los alimentos.

b. Origina el derecho de heredar en la sucesión legítima, o la facultad de exigir una pensión alimenticia en la sucesión testamentaria, bajos determinados supuestos.

c. Origina las facultades y obligaciones inherentes a la institución de la patria potestad, que se contraen entre padres e hijos, abuelos y nietos, en su caso.

d. En la tutela legítima constituye la base para el nombramiento del tutor.

e. Prohibiciones diversas:

1) Impedimento para contraer matrimonio entre todos los parientes en línea recta sin limitación de grado y en línea colateral hasta el segundo grado; además, cuando no se haya obtenido la dispensa entre parientes colaterales en tercer grado.

2) El juez del Registro Civil tiene prohibido autorizar actos del estado civil de sus ascendientes y descendientes consanguíneos o por afinidad.

3) La ley prohíbe al tutor comprar o arrendar para sí, para sus ascendientes, su mujer, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad, los bienes del incapacitado; excepción hecha de cuando a la vez se es, coheredero, partícipe o socio del incapacitado.

4) Se establece la incapacidad para heredar del médico que haya asistido al testador en su última enfermedad, si entonces hubiese hecho su testamento, haciéndose extensiva esta prohibición a la cónyuge del facultativo, ascendientes,

descendientes y hermanos de éste último; exceptuándose cuando dichos herederos testamentarios sean a su vez, herederos legítimos.

5) Están incapacitados legalmente para heredar (Artículo 1324 del Código Civil) el notario y los testigos que hayan intervenido en el testamento, "y sus cónyuges descendientes, ascendientes o hermanos".

6) Está prohibido para los ministros de cualesquier culto (Artículo 1325 del Código Civil) "ser herederos por testamento de los ministros del culto o de un particular con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado". Esta misma prohibición la tienen los "ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos de los ministros" respecto de las personas a quienes dichos ministros hayan auxiliado o dirigido espiritualmente durante la enfermedad de que hubieren fallecido.

7) Se prohíbe que los hijos sujetos a la patria potestad vendan a sus padres los bienes que no sean producto de su trabajo.

8) En materia procesal civil, el Código adjetivo para el Distrito Federal establece diversas prohibiciones a los Magistrados, Jueces y Secretarios impidiéndoles conocer de los negocios en que intervengan sus parientes; ejemplo de ello, son las disposiciones establecidas en el artículo 170 fracciones II, III, IV, V, XI, XIII y XIV del Código mencionado.

9) Se prohíbe desempeñar el cargo de tutor y curador de un incapaz a personas que sean parientes en línea recta sin limitación de grado y colateral hasta el cuarto grado.

f. Otros efectos del parentesco.

1) Exención de la obligación de auxilio a la administración de justicia.

El artículo 288 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, exige a los parientes, "ascendientes, descendientes, conyuges", a auxiliar a la administración de justicia, cuando se trate de probar en contra de la parte con la cual están relacionadas.

2) Responsabilidad patrimonial.

El parentesco, específicamente la patria potestad, da lugar a la responsabilidad del pago de los daños y perjuicios causados por los menores que están bajo el poder y cuidado de los mayores que la ejerzan.

3) Fraude de acreedores.

La doctrina ha establecido, que se presumen fraudulentos los actos realizados en perjuicio de acreedores, cuando en los mismos hayan intervenido parientes por consanguinidad (8).

(8) Cfr. MONTERO DUHALT, Sara, Op. Cit. p. 52.

4) Revocación de donación.

La superveniencia de hijos, hace susceptible de revocación el contrato de donación, conforme a lo dispuesto por el artículo 2359 del Código Civil, lo que resulta como consecuencia de la obligación de ministrar alimentos derivada del parentesco consanguíneo.

5) Consecuencias penales.

En materia penal, el parentesco influye de diversas maneras:

1º Se tomará en cuenta en la aplicación de las sanciones a que se hagan acreedores las personas que hayan cometido algún ilícito (artículo 52, párrafo 3º del Código Penal para el Distrito Federal) (9).

2º Origina una excluyente de responsabilidad penal para quien oculta al responsable de un delito o los efectos, objetos o instrumentos del mismo (artículo 15, fracción IX del Código Penal).

3º El parentesco es una agravante de las sanciones que se imponen en la comisión de delito de corrupción de menores, así el artículo 203 del Código Penal, establece que: "Las sanciones que señalan los artículos anteriores se duplicarán cuando el delincuente sea ascendiente, padrastro o madrastra del menor..."

(9) En lo sucesivo, todas las menciones al Código Penal, se referirán al vigente en el Distrito Federal, cuando no haya mención expresa a otro.

4° Constituye también un agravante, en los delitos de lesiones y homicidio, configurado la traición, según lo dispone el artículo 319 del Código Penal.

5° Así también, el parentesco constituye un agravante en el delito de violación según lo establece el artículo 266 bis del Código Penal.

6° En los delitos de incesto, parricidio o infanticidio, el parentesco configura el elemento esencial en la calificación de tales delitos, ya que de no existir el vínculo de referencia, las conductas sancionadas por tales tipos penales de ninguna forma podrían constituir dichos delitos. A grado tal que, sin el vínculo consanguíneo las mismas conductas tipificadas como incesto carecerían de sanción jurídica penal.

2. Consecuencias jurídicas del parentesco por afinidad.

a.- Es impedimento para la celebración del matrimonio subsecuente, esta hipótesis se actualiza cuando el anterior matrimonio ha sido disuelto, ya sea por muerte, divorcio o nulidad.

b.- Al igual que en el parentesco consanguíneo, existen las prohibiciones inherentes a que los Jueces del Registro Civil no pueden autorizar los actos del estado civil de sus ascendientes o descendientes por afinidad.

c.- También se prohíbe al tutor comprar para sí o para sus ascendientes, hijos o hermanos por afinidad, los bienes del incapacitado que a su cargo tiene el tutor, con las excepciones que establece el artículo 569 del Código Civil.

d.- Se considera que todas las prohibiciones que la legislación establece en términos genéricos para los parientes sin especificar que sean por consanguinidad, debe entenderse que se hacen extensivas al parentesco por afinidad, dado que la ley realiza la ficción jurídica de que los esposos constituyen una misma persona.

3. Consecuencias jurídicas del parentesco civil.

a.- Crea los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto a la persona y bienes de los hijos (artículo 395 del Código Civil).

b.- El adoptado tendrá para con sus adoptantes los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo (artículo 396 del Código Civil).

c.- El adoptante tiene el derecho de darle nombre y sus apellidos al adoptado. Este es un derecho y no un deber del adoptante tal y como se desprende de la redacción del artículo 395 *in fine* del Código Civil.

d.- Crea la patria potestad del menor en favor del adoptante (o la tutela del incapacitado).

e.- Extingue la patria potestad de los padres consanguíneos.

f.- El parentesco civil no extingue al parentesco consanguíneo, con todas sus consecuencias jurídicas inherentes.

g.- El adoptado no entra en la familia del adoptante, por lo que los efectos jurídicos del parentesco civil se limitan al adoptante y al adoptado.

h.- Mientras dure el vínculo jurídico, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes.

i.- El vínculo jurídico puede terminar en vida de los ligados por el parentesco civil.

j.- En lo general, podemos afirmar que los efectos jurídicos del parentesco civil son idénticos a los del parentesco consanguíneo, con la salvedad de que se restringen al adoptante y al adoptado y de que, como se establece en el párrafo anterior, es susceptible de revocación unilateral o bilateral.

CAPITULO SEGUNDO

LA FILIACION

A. Concepto de filiación.

La filiación es uno de los elementos más importantes en la conformación del derecho de familia. Dicho término, tiene una connotación claramente biológica, en tanto que su conceptualización como vínculo jurídico entraña un lazo genético.

El término filiación tiene en el derecho dos connotaciones, una general y amplísima que se refiere al vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, sin tener otra consideración que la de ser pariente en línea recta, pudiendo hablarse en este caso de la filiación en línea recta ascendente o descendente. Además de este sentido, puede hablarse de una filiación de connotación estricta como: "la relación de derecho que existe entre el progenitor y su hijo" (10). Esta idea implica un conjunto de derechos y obligaciones que surgen entre los padres y el hijo.

En este sentido, Planiol y Ripert (11), definen a la filiación como "La relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea el parentesco de primer grado, y su repetición produce las líneas o series de grados".

(10) ROJINA VILLEGAS, Rafael, Op. Cit. p. 591.

(11) PLANIOL, Marcel y Georges Ripert, Op. Cit. p. 111.

La filiación es la expresión jurídica del hecho biológico de la procreación; por lo que, necesariamente a toda persona le corresponde una cierta filiación; aún cuando no sea posible conocer ésta, porque se carezca de pruebas o porque éstas sean insuficientes.

Del concepto específico de filiación se deriva de manera concreta la idea de paternidad, maternidad o de filiación en sentido particular, ideas específicas que surgen como tres enfoques de un mismo concepto, dependiendo de la persona a que se refiera en un momento determinado dicha relación. Por lo que, llamamos maternidad a la relación de la madre respecto de su descendiente en primer grado; paternidad a la relación del padre con su hijo o hija y particularmente filiación cuando se enfoca dicha relación a partir del hijo con respecto a su madre o a su padre.

B. Naturaleza jurídica de la filiación.

Desde un punto de vista natural o biológico, todos los individuos son hijos de una madre y de un padre, pero su filiación se determina según sean las circunstancias del estado civil de los mismos, o que dicha filiación surja de una ficción jurídica como lo es la filiación civil.

La filiación constituye un estado jurídico distinto de la procreación, del embarazo y del nacimiento que son hechos jurídicos. Como estado civil que es, la filiación constituye una situación permanente del ser humano que el derecho toma en cuenta para atribuirle diversas consecuencias jurídicas, que pueden traducirse en derechos, obligaciones y sanciones que de manera

constante fluyen y se renuevan en el individuo. Por lo que, mientras dure tal situación, las consecuencias de la misma seguirán produciéndose. Originando un estado jurídico que no se transforma por el transcurso del tiempo y que será permanente mientras vivan y se consideren como tales, los progenitores y los hijos.

La filiación surge de tres maneras: por matrimonio, habida fuera de matrimonio o por adopción.

1. La Filiación matrimonial.

La filiación matrimonial se establece cuando el hijo nace dentro de los plazos que la ley determina respecto a los padres que han estado casados. En virtud de lo anterior, depende de la fecha de nacimiento del hijo de que se trate, dada la presunción legal de que fue concebido después del matrimonio de sus padres, o antes de la disolución del mismo ya sea por el divorcio, por nulidad o por muerte.

Como resultado de esta presunción, el hijo de matrimonio tiene que probar quién es su padre, debido a que el Código Civil presume que el embarazo de la madre es obra del marido, persona con quien ella cohabitaba en la época de la concepción. En base a ello, la ley otorga crédito a la mujer casada respecto a la paternidad de su hijo. En cuanto a esto, la máxima romana establece que: *"Pater is est quem justae nuptiae demonstrant"* (padre es el que demuestra las justas nupcias).

El marido de la mujer es el padre de los hijos que ella misma dé a luz durante el matrimonio, tal certeza es *juris tantum*, dado que admite prueba en contrario.

Nuestro derecho otorga la certeza de la filiación matrimonial bajo la presunción de que el hijo fue concebido durante el matrimonio de los padres y no simplemente que haya nacido en el transcurso del mismo, naciendo cuando sus padres ya habían celebrado el matrimonio.

Tendrá certeza de paternidad (artículo 324 del Código Civil) a su favor el hijo de la mujer casada que nazca después de transcurridos 180 días contados a partir del día de la celebración del matrimonio de sus padres y el nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya sea por muerte del marido, nulidad de matrimonio o divorcio. Contra dicha presunción no se admite otra prueba, que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento (artículo 325 del Código Civil).

La anterior disposición es notoriamente anacrónica y al margen del avance de la Ciencia Médica, si tomamos en cuenta los procesos de inseminación artificial, tema esencial del presente trabajo y que se desarrollará en los capítulos posteriores. Además, en la práctica jurídica, esa presunción ha dado lugar a resoluciones judiciales notoriamente alejadas de la realidad; porque, por disposición de la ley (artículo 324 *in fine* del Código Civil) el término para hacer el cómputo, en los casos de divorcio o nulidad de

matrimonio se contará "...desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial". Lo cual implica que, para el caso de que en juicio de divorcio necesario se probaran los extremos a que se refiere la fracción XVIII del artículo 267 del citado Código, no traería como consecuencia necesaria, el que los hijos de la esposa nacidos en el lapso de los dos años a que se refiere dicha causal, se declararan como adulterinos. Tomando en consideración que la separación por orden judicial de los esposos, se daría hasta en tanto se promoviera la demanda respectiva, es decir, después de que los cónyuges vivieran separados más de dos años. Situación contraria a la realidad, pues si los esposos ya han vivido separados, no debiera existir ninguna posibilidad de imputar la paternidad al esposo, a pesar de que no se haya decretado judicialmente la separación de los cónyuges.

Son tres los casos en que el hijo nacido antes de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, se le considera hijo de matrimonio:

- a. Cuando se prueba que el marido antes del matrimonio, tuvo conocimiento del embarazo de la mujer, exigiéndose prueba por escrito.
- b. Cuando el marido ha concurrido al levantamiento del acta de nacimiento y la ha firmado o ésta contiene la declaración de no saber firmar.

c. Cuando el hijo que la esposa diese a luz antes de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, ha sido reconocido previamente por el esposo

2. La filiación extramatrimonial.

Filiación extramatrimonial es la relación jurídica entre progenitor e hijo que surge por el reconocimiento voluntario realizado por el primero o por sentencia que cause ejecutoria, imputando la filiación a cierta persona (12).

Este tipo de filiación, le corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio.

El Código Civil vigente, no distingue en cuanto a sus efectos, entre las situaciones de los hijos nacidos dentro de matrimonio y la de los que nacen fuera de él; pues no existe diferencia alguna entre unos y otros respecto de la patria potestad, de la herencia, de la obligación alimentaria y del derecho de recibir alimentos, de los impedimentos para celebrar matrimonio, ni por lo que atañe al derecho de usar el apellido de su padre.

Por lo que toca a la manera de probar la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, la misma por regla general, sólo queda establecida a través del reconocimiento voluntario que hace el padre o por una sentencia judicial que declare la paternidad o maternidad, salvo en los casos previstos

(12) MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit. p. 302.

por el artículo 383 del Código sustantivo, en donde se regula la presunción de la filiación respecto de los hijos del concubinario. La maternidad queda probada por el hecho del parto; la madre tiene la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento, según el artículo 60 del Código Civil; para ella, el reconocimiento es forzoso.

El reconocimiento voluntario, puede definirse como: "un acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne, irrevocable por virtud del cual se asumen, por aquél que reconoce en favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación (13).

Dicho reconocimiento, para su validéz deberá reunir ciertos requisitos sustanciales y formales:

a. Requisitos sustanciales para el reconocimiento.

1) Edad.

La edad que se requiere para reconocer a un hijo, es la edad mínima para contraer matrimonio más la edad del hijo de que se trata, contado desde la concepción (artículo 361 del Código Civil).

(13) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. p. 727.

2) Consentimiento.

El menor de edad que pretenda reconocer a un hijo, requiere del consentimiento del que o de los que ejerzan sobre él la patria potestad; o del tutor; o a falta de ellos, de la autorización judicial (artículo 362 del Código Civil). Si el hijo que se va a reconocer es mayor de edad, se requiere también, de su consentimiento.

La madre debe dar su consentimiento para que su hijo sea reconocido por un hombre. El reconocimiento hecho por el hombre sin el consentimiento de la madre da a ésta, el derecho de contradecirlo y entonces, dicho reconocimiento quedará sin efecto (artículo 379 del Código Civil).

Lo mismo ocurre con la mujer que, sin ser realmente la madre del hijo que se pretende reconocer, ha asumido ese papel (artículo 378 del Código Civil). Si se efectúa el reconocimiento sin su autorización, tendrá ella el derecho de contradecirlo.

3) Hijo de madre soltera o desconocido por el marido de la mujer casada.

Ningún hombre distinto del marido, podrá efectuar el reconocimiento de un hijo de mujer casada, excepción hecha de cuando el marido ha obtenido sentencia a favor del desconocimiento de la paternidad (artículo 374 del Código Civil). El hijo de mujer soltera puede ser reconocido por cualquier varón, siempre y cuando la madre otorgue su consentimiento.

b. Requisitos formales.

Según lo dispone el artículo 369 del Código Civil, el reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio, deberá hacerse en alguna de las formas siguientes:

- 1) En partida de nacimiento ante el Juez del Registro Civil.
- 2) Por acta especial ante el mismo Juez.
- 3) Por escritura pública.
- 4) Por testamento.
- 5) Por confesión judicial directa y expresa.

El reconocimiento voluntario está sujeto a la acción de nulidad cuando haya sido hecho por un menor de edad y éste prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, pudiendo intentar su acción hasta cuatro años después de la mayoría de edad.

El reconocimiento puede impugnarlo, el hijo que fue reconocido siendo menor de edad. Tendrá dos años para ejercer su acción contados a partir de su mayoría de edad, o en su defecto cuando tuvo noticia de su reconocimiento. Así también, podrán impugnarlo, la madre que no consintió en su reconocimiento; la mujer que se ha portado como madre respecto al hijo reconocido o, el Ministerio Público.

El reconocimiento legalmente efectuado en irrevocable. Si se hizo por testamento, aunque éste se revoque, no se tendrá por revocado el reconocimiento.

3. La filiación civil.

Se establece como consecuencias del acto de adopción que convierte al adoptante en padre o madre y al adoptado en hijo.

A la adopción se le define como "la institución jurídica que tiene por objeto crear la relación de filiación entre dos personas que no son entre sí progenitor o descendiente consanguíneo" (14).

A la filiación derivada de la adopción, se le denomina filiación civil, en razón de que tiene como fuente a la norma jurídica. La filiación civil se deriva de un acto jurídico, que por ende contiene la voluntad expresa de originar los efectos inherentes a la adopción, en dicho acto confluyen varias voluntades: la del adoptante, la de los representantes legales del adoptado, la del menor de edad cuando es mayor de catorce años y la de la autoridad que decreta la adopción.

La adopción crea una relación de paternidad o maternidad o ambas en donde la naturaleza no la ha establecido. Surge tratando de imitar a la naturaleza, aunque en nuestro derecho se da con muy limitados efectos,

(14) MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cít. p. 319.

porque el vínculo jurídico queda establecido exclusivamente entre el adoptante y el adoptado, permaneciendo este último, extraño a la familia del adoptante.

C. Consecuencias jurídicas de la filiación.

Cuando hablamos en el capítulo anterior de las consecuencias jurídicas del parentesco, hicimos referencia genérica a las consecuencias jurídicas de la filiación, dado que ésta es parte y a la vez fuente del parentesco consanguíneo y, por ficción jurídica, del parentesco civil.

La filiación es la forma de parentesco más cercano en grado. Es el único parentesco en primer grado que recoge el derecho. Las consecuencias jurídicas genéricas son las de todo parentesco, como lo son: el derecho-deber de alimentos, el derecho de heredar en la sucesión legítima, el derecho-deber de la tutela legítima, determinadas prohibiciones; así como la configuración de diversos delitos, atenuantes y agravantes en materia penal.

El parentesco de filiación, tiene ciertas consecuencias particulares, las cuales son: derecho de llevar los apellidos de sus padres, da lugar a la patria potestad y ciertos particulares delitos como el infanticidio y el parricidio.

A diferencia del parentesco, la relación filial excluye a los demás parientes y en algunos casos resulta predominante, por ejemplo: en los casos de sucesión, donde los descendientes excluyen a otros parientes y; tratándose

de alimentos, sólo se pueden reclamar a otros parientes, a falta o por imposibilidad de los padres.

D. La filiación como estado jurídico.

La filiación constituye un estado jurídico. Tal estado jurídico, es una situación permanente de la naturaleza del hombre, que el derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones o sanciones.

En el estado jurídico de la filiación, se puede partir del hecho biológico de la consanguinidad, concurriendo además, el reconocimiento del derecho, que es el factor esencial a pesar de que no corresponda a una realidad biológica. Es decir, si el derecho lo reconoce como hijo y no existe una contradicción de la paternidad, el estado jurídico de la filiación permanecerá vigente; lo mismo ocurre en la filiación adoptiva, en donde expresamente la ley da al adoptado el estado jurídico de hijo, con todos sus derechos y obligaciones, a pesar de que no exista el vínculo de la consanguinidad.

El derecho toma en cuenta, para la calificación del estado de filiación, la situación permanente que se desprende del hecho de que el hijo tenga dentro de la familia del padre o de la madre, la calidad de hijo a través del nombre, del trato y de la fama. Situación que sólo podrá corroborarse por el transcurso del tiempo, tomando en cuenta la convivencia del hijo con el padre o la madre; el trato que como hijo le dan sus progenitores; el permitir que el hijo lleve los apellidos de los padres; el proveerlo de educación, subsistencia y

establecimiento; el darle dentro de la familia y en la relación social, el trato de hijo.

En lo general, la doctrina mexicana, tal vez copiando en poco el sistema europeo, nos habla únicamente de la posesión de estado de hijo de matrimonio sin ampliar tales conceptos a los hijos nacidos fuera de matrimonio, los cuales en estricto derecho tienen los mismos derechos y obligaciones, y por ende, la misma posibilidad de poseer un estado jurídico de filiación.

E. Acciones que surgen de la filiación.

1.- Desconocimiento o contradicción de la paternidad.

La paternidad de un hijo nacido de matrimonio surge a través de la presunción que la ley establece de que el hijo así nacido, es hijo del esposo y toda vez que dicha presunción es *juris tantum*, admite prueba en contrario. En virtud de ello, se exigen algunos requisitos como lo son ciertos plazos para ejercitar la acción, en base a determinadas circunstancias. Solamente el marido tiene propiamente la acción para entablar el desconocimiento de hijo; fuera de él, las acciones que la ley autoriza a determinadas personas, son más que de desconocimiento de hijo, acciones de contradicción de la paternidad.

Por lo tanto, los sujetos que pueden ejercer la acción de contradicción de la paternidad, son los siguientes: el marido, el tutor del marido incapacitado, los herederos del marido, o la persona a quien perjudique la filiación tras la muerte del marido.

Personas que pueden ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad:

a. El marido.

El marido puede desconocer al hijo nacido de su esposa en tres circunstancias:

1) Cuando el hijo nace dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Los hijos de la esposa que nacieron dentro del matrimonio, ya no tienen la presunción de legitimidad, pero quedan legitimados de pleno derecho en virtud del matrimonio de los padres, siempre y cuando el marido no ejercite la acción de desconocimiento de hijo. De ser así, cuando el marido tiene plena certeza de no haber tenido relaciones sexuales prematrimoniales con su esposa y además ignoraba el estado de gravidez de la misma al casarse, puede desconocer al hijo. Basado en la certidumbre de que ese hijo no es suyo, y en la conducta desleal de su consorte al haberle ocultado su estado. Según lo dispone el artículo 328 del Código Civil, el marido estará imposibilitado para desconocer la paternidad del hijo de su cónyuge nacido en el término antes mencionado, cuando concurren las circunstancias siguientes:

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

- II. Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fué firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar.
- III. Si ha reconocido expresamente como suyo al hijo de su mujer.
- IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.

En lo que se refiere a la primera fracción, el Código Civil no admite otro tipo de pruebas más que la escrita, de manera por demás errónea, en virtud de que pudieran darse otros elementos que corroboren el conocimiento del embarazo previo; en cuanto a la fracción II, es necesario especificar que debe concurrir al levantamiento de la referida acta en calidad de padre, porque también pudo haber concurrido como testigo y firmar la respectiva acta y no por ello aceptaría su paternidad; en cuanto a la fracción tercera, no especifica en qué lugar, circunstancias o condiciones debió hacer el reconocimiento expreso. Porque de no ser así consideramos que existe una contradicción con la fracción primera; al interpretarse que la palabra expresamente bien podría entenderse que fuese en forma verbal, ante cualquier persona y no precisamente ante el Juez del Registro Civil.

2) El hijo nace después de transcurridos trescientos días posteriores a la declaración judicial de separación de los cónyuges. Cuando existe divorcio o juicio de nulidad de matrimonio, se presenta una situación especial, por cuanto que puede el hijo nacer después de los trescientos días siguientes a la separación judicial, pero antes de que se dicte la sentencia de

divorcio o de nulidad, existiendo aún el matrimonio. Entrarían en conflicto dos principios; el primero se refiere a que todo hijo de matrimonio se reputa hijo del esposo y el otro es que, ante la imposibilidad material de cohabitar de los esposos y de la resolución judicial que respecto de ello existe, se presume el que no haya existido cópula carnal entre ellos; por lo mismo, consideramos que basta que el marido en esas condiciones desconozca la paternidad, sin exigirse prueba especial; para que la madre, o el hijo a través del tutor, sean quienes soporten la carga de la prueba en juicio y quienes tengan la obligación de probar que el marido fue el autor del embarazo.

En este sentido debe interpretarse el artículo 327 del Código Civil que dispone:

"El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días, contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste pueden sostener en tales casos que el marido es el padre".

3) El hijo nace dentro de los plazos legales en los cuales se establece la presunción de certeza de la paternidad; tales plazos ya han sido expresados y son: el nacimiento del hijo con posterioridad a ciento ochenta días contados a partir del día de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos posteriores a la disolución del mismo.

En el supuesto anterior el Código Civil establece lo siguiente:

"Artículo 325.- Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento".

"Artículo 326.- El marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que éstos no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa".

En los dos artículos transcritos, el supuesto es la presunción que la ley hace de los que se reputan hijos de matrimonio. En ambas normas se establecen dos hipótesis, la primera es la imposibilidad física de tener acceso carnal dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento y la segunda es el adulterio de la madre o su declaración en ese sentido y que además se le haya ocultado el nacimiento al esposo. En su caso, en esta hipótesis se requiere que el esposo pruebe que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa. En este último supuesto, son notorias las contradicciones que se contienen. En primer lugar porque se contraponen a lo dispuesto en el artículo precedente, ya que el primero nos habla de un período de los primeros ciento veinte días de los trescientos que preceden al nacimiento y el segundo artículo nos habla de la totalidad de los diez meses, por lo que es contrario a la lógica y a la ciencia biológica. Considerando que si se hubiese tenido relaciones sexuales en el último de los diez meses, por sólo ese hecho ya se

le reputará la paternidad del hijo. En segundo lugar, otro error es el que nos habla de diez meses y no de trescientos días, con lo que notoriamente se excede este último período si tomamos en cuenta que el resultado de computar diez meses, es generalmente de trescientos seis días, por lo que existe una diferencia, que en determinado litigio podría dar lugar a múltiples interpretaciones.

En todos los casos señalados, la acción del marido caduca a los sesenta días, contados desde el nacimiento si está presente; desde el día que llegó al lugar si estuvo ausente; o desde el día que descubrió el engaño, si se le ocultó el nacimiento.

b. El tutor del marido.

El tutor del marido puede ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad de su representado, cuando éste se encuentre incapacitado por causa de demencia, imbecilidad u otro motivo que lo prive de la inteligencia, según lo dispone el artículo 331 del ordenamiento civil.

Lo contradictorio de este artículo es que, según lo dispone el artículo 486 de dicho código, en caso de ser necesaria la tutela la esposa sería la tutriz del esposo, y tendría que ser ella la que iniciara la acción de desconocimiento de la paternidad, cosa por demás ilógica.

c) Los herederos del marido.

Este otro aspecto, se refiere más que al desconocimiento de paternidad, a la contradicción de paternidad, en cuanto que su finalidad es más de tipo patrimonial que de reputación social.

Así el artículo 332 del Código Civil establece: "cuando el marido, teniendo o no tutor, ha muerto sin recobrar la razón, los herederos pueden contradecir la paternidad en los casos en que podría hacerlo el padre",

Los herederos no podrán intentar la acción de desconocimiento del hijo nacido antes de que transcurran ciento ochenta días posteriores al matrimonio, si el marido, estando lúcido, no intentó la demanda en vida. Si la hubiera interpuesto, los herederos pueden continuarla y la puedan intentar únicamente en el caso señalado anteriormente, en que el marido estaba privado de razón cuando nació el hijo y murió sin haberla recobrado (artículo 333 del Código Civil).

d) Persona a quien perjudique la filiación.

Otro supuesto de contradicción de la paternidad surge cuando terceras personas, normalmente acreedores, contradicen la paternidad, teniendo dicha facultad cualquier persona interesada, pudiendo promover dicha acción en cualquier tiempo. El supuesto necesario es que la persona a quien se le atribuye la paternidad haya muerto o en su defecto haya sido declarado ausente.

2. Reclamación de estado de hijo.

Cuando una persona nacida de matrimonio carece de las actas del Registro Civil que hacen prueba plena de su estado, tendrá que demostrar la posesión de estado, cuando la calidad de su filiación le sea disputada por terceros. La ley otorga esta acción al hijo y a sus descendientes; pudiendo también ejercerla los demás herederos del hijo, legatarios y donatarios de éste.

La acción que compete al hijo para reclamar su estado es imprescriptible. La posesión de estado de hijo de matrimonio se puede perder exclusivamente por sentencia ejecutoriada.

Los demás herederos del hijo podrán intentar la reclamación de estado de hijo de matrimonio, si éste murió antes de cumplir veintidós años, o cayó en demencia antes de llegar a esa edad, y murió después en el mismo estado.

Los acreedores, legatarios y donatarios del hijo, tendrán los mismos derechos que a los herederos concede la ley, si el hijo no dejó bienes suficientes para pagarles. La acción que tienen estas personas, prescribe a los cuatro años, contados desde el fallecimiento del hijo.

En el caso del concubinato y de los hijos nacidos del mismo, la ley presume que son hijos productos de tal relación los que hubiesen nacido dentro del período comprendido después de los ciento ochenta días de que comenzó el concubinato, hasta los trescientos días siguientes a la cesación de

la vida en común, pudiendo ejercer la acción de reclamación de estado de hijo del concubinato, cuando justifique que 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.

F. La filiación surgida de la Legitimación.

La legitimación es la consecuencia jurídica derivada del subsecuente matrimonio de los padres, por la que se atribuye a los hijos extramatrimoniales el carácter de hijo de matrimonio, con todos sus derechos y obligaciones.

El artículo 354 del Código Civil establece que "El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga, como nacidos de matrimonio a los hijos nacidos antes de su celebración".

La legitimación surge de la fusión de dos actos jurídicos que son: el reconocimiento y el matrimonio. Los efectos del reconocimiento se retrotraen al momento del matrimonio para considerar a los hijos como nacidos dentro del mismo.

La legitimación se extiende a los subsiguientes descendientes, pues si el matrimonio de los padres se realiza cuando alguno de sus hijos hubiese fallecido dejando descendencia, esos nietos se considerarán como nacidos de hijo legítimo.

La generalidad de la doctrina mexicana, considera que el capítulo referente a la legitimación ha dejado de tener sentido en nuestra legislación; habida cuenta de que los derechos de los hijos al nombre, a los alimentos, a la sucesión legítima y a todo tipo de consecuencias jurídicas, son iguales entre los hijos nacidos de matrimonio y a los extramatrimoniales. Especial atención merece la idea de Antonio de Ibarrola quien al criticar la igualación de la filiación matrimonial y extramatrimonial (legítima y natural) dice: "La única forma de equiparar a los hijos legítimos y naturales es la de suprimir lisa y llanamente la institución del matrimonio" (15), y al hablar respecto a la legitimación manifiesta "...en legislaciones menos inmorales y menos radicales que la nuestra, la legitimación tiene su razón de ser" (16).

Es de considerarse que el interés de la legitimación se da por la tradición que respecto de ella existe, pero ha perdido toda aplicabilidad real ya que los efectos de ser o no legitimado, para un hijo extramatrimonial, son los mismos; por lo que la hace perder importancia.

(15) IBARROLA, Antonio de. Derecho Familia, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1978, p. 300.

(16) *Ibidem*. p. 331.

G. La investigación de la paternidad y de la maternidad en el Código Civil vigente.

1. Investigación de la paternidad.

Cuando una persona nace fuera de matrimonio, ante la omisión de reconocerlo voluntariamente, la ley otorga al hijo el derecho de pedir la imputación de paternidad al sujeto que se suponga sea el padre del mismo. imputaci

La investigación de la paternidad se define como: "el derecho que tienen el hijo o la madre, de ejercitar una acción para que, si las pruebas que se presenten son suficientes a juicio del Juez, se impute la paternidad a un determinado sujeto" (17).

El artículo 382 del Código Civil establece:

La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, está permitida :

- I. En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
- II. Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre.
- III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la

(17) MONTERO DUHALT, Sara, Op. Cit. p. 311.

madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente.

IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

De las cuatro fracciones mencionadas, podemos afirmar que, las tres primeras de manera enunciativa describen algunos supuestos en los cuales puede darse la investigación de la paternidad y la última fracción, es de considerarse que deja en plena libertad al hijo o a su representante legal para iniciar la acción correspondiente. Dado que, con cualquier principio de prueba de los que permite la ley puede acudirse ante el Juez de lo familiar, a efectos de que mediante el juicio correspondiente acredite sus pretensiones. Dicha acción se limita a que deberá ejercitarse en vida de los padres o hasta cuatro años posteriores a la mayoría de edad del hijo, cuando su progenitor murió siendo él todavía menor de edad.

2. Investigación de la maternidad.

La investigación de la maternidad es absolutamente libre y se puede acreditar por todos los medios ordinarios de prueba, justificando el parto y la identidad del hijo. Sólo se impone una limitación para investigar la maternidad en nuestro derecho, que es, cuando se pretende imputar el hijo a una mujer casada. Dicha prohibición no se da cuando el marido hubiese desconocido al hijo, y exista sentencia que declare la ilegitimidad del mismo. Así también, puede investigarse la maternidad imputable a una mujer casada, cuando exista

una sentencia criminal por adulterio y que haya una base a fin de que ese hijo pueda considerarse concebido en dicho adulterio.

La maternidad puede libremente comprobarse tanto en el juicio ordinario especial de la investigación, en cuyo caso la controversia se referirá exclusivamente a la filiación materna; como en el juicio sucesorio de intestado o en el de alimentos, en donde la cuestión fundamental será el derecho del hijo para heredar a la madre o para exigirle alimentos y como un elemento de esa acción se acreditará previamente la maternidad.

La investigación de la maternidad puede intentarla el hijo o sus descendientes; no pueden intentarla todos los herederos.

La ley otorga una desigualdad en cuanto al sexo de las personas, en virtud de que la investigación de la paternidad puede hacerse aunque se le impute a un hombre casado; pero la investigación de la maternidad se encuentra prohibida para la mujer casada; con ésto se afecta al hijo de la mujer casada que pudo haber nacido antes del matrimonio, dejándolo en estado de inseguridad jurídica en cuanto a su filiación.

CAPITULO TERCERO

ESTUDIO ANALITICO DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

En el presente capítulo se hace un análisis de la conceptualización de la inseminación artificial, sus técnicas afines y formas concretas de aplicación. Se pretende realizar una visualización global de las distintas hipótesis que surgirán con la puesta en práctica de esta técnica biomédica, incluyendo una breve historia de la misma; además, se propone un análisis de su naturaleza jurídica, partiendo de la base de su legalidad.

A. La inseminación artificial.

La inseminación artificial aplicada al género humano es una muestra clara de la evolución de la Ciencia en lo general y, en el caso específico, de los logros que el área biomédica ha tenido. Esto, con su necesaria trascendencia en la sociedad y la consecuente influencia sobre el Derecho. Sobre todo en el Derecho de Familia, al que conmueve desde sus cimientos básicos.

Muchas han sido las discusiones respecto del tema de la inseminación artificial en los seres humanos, en torno a las implicaciones de la misma, pero en realidad en nuestro país han sido pocos los esfuerzos por establecer ciertas bases en la doctrina y mucho menores han sido los resultados legislativos en torno a su posible regulación o prohibición.

Cuando a través de los medios masivos de comunicación se dió a conocer la noticia de los resultados de la inseminación artificial en seres humanos, la mayoría de los autores en Derecho, adoptaron una actitud recriminatoria y de censura en contra de las personas que la practicaban, ya fuesen médicos o pacientes de los mismos; con muy pocos argumentos jurídicos pero cargados de toda una moral conservadora (18).

En últimas fechas la actitud asumida por lo autores y tratadistas de más prestigio en nuestro país, y en lo general en latinoamérica, ha sido la de un absoluto desinterés por el tema. Ignorando las consecuencias jurídicas que tendría el plantear ante nuestros tribunales, casos derivados de la práctica de la inseminación artificial. En los que los jueces tendrán que dictar su fallo y que, por ende, en poco tiempo habrán de ventilarse ese tipo de controversias, considerando en que nuestro país son una realidad los cientos (o tal vez miles) de personas que han nacido en virtud del método de inseminación artificial.

Ante la ausencia de definiciones legales, el potencial de responsabilidad para su regulación recae ineludiblemente en todos aquellos juristas, investigadores, abogados y miembros de la judicatura, quienes en su quehacer cotidiano tendrán que ir regulando la normatividad y los criterios a seguir respecto a las consecuencias derivadas del fenómeno en cuestión.

El proceso de inseminación artificial no es un descubrimiento reciente,

(18) Cfr. entre otros: BATTLE, Manuel. "La Eufelegenesis y el Derecho": Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Segunda Epoca, No. 6, Madrid, 1949; RICO LARA, Manuel, "La Inseminación Artificial. Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Vol. XII, Nos. 31-32, Madrid, 1968; TORRES RIVERO, Arturo Luis. "Inseminación Artificial", Actas Procesales de Derecho Vivo, Vol. IX, Nos. 26-27, Caracas, Ven. 1970; LEAL, Abelardo A. "La Eufelegenesis", Foro de México, No. 101, México, D.F. 1961.

ni es "el último grito de la moda" en medicina, y tampoco es "el descubrimiento del siglo". Se afirma que "los principios de este método artificial de concepción se conocían entre las antiguas tribus árabes cuando los practicaban con el propósito de mejorar la raza de sus caballos, y deteriorar la de sus enemigos". (18').

López Saiz (19) dice que: "Munter, en la descripción que hizo de un viaje a España y Portugal a finales del siglo XV, refiere con detalle el "*modus operandi*" cómo se llevó a cabo por médicos españoles la inseminación artificial con una cánula de oro, en la persona de la reina Doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV "el impotente" (1424-1474) con espermatozoides del monarca, que resultó acuoso y estéril".

"El primer intento científico fué realizado en un perro, por el fisiólogo italiano Spallanzani cerca de 1780. Hume, en 1799, informó que John Hunter había practicado la primera inseminación artificial en una mujer" (20). "John Hunter en el año de 1790 tuvo éxito al fecundar a una mujer que era estéril en sus relaciones matrimoniales. En los Estados Unidos, el primer caso se registra en 1866, con intervención del Doctor J. Mariams Sims, que abandonó el procedimiento por estimarlo una práctica médica inmoral. En ese entonces

(18) GUZMAN, Aurea Violeta. La inseminación Artificial ¿Materia de Conciencia o de Derecho? Rev. de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Vol. XIV, No. 1 Sept.-Dic., Santurce, Puerto Rico, 1979, p. 67.

(19) Citado por FLORES GARCIA, Fernando. "La Inseminación Artificial en la Especie Humana", Criminalia, Año XXI, No. 6. Junio México, D.F. 1965, p. 344.

(20) GUZMAN, Aurea Violeta, Op. CR. p. 67.

el *"Medical Times"* calificó que ese chapotear en la vagina con el espéculo y la jeringa es incompatible con la decencia y el respeto" (21). Debemos también mencionar al Profesor Pancoast, de Filadelfia, quien practicó la primera inseminación artificial heteróloga, en una mujer anestesiada con cloroformo y sin el consentimiento de ella, pero sí, con la aprobación del esposo" (22).

"En 1953 se realizó la primera inseminación con semen congelado, en 1960 se introdujo el nitrógeno líquido como método para congelar el semen; actualmente hay numerosos bancos de semen en muchos países en el mundo; se tiene conocimiento de más de 20 000 nacimientos por año, producto de la inseminación artificial en el mundo y solo en Estados Unidos entre 5 000 y 10 000 nacimientos. El aumento de la aceptación de la inseminación artificial es debido, sobre todo, a la disminución de niños para adopción por el descenso en los nacimientos como consecuencia de la aplicación de métodos de planificación familiar y a la liberación del aborto" (23).

En nuestro país, según investigación realizada por el Licenciado Vera Hernández (24), en 1960 ya se practicaba la inseminación artificial, cabe

(21) MARTINEZ VAL, José María, Citado por Flores García Fernando. Op. Cit. p. 345.

(22) SOCORRO, Emilio Simón. "Inseminación Artificial Humana". Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Zulia, No. 51, Maracaibo, Ven. 1977, p. 224.

(23) CERVERA AGUILAR, Roberto. "Inseminación Artificial en el Consultorio". Memorias del Curso Sobre Avances en Biología de la Reproducción de la Asociación Mexicana para el Estudio de la Fertilidad y la Reproducción Humana, México, D.F. 1965, p. 223.

(24) VERA HERNANDEZ, Julio César. "Inseminación Artificial en Seres Humanos. Incidencias Jurídicas". Foro de Médico, No. 86, Mayo, México, D.F. 1960, p. 101.

aclarar que en su trabajo no menciona el método seguido en dicha inseminación. Actualmente, en diversos centros del Instituto Mexicano del Seguro Social y de la Secretaría de Salud, según informes recabados se realizan inseminaciones artificiales generalmente con semen fresco de "donador". Así mismo, diversas instituciones privadas de la Ciudad de México, se dedican a efectuar este tipo de inseminaciones, realizando además el transplante de embriones. Cabe hacer hincapié, en el hecho de que los médicos mexicanos que dentro de su medio tienen un amplio reconocimiento por sus eficientes operaciones de inseminación artificial, son muy reacios a proporcionar información respecto de su práctica profesional. Máxime si se trata de una persona ajena a su carrera, en donde muestran un franco rechazo. Lo que impide la obtención de datos para elaborar proyecciones estadísticas.

1.- Concepto de inseminación artificial.

"La inseminación artificial consiste en la introducción de espermatozoides dentro de los órganos genitales femeninos, sin el contacto sexual normal" (24').

Warning Bender (25) define a la inseminación artificial como "el modo de introducir espermatozoides del varón en el organismo de la mujer, de manera que resulte apto para la generación, pero distinto de la forma natural".

(24) LEON FEIT, Pedro. Distintos Aspectos del Problema de la Inseminación artificial en Seres Humanos, su Interés Jurídico, Especialmente en cuanto a la Filación. Cuadernos de los Institutos, No. 87. 1966. Córdoba, Argentina. p.44.

(25) Citado por GARCIA AGUILERA, José Antonio. "Problemas Jurídicos de la Inseminación Artificial con Especial Referencia a las Cuestiones Penales". Revista de Derecho Judicial. Año XIII, Núms. 51-52, Julio-Diciembre. Madrid España. 1972, p. 12.

Algunos médicos proponen que la denominación correcta debe ser "inseminación terapéutica" por considerarlo más propio. En Francia se le denomina "*insemination artificielle*"; en Italia, se le llama "*spermiosema artificiale*". y la mayoría de la doctrina española y los autores católicos, le denominan *eutelegenesia*, que proviene de tres radicales griegas que significan "bien": "a distancia" y "engendramiento". En inglés se utilizan las palabras "*artificial insemination*". Existen tratadistas que prefieren utilizar el término de fecundación artificial, el cual únicamente debe utilizarse a lo que se llama inseminación artificial "*in vitro*" o extracorpórea. Dado que la fecundación se realiza dentro del claustro materno sin ninguna influencia extranatural y sólo la introducción del semen en la vagina o en el útero es lo que se realiza artificialmente. En el área biomédica se está utilizando con mayor frecuencia el término "Fertilización asistida". Se ha considerado que, ***la inseminación artificial es el procedimiento en virtud del cual, una persona ajena a la pareja procreacional (hombre y mujer) interviene con el propósito de poner en contacto las células reproductoras, masculina y femenina, sin la relación sexual normal.***

2. Naturaleza jurídica de la inseminación artificial.

En la configuración de la inseminación artificial como un acto jurídico complejo o como una serie de actos jurídicos; hallamos un pacto fundamental y otros relacionados eventualmente con él, que no necesariamente son accesorios del mismo.

El pacto fundamental es un acto ordinario del derecho de las obligaciones y constituye un acto jurídico más, que surge como algo novedoso debido a los avances de la Ciencia Biomédica. Además de este pacto fundamental, la inseminación artificial es una actuación de tipo jurídico que se resuelve, por regla general, en la procreación de un hijo. Esto, que constituye el efecto fundamental del pacto mencionado, se analiza en sus particularidades en el presente capítulo y sus consecuencias en el Derecho, (especialmente en el Derecho Familiar) se analizan en el capítulo subsiguiente.

a. El acto jurídico fundamental de la inseminación artificial.

Es de considerarse que el acto jurídico de la inseminación artificial, constituye un acuerdo de voluntades que produce diversas obligaciones para los sujetos que intervienen en él, en virtud de ello se clasifica como contrato conforme a lo dispuesto por el artículo 1793, en relación con el artículo 1792, ambos del Código Civil.

El contrato de inseminación artificial es un contrato de los llamados innominados, toda vez que en nuestra legislación vigente carece de denominación y de reglamentación. Dicho contrato contiene una obligación conocida por la doctrina como "de medios" (en contraposición a las obligaciones "de resultados") en la medida de que con el mismo no se persigue ningún resultado concreto, sino solamente la inseminación, produzcase o no la fecundación.

b. Sujetos que participan en el contrato de inseminación artificial.

En la celebración del contrato de inseminación artificial participan diversos sujetos; por un lado la mujer y en su caso, el esposo o concubinario; por el otro, el médico (o la institución quirúrgica). Terceros para él son todas las demás personas, entre ellas está el "dador" del semen y el hijo que pudiera resultar derivado de tal operación.

1) La mujer

Es el sujeto pasivo del contrato. En lo que se refiere a su relación con el hijo, prácticamente no existe diferencia según sea su condición de soltera o de casada, pues en ambos casos ella será la madre biológica y jurídica.

La obligación primordial de la mujer es la de someterse a la práctica de la inseminación. Al negarse la mujer a cumplir con esta obligación no cabe la posibilidad de ejecución forzosa, porque sería atentatorio a su libertad corporal. Aunque la principal finalidad del contrato es la de engendrar, la acción misma de inseminarla agota el contenido del contrato. En el caso de las formas derivadas de este contrato, como lo son el transplante de embriones y la fertilización "*in vitro*", surge la posibilidad de intervención de dos mujeres, una es la que otorga su óvulo y la otra es la que gesta al niño. Tema que, aún estando relacionado con este trabajo, contiene diversas características que lo hacen ser materia de otro estudio, por lo que sus particularidades se analizan en un literal diverso.

En ocasiones, sobre todo cuando la mujer es soltera, se tiene la obligación de pago para con el médico o la institución quirúrgica, por los servicios prestados.

2) El esposo.

Si la mujer a inseminar es casada o vive en concubinato, se requiere del consentimiento del esposo o concubinario. Por lo que éste, sólo presta su adhesión a la inseminación, lo cual le veda toda ulterior impugnación de la paternidad del menor así nacido, atendiendo a los efectos conceptualizados en la teoría de los actos propios. En la inseminación homóloga, el esposo o concubinario es quien cumple con el papel de "dador" del semen, teniendo como obligación el otorgar dicho fluido, en los términos y condiciones que se le requieran por el médico o institución quirúrgica. Como obligación asumida, puede tenería de pago de los honorarios médicos, si la aceptó.

3) El médico o institución quirúrgica.

El monopolio profesional para practicar la inseminación artificial lo tiene el médico (o en su caso la institución quirúrgica). Es el instrumento jurídico fundamental encaminado a lograr que tal práctica sea correctamente realizada y que se cumplan en ella todos los requisitos o condiciones exigidos para su legalidad.

Antes de proceder a la operación, el médico tiene las siguientes obligaciones.

- a). Realizar la investigación de que si la mujer es casada o no;
- b). Si la mujer y el marido tienen hijos comunes o si él los tiene; deberá de abstenerse de ejecutar la operación.
- c). Verificar que la pareja tenga: un nivel intelectual normal o superior; estabilidad emocional tanto en su actuación individual como de pareja; ausencia de caracteres y de enfermedades de transmisión genética; que ambos cónyuges estén aptos y deseen la inseminación artificial.
- d). Obtener la firma del contrato de inseminación artificial.
- e) Asegurarse que el esperma sea el adecuado, tomando en consideración las condiciones de salud del "dador".

Obligaciones posteriores a las mencionadas son:

- f). Practicar la operación correctamente.
 - g). Guardar en forma permanente el secreto profesional
- 4) El dador del semen.

En el pacto fundamental de inseminación artificial el emitente del semen no participa como sujeto de la relación contractual, pero sí como tercero relacionado con el mismo. La denominación común que la literatura anglosajona ha acuñado para referirse a este sujeto es la de "donador", término con el que estamos en desacuerdo, porque consideramos que en la mayoría de los casos, más que un donador, es un verdadero "vendedor" de una secreción de su propio cuerpo.

Al hombre cuyo fluido seminal se emplea en la operación, le denominamos "dador" o emite del fluido seminal. Puede ser el mismo marido o un tercero. Es de afirmarse que preferentemente el emite debe desconocer quien será la persona que utilizará su esperma; proponiéndose como mejor sistema, la captación del líquido seminal en forma altruísta. Esto, con la finalidad de evitar que su adquisición sea objeto de lucro indebido. Es de considerar, que deberá limitarse el número de emisiones de fluido seminal que se utilizarán de un sólo dador, para disminuir la posibilidad de que se llegaran a realizar inseminaciones entre parientes. Además, dicho dador deberá de reunir las siguientes características:

- a). Excelente salud física.
- b). Ausencia de rasgos disgénicos hereditarios.
- c). Alto índice espermatozoario.
- d). Parecido al marido en cuanto a caracteres físicos y grupo racial (fenotipo).
- e). Que pertenezca al mismo tipo sanguíneo del marido, a no ser que la incompatibilidad de factores sanguíneos sea precisamente la causa por la cual se procura la inseminación artificial.
- f). Alta fertilidad.
- g). Buena adaptación social.
- h). Renuncia a hacer indagaciones o reclamaciones futuras en relación al posible hijo.

5) El hijo.

En el pacto fundamental de inseminación artificial, el hijo representa un tercero producto de ese contrato. La posibilidad jurídica de su intervención surge en caso de que se discutiera en juicio su filiación; así como los posibles daños que pudiera reclamar en virtud de una operación anómala o una selección inadecuada del semen. Debe descartarse en una futura legislación la factibilidad de que el hijo nacido mediante el sistema de inseminación artificial, pueda realizar acciones jurídicas tendientes a establecer su filiación con el dador del semen, a fin de evitar que el referido dador tenga las obligaciones inherentes a la paternidad.

c. El consentimiento.

Es un requisito de existencia del contrato de inseminación artificial. Sin el consentimiento de todos y cada uno de los sujetos que participan en dicho contrato, el médico no debe proceder a la inseminación.

La mujer por sí sola puede consentir que se le insemine, en caso de ser soltera; en cambio, para el supuesto de ser casada, su consentimiento solo no basta, sino que debe concurrir con el consentimiento marital. Tal consentimiento deberá ser otorgado por escrito, con el propósito de que sirva como prueba para el caso de un posible desconocimiento de la paternidad. Dicho contrato (en donde necesariamente se incluye el consentimiento) deberá conservarse en estricto secreto y sólo podrá darse a conocer por orden de autoridad competente.

Otro consentimiento que deberá de tenerse en cuenta es el del "dador" o emite de del líquido seminal; pero al contrario de lo que ocurre en la persona casada, éste no parecería indispensable exigirlo de manera inequívoca y expresa que la que resulta del hecho de poner en manos del cirujano, o del intermediario en su caso, el fluido que se va a utilizar en la inseminación artificial. Aunque no es remota la posibilidad de que una persona (premio nobel, personaje famoso, funcionario de alto nivel, etc.) emitiera su semen para otro fin (ejem. estudio de laboratorio) y que sin su consentimiento se usara su fluido seminal para inseminar a una mujer. Por ello, para una mayor seguridad jurídica, es necesario que el consentimiento conste por escrito.

d. Objeto del contrato.

Consiste en la obligación del médico de prestar un servicio profesional, mediante el pago fijado, quedando ejecutado con la realización de los actos técnicos o científicos en que consiste la inseminación de la mujer. El objeto del contrato de inseminación artificial, lo constituyen obligaciones de hacer, las cuales tienen tanto una posibilidad física como una jurídica. En cuanto que no existe una ley de la naturaleza que impida la realización del hecho y tampoco existe una norma de derecho que constituya un obstáculo insuperable para su ejecución.

Es de considerarse, que el objeto del contrato de inseminación artificial es lícito, atendiendo a que no es contrario a la ley, al no existir norma alguna que lo prohíba; independientemente de que no se encuentra plenamente regulado, sí existe la autorización legal para su práctica, conforme a lo

dispuesto por la Ley General de Salud. Por lo cual concluiríamos que, la inseminación artificial como pacto es un contrato innominado cuyo objeto es lícito, siempre que al aplicarse en una mujer casada o que viva en concubinato, se cuente con el consentimiento de su pareja (esposo o concubinario); o con sólo el consentimiento de la mujer, cuando no sea casada.

e. Contrato de adquisición del semen.

Eventualmente, cuando la inseminación artificial es heteróloga, puede existir otro contrato; no precisamente accesorio, en cuanto que existe en forma autónoma, que es el de adquisición del semen.

Este contrato suele celebrarse entre el médico (o institución quirúrgica) y el dador o emisor del semen (mal llamado donante); o bien, podría darse el caso que se celebre entre la mujer (conjunta o separadamente del esposo o concubinario) y el dador. En virtud de dicho contrato "el dador" se obliga a la entrega del fluido seminal que se empleará en la inseminación artificial. A su vez, la otra parte se obliga a pagar el precio pactado. Aunque también podría tratarse de un contrato de donación, en donde tal transferencia sería a título gratuito; lo que incluso, es más recomendable.

Al no ser donación dicho contrato, se discute si se trata de un típico caso de compraventa de una porción del cuerpo humano y por tanto, sería nulo en cuanto a que se haya fuera del comercio, o que, constituye un objeto "imposible", en el sentido de que no existe como cosa independiente mientras

no se someta "el dador" a alguna actuación que produzca la separación de la cosa vendida.

Al efecto, es de considerarse que el objeto del contrato contiene una obligación de dar, que a su vez es físicamente posible en virtud de que existe en la naturaleza, y que además, es posible jurídicamente en cuanto a que sí está en el comercio (prueba de ello es que es susceptible de venta) al no existir una norma jurídica que lo prohíba siendo susceptible de apropiación.

Es de verse que este contrato no atenta a leyes de orden público (ni a ningún otro tipo de ley) y tampoco va en contra de las buenas costumbres. Esto, debido a que por un lado existe una incipiente legislación en la Ley General de Salud, como se verá en el desarrollo del presente capítulo. Además de que existe un orden social en el que es aceptado debido al avance de las ciencias biomédicas; de la elevación del nivel educativo de la sociedad; de la influencia de los medios masivos de comunicación que dan cuenta de lo que hace en otras sociedades y países. Factores todos, que han hecho superar la posibilidad de se considerara a dicho contrato como atentatorio de las buenas costumbres.

B. Métodos de la inseminación artificial.

En este apartado, más que las formas médicas de cómo puede realizarse la inseminación artificial, las cuales se clasifican en función de la parte de los órganos reproductores femeninos en los que se deposita el semen, se hace la clasificación dependiendo de la persona que es emite

del mismo. En razón de que si se encuentra o no casado con la persona que va a ser inseminada artificialmente y de que si ésta es o no soltera, dándose además la conjugación de diversas situaciones. Estos supuestos son los que a nosotros nos interesa, por sus consecuencias, si tomamos en cuenta que la materia del presente trabajo se avoca al derecho familiar.

Por separado se establece la fecundación realizada por inseminación artificial en laboratorio y en forma extracorpórea, que representa otra problemática particular.

1.- La inseminación artificial homóloga.

La inseminación artificial homóloga es aquélla en la cual se utiliza el semen del esposo para realizar el procedimiento médico; también se le conoce como inseminación artificial conyugal, la terminología médica ha adoptado la denominación que en el idioma inglés se le da, utilizando sus iniciales A.I.H. (Artificial Insemination Husband).

Este tipo de inseminación artificial se divide a su vez en propia e impropia:

a) Inseminación artificial homóloga impropia.

Es el procedimiento en virtud del cual, el médico únicamente coadyuva para lograr que el semen (los espermatozoides) avancen adecuadamente para lograr la fecundación del óvulo, realizando tal procedimiento después de que los esposos han realizado el coito de manera natural y que por deficiencia en

la movilidad de los espermatozoides o cualesquier otra causa fisiológica, se impida la fecundación adecuada. Este tipo de inseminación, consideramos que no representa problemática alguna en el derecho. Constituye la única forma de inseminación artificial que acepta la iglesia católica.

b) Inseminación artificial homóloga propia.

En este tipo de inseminación, el semen del esposo se toma de una muestra previamente eyaculada y mediante los procedimientos médicos adecuados se introduce en los órganos reproductores femeninos para procurar la fecundación del óvulo. Este método fue muy utilizado durante las guerras de Corea y de Vietnam por los soldados norteamericanos que a pesar de su ausencia tenían el deseo de procrear con sus respectivas esposas. También es utilizado muy comunmente en forma congelada, cuando el esposo se va a someter a alguna intervención quirúrgica que pudiera traerle como consecuencia la impotencia o la esterilidad, y mediante la conservación del semen podría tener descendencia aún con posterioridad a la presentación de tales incapacidades.

Esta forma de inseminación, como más adelante se analizará, traería como posibles conflictos en el derecho de familia, el desconocimiento de la paternidad del esposo que, pudiendo comprobar su ausencia e imposibilidad física para concebir alegraría tales supuestos a fin de que el hijo de la esposa no se considerará como hijo de ambos. Situación que podría darse en virtud de la redacción del Código Civil, a pesar de que biológicamente fuese hijo

suyo. Así también, daría lugar a la problemática que encierra la inseminación *post mortem*.

2.- La inseminación artificial heteróloga.

La inseminación artificial heteróloga o extraconyugal es aquella que se da cuando el espermatozoide proviene de una tercera persona que no es el marido, a quien la generalidad le denomina "donante" y que en realidad es alguien que ha vendido su fluido seminal. Aquí cabe ubicar a la inseminación artificial de mujer soltera o viuda, quien puede ser inseminada con espermatozoide de uno o varios donadores, conocidos o desconocidos.

Una forma de inseminación artificial, a la que denominaremos mixta, es en la que se mezcla el semen de uno o varios donadores con el semen del esposo para que sea esta mezcla con la que insemine a la mujer. El propósito de este método es crear la idea, en caso de concepción, de que la criatura pudiera ser (desde el punto de vista psicológico) un producto del esposo. Lo que cierra la posibilidad, además, de que en el futuro el esposo pudiera discutir la paternidad del producto de la concepción.

3.- La inseminación artificial "in vitro".

La inseminación artificial "in vitro" es la única operación médica que puede denominarse fecundación artificial, dado que es en ella donde se logra la penetración del espermatozoide en el óvulo, se le conoce como fertilización "in vitro" o fecundación extracorpórea "in vitro", la cual es definida como:

"...Procedimiento a través del cual una vez capturado el óvulo, se somete a fecundación " *in vitro* " con espermatozoides previamente incubados para la formación embrionaria. La implantación uterina se hace posteriormente..." (27).

El método de inseminación artificial "*in vitro*", consta de los siguientes pasos:

- a. Extracción de un óvulo maduro proveniente de una mujer fértil pero infecundable.
- b. Inmediata inclusión del mismo (también puede ser congelado para su conservación) en un medio especial de cultivo para ser fecundado por uno de los espermatozoides (del cónyuge o del "donador") recogidos momentos antes o congelados;
- c. Pasaje del huevo (óvulo fecundado) a un nuevo medio de cultivo donde permanecerá hasta haberse segmentado en 8-16 células;
- d. Depósito del huevo en la cavidad uterina, para que libremente busque el lugar de implantación en la mucosa del órgano (28).

Esta forma de inseminar es la que comúnmente se ha conocido como la

(27) AYALA, Aquiles. "Montaje de Tecnología para la Fertilización " *in vitro* ". Memorias del Curso sobre Avances de la Biología de la reproducción de la Asociación Mexicana para el Estudio de la fertilidad y la Reproducción Humana. México, 1985, p. 119.

(28) Cfr. BONNET, E.F.P. "Fecundación Extracorpórea " *in vitro* ". Consideraciones Médico Legales". La Prensa Médica Argentina, Vol. 67, No. 11. Buenos Aires, Arg. 1980, p. 536.

que origina los "bebés de probeta", término derivado de la errónea denominación que en 1934 le dió el ginecólogo germano Rohleder, a la inseminación artificial, llamándola "test tube baby" (29); el nacimiento del primer bebé obtenido mediante este procedimiento fue comunicado en 1978 por Eduards y Steptoe investigadores de la Universidad de Cambridge, Inglaterra; habiendo reportado en 1976 un caso de embarazo tubario posterior a la fecundación "in vitro" y transferencia embrionaria (30).

La fecundación extracórporea "*in vitro*", es la forma que más problemática jurídica conlleva, en virtud del trasplante de embriones que ha dado lugar a que existan madres substitutas o subrogadas, que se utilizan para lograr la gestación del embrión fecundado, con genes de otras personas.

C. La maternidad por contrato.

A partir de que surgió la posibilidad de la fecundación "*in vitro*", se dió la factibilidad de transplantar los embriones originados por la fecundación de las células reproductoras de los esposos. Creando también, la posibilidad de que dichos embriones fueran transplantados a otra mujer para su gestación y una vez nacido el hijo, fuera entregado a la madre genética.

Tomando como base el anterior principio, en diversos países como: Estados Unidos de América, Australia, Francia, Italia e Inglaterra, ha surgido

(29) *Ibid.*

(30) Cfr. GUZMAN, Aurea Violeta. Op. Cit. p. 60.

una forma de contratación "*sui generis*" en cuanto que puede pactarse que el óvulo fecundado por un espermatozoide del esposo, puede ser gestado en el útero de una tercera persona, llamada madre "nodriza", u "hospedadora", "subrogante" o "anfitriona", para diferenciarla de la madre biológica o genotípica, pactándose la entrega del hijo a ésta última, una vez nacido.

Puede darse el caso de que la esposa sea la "madre subrogante" si físicamente puede llevar a cabo la gestación, para lo cual necesita la "donación" de un óvulo de una tercera persona, para que sea fecundado con un espermatozoide del marido.

Con base en una serie de combinaciones de los anteriores supuestos, se establecen diversos actos jurídicos que plantean una seria problemática en el derecho de familia, lo que en apartados subsecuentes se analizarán a la luz del derecho de familia vigente en nuestro país.

D. Efectos morales de la inseminación artificial.

Si por moral entendemos un conjunto de normas y reglas de acción no coactivas, destinadas a regular las relaciones de los individuos en una comunidad social dada. El significado, función y validez de ellas no pueden dejar de variar históricamente en las diferentes sociedades. Mismas que en la actualidad ejercen una influencia entre sí, en su interrelación permanente en el contexto general de naciones. Con el predominio de los valores que las sociedades dominantes consideran como moralmente buenos. En este contexto, es de considerarse que la moral se ha ido transformando de manera

histórica, conformada por la suma de hábitos continuados de los individuos que se interrelacionan en una sociedad determinada y en un tiempo y lugar específico, de tal manera que: "La historia nos muestra una sucesión de morales que corresponden a las diferentes sociedades que se suceden en el tiempo. Cambian los principios y normas morales, la concepción de lo bueno y lo malo, así como de lo obligatorio y lo no obligatorio" (31). En razón de ello y aceptando de antemano el relativismo de los valores morales de nuestras sociedades, podemos establecer que el fenómeno de la inseminación artificial ha venido a trastocar los principios fundamentales axiológicos de nuestro medio social, en el que sólo se podía entender que la procreación debía darse exclusivamente a través del contacto sexual fisiológico, haciendo de ello uno de los objetos del matrimonio, a grado tal que, existen legislaciones en las que se penaliza la falta de relaciones sexuales después de celebrado el matrimonio, con la nulidad del mismo por falta de "consumación". Ahora bien, tal esquema mental surge ante la creencia de que sería imposible procrear seres humanos en otra forma distinta a la normal y además de que se ha pensado que el hombre no debe ir más allá de donde lo establece la naturaleza. Situaciones superadas con el desarrollo científico, generador de nuevos actos jurídicos, como lo son: la inseminación artificial, los bancos de semen, la maternidad subrogada, el transplante de embriones, etc.. Figuras carentes de regulación jurídica adecuada y con incipientes estudios doctrinarios.

En cuanto a la inseminación artificial se han dado tendencias opuestas

(31) SANCHEZ VAZQUEZ, Adolfo. Ética. Editorial Grijalbo S. A. Sexta Edición, México, 1973, p. 41.

para su uso o techazo; por un lado están quienes ante una pretendida moral superior rechazan tajantemente el uso de cualesquiera de estas técnicas; aún tratándose de fecundación con semen del propio esposo, arguyendo de que nadie debe de actuar en contra de las disposiciones de la naturaleza. Por lo que según su dicho, es preferible que una pareja se resigne a no tener descendencia. También argumentan los que rechazan la utilización de la inseminación artificial, que la forma de obtención del semen es notoriamente inmoral dado que se consigue a través de la masturbación. Sobre todo, si se toma en cuenta que puede ser una tercera persona (el dador o emittente) quien otorgue el semen, haciendo de eso una actividad lucrativa que lo haría caer en un principio animal al tener descendencia como un "semental", amén de que es inmoral el manipular constantemente en la vagina de la mujer. Mención específica se hace en cuanto a la fecundación "in vitro", en donde se trabaja con embriones, los cuales encierran el principio de la vida humana a grado tal que, en el laboratorio se puede y a veces, se le deja morir a pesar de que es susceptible de considerársele como un ser humano. Por otro lado, quienes pugnan por la utilización de la inseminación artificial, manejan como principal argumento que toda pareja tiene el inalienable derecho de tener descendencia, y de que a través de este procedimiento, toda mujer vería culminado su instinto maternal. En cuanto a que el método de obtención del semen es inmoral, manifiestan que estadísticamente la mayoría de la población se ha masturbado alguna vez en su vida, por lo que, si se entiende la moral como hábito aceptado en una sociedad, la masturbación no es en forma alguna inmoral.

Sobre el particular consideramos que la inseminación artificial y el trasplante de embriones, puede llegar a solucionar diversos problemas de infertilidad y de ausencia de descendencia de infinidad de parejas; apoyándolos para lograr uno de los fines de la familia, a grado tal de que, la reproducción se ve no tan sólo como un derecho sino como una obligación del individuo. Tal situación puede corroborarse desde el punto de vista jurídico, con sólo ver las disposiciones legales relativas al matrimonio en nuestra legislación vigente. El procedimiento en estudio, creemos que sólo debe utilizarse cuando se hayan agotado todas las posibilidades médicas de lograr la descendencia en la pareja en forma natural y como última alternativa de reproducción.

Dicha técnica es la alternativa más adecuada para resolver el problema de infertilidad en la pareja y la que hace más viable el llamado derecho a la procreación como un derecho humano fundamental. En la medida en que la reproducción en el ser humano no constituye un simple acto instintivo, sino la confirmación de su existencia, en cuanto a que puede crear vida, y a través de ella, sobrevivir en sus descendientes.

Acorde con los anteriores planteamientos, Ruy Pérez Tamayo manifiesta que: "...esta técnica representa el acceso a una de las experiencias más maravillosas que puede vivir un ser humano, la paternidad, y que puede habersele negado por razones triviales desde un punto de vista patológico, pero cruciales en relación con el objetivo final" (32). Amén de que

(32) PEREZ TAMAÑO, Ruy. "Fertilización extracorpórea: aspectos morales y filosóficos". *Ciencia y Desarrollo* (CONACYT), No. 65, Año XI, México, Nov/Dic. 1985, p. 19.

necesariamente debiera de establecerse una legislación al respecto para evitar abusos de quienes intervienen en el procedimiento; llámese médico, madre, padre, donante, etc.. En cuanto a los esposos que opten por la inseminación o a la mujer soltera que así lo quiera, deberán de demostrar madurez emocional, a efecto de que en el futuro no utilizarán como estigma en contra del descendiente el ser producto de la inseminación artificial. Dicha madurez emocional deberá ser evaluada por un equipo interdisciplinario formado por médicos, sociólogos, psicólogos, abogados y pedagogos; y a fin de que valoren la conveniencia de tal operación.

En nuestro país se ha dado una práctica que consideramos inmoral de la inseminación artificial, y que consiste en el hecho de que mujeres solteras o casadas, pertenecientes a las clases acomodadas acuden a inseminarse artificialmente a las clínicas norteamericanas, sin tener necesidad de ello y con el único propósito de escoger en el banco de semen respectivo a un "donante" que reúna los requisitos de "belleza física", del tipo anglosajón con un fin netamente racista de tener hijos blancos, rubios y con ojos verdes o azules. A grado tal, de que con ello podría darse un conflicto jurídico respecto a la nacionalidad del hijo así nacido; en cuanto a que por el principio del *jus sanguinis*; podría ser considerado como hijo de extranjero. Lo que aumentaría la conflictiva de la interpretación jurídica, al concurrir normas de otro país.

E. Efectos religiosos de la inseminación artificial.

El supuesto básico a señalar en este apartado es el respeto a todas las creencias religiosas de cada persona, por lo que el acatar o no el principio de

su religión implica la capacidad de disentir respecto de la jerarquía y obligatoriedad que pueda tener el considerarse parte de una institución o el de profesar una idea respecto a un ser superior. Siendo que el principio de toda norma religiosa es que su inobservancia carece de sanción, por lo que es materia de la conciencia del individuo que la profesa, el adecuar o no, su conducta a la misma.

Iniciaremos el análisis con la religión católica, el cual será el más amplio en virtud de que es de la que mayor, información poseemos y porque es la religión que en forma mayoritaria se profesa en nuestro país.

1.- Religión Católica

Han sido diversos los pronunciamientos de la iglesia católica en relación a la inseminación artificial y sus figuras análogas.

a. "El Santo Oficio, al responder el 24 de marzo de 1897 a una pregunta sobre la fecundación artificial, la considera ilícita..." (33).

b. "Pío XII reprueba toda inseminación artificial propiamente tal y sólo admite el empleo de ciertos medios artificiales que faciliten el acto natural o que le hagan alcanzar su fin, una vez cumplido normalmente" (34).

(33) LEON FEIT, Pedro, Op. Cit. p. 46.

(34) *Ibid.* p. 49.

El último y más extenso documento emitido por la iglesia católica y que se refiere a la inseminación artificial, es el publicado en el semanario **L'OSSERVATORE ROMANO** de fecha 15 de marzo de 1987; en dicho documento (35) se establece esencialmente lo siguiente:

- 1) El embrión, sea viable o no, debe ser respetado como persona desde el primer momento de su existencia.
- 2) La práctica de mantener en vida embriones humanos, *in vivo* o *in vitro*, para fines experimentales o comerciales, es completamente contraria a la dignidad humana.
- 3) No es conforme a la moral exponer deliberadamente a la muerte embriones humanos obtenidos "*in vitro*".
- 4) La fecundación de gametos humanos y animales, y la gestación de seres humanos en el útero de animales, así como la construcción de úteros artificiales son contrarios a la dignidad del ser humano y "lesionan el derecho de la persona a ser concebida y a nacer en el matrimonio y del matrimonio".
- 5) Los intentos de obtener un ser humano sin conexión con la sexualidad (fisión gemelar, clonación, partenogénesis) son contrarios a la dignidad tanto de procreación humana como de la unión conyugal.
- 6) La congelación de embriones constituye una ofensa al respeto debido a los seres humanos.

(35) El documento se denomina: "Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación".

7) Se descarta la fecundación artificial heteróloga porque atenta a la unidad del matrimonio que implica el llegar a ser padre o madre, el uno a través del otro. El recurso a los gametos de una tercera persona, para disponer del espermatozoides y del óvulo, constituye una violación y falta grave contra el compromiso recíproco de los esposos.

8) Es moralmente injustificable la fecundación artificial de una mujer no casada, soltera o viuda, sea quien sea el donador.

9) La maternidad "sustitutiva" o "subrogada" es moralmente ilícita porque representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable.

10) La fecundación homóloga "*in vitro*" es contraria a la moral católica.

11) No se admite la inseminación artificial homóloga propia; lo único que se admite es la inseminación artificial impropia, en cuanto que únicamente facilita que el acto natural realizado de modo normal alcance la fecundación.

Concluiríamos que, la iglesia católica, descarta todas las formas de inseminación artificial y de fecundación extracorpórea *in vitro*, aceptando exclusivamente la inseminación artificial homóloga impropia; en cuanto que ésta únicamente constituye una ayuda a la cópula, dado que el papel del médico se reduce a depositar en el lugar adecuado los espermatozoides eyaculados previamente por el esposo en la relación sexual normal, a efecto de que puedan fecundar al óvulo de la esposa.

2.- Protestante.

Condenan la inseminación artificial extraconyugal o heteróloga; discrepando algunos teólogos en cuanto a la inseminación artificial homóloga; así como con el procedimiento de masturbación para recoger el espermatozoides (36).

En cuanto a la fecundación *in vitro* los autores de este credo, se pronuncian en contra, en virtud de los riesgos para el embrión el cual puede dañarse irreparablemente. El Consejo Británico de Iglesias opina que el procedimiento es aceptado siempre y cuando se oriente a la implantación en el útero y que se tomen las precauciones para evitar al producto los riesgos de malformaciones (37).

3. Judaica.

Los teólogos de esta religión coinciden en rechazar la inseminación artificial heteróloga; las opiniones se dividen en cuanto a la inseminación artificial homóloga; la misma división se da en cuanto a la fecundación artificial *in vitro*, dado que algunos al interpretar el talmud nos dicen que "la masturbación es asimilable a un asesinato" y otros manifiestan que dicho libro enseña que "Dios desea la cooperación del hombre" (38).

(36) Cfr. RAMBAUD, RAYMOND. El Drama Humano de la Inseminación Artificial. Edit. Impresiones Modernas, S.A. México, 1953, p. 168-172.

(37) Cfr. VAZQUEZ BENITEZ, Efraín. "Aspectos éticos y legales de la fertilización *in vitro* y el trasplante de embriones". Memorias del Curso... p. 301.

(38) Cfr. RAMBAUD, Op. Cit. pp. 173-176.

Como es de verse, tales religiones descartan esencialmente la inseminación artificial y fecundación *in vitro* de carácter heteróloga. Sin embargo, la práctica médica enseña que el ser humano se aparta y disiente de lo que manifiestan los altos jerarcas de las instituciones religiosas, a pesar de tener alguna creencia respecto de un ser superior que domina la naturaleza y el actuar de los hombres. Por lo que, es de considerarse que independientemente del predominio de alguna religión en una sociedad determinada, la inseminación artificial cada día se va haciendo más común en aquéllas personas que padecen la esterilidad en algunas de sus formas.

F. Efectos sociales de las inseminación artificial.

La inseminación artificial ha traído como consecuencia diversas situaciones que han modificado algunas normas sociales que se tenían como valederas por mucho tiempo. Dentro de ellas, se encuentra la posibilidad de que una mujer dé a luz un hijo que genéticamente no sea de su esposo y que haya sido concebido sin haber cometido adulterio o cualquier otro delito ignominioso.

La sociedad mundial en lo general, y la estadounidense en lo particular, se ha visto angustiada ante un resultado negativo de la masificación del uso de la inseminación artificial, como lo es el hecho de que el método en estudio ha sido uno de los mecanismos a través de los cuales se ha transmitido la llamada "enfermedad del siglo", es decir, el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA).

En las sociedades subdesarrolladas económicamente como la de nuestro país, en donde la mayoría de la población es joven y con alta capacidad de reproducción que origina la explosión demográfica, la inseminación artificial se ve con cierto recelo al pensarse que traería como consecuencia un mayor índice de natalidad. Posición por demás incorrecta, si tomamos en cuenta que el número de personas que nacerían a través del sistema mencionado sería reducido, sobre todo, en las condiciones actuales en los que los costos son demasiado elevados, haciéndose prohibitivos para las clases populares, que en definitiva, constituyen la mayoría de la población.

En una sociedad como la nuestra, en crisis económicas (que avisóramos será permanente) es necesario considerar los gastos que se realizan y se tendrían que realizar en la implantación de los medios, ejecución de procedimientos y vigilancia de resultados de la inseminación artificial que limitaría aún más la asignación de fondos a otras áreas de la salud.

Por lo que de no realizarse el referido método en programas oficiales haría aún más clasista la aplicación del avance de la ciencia biomédica; hipótesis que nos lleva a pensar en la implantación en los organismos de salud oficiales de departamentos de inseminación artificial; con bancos de semen y de óvulos, que se utilicen en el país a efecto de que, previos los exámenes socioeconómicos y de solvencia moral, se asignasen cuotas de recuperación en proporción directa a la capacidad económica del usuario. A efecto de lograr que los económicamente poderosos coadyuvaran con sus aportaciones en favor de los más desposeídos.

El uso indiscriminado de los procedimientos de inseminación artificial, de no ser regulado por la legislación, podría traer consecuencias negativas a nuestra sociedad, al propiciar el abuso de la técnica en favor de unos pocos que podrían seleccionar las personas que debieran nacer. Sin embargo, existen amplias expectativas sobre los beneficios sociales de la utilización del método en estudio, como lo serían: la eliminación de enfermedades hereditarias y de defectos congénitos en los niños, un nuevo promedio de vida y menos muertes por enfermedades.

El tema puede y debe convertirse en cuestión de debate público, a efecto de que la sociedad participe en la fijación de directrices legislativas que regulen la práctica de la inseminación artificial y métodos complementarios; y que no quede sin abordarse como hasta ahora, por temores a las consecuencias políticas que su normatividad traería.

G. Efectos psicológicos de la inseminación artificial.

La inseminación artificial y sus fenómenos correlativos, traen aparejados diversos efectos que se reflejan en variadas actitudes conductuales. Tales consecuencias son de diversa índole, según se presenten en cualesquiera de los sujetos que intervienen en la misma o en el producto de la concepción.

A la mujer que pretende inseminarse artificialmente, así como a su pareja, en su caso, deberá someterse a un estudio completo de personalidad. A efecto de pronosticar las consecuencias que en su conducta

futura, traería el hecho de utilizar un procedimiento que posiblemente en su núcleo familiar o grupo social no fuese aceptado. El hecho de que la mujer inseminada artificialmente no aceptase inconscientemente el procedimiento, a pesar de manifestar todo lo contrario, sería un trauma permanente en su relación con el hijo y le crearían un fuerte sentimiento de culpabilidad, que se reflejaría en conductas anormales en su interactuar personal. De especial interés debe ser el análisis que se realice a la pareja de la mujer por inseminar, sobre todo tratándose de la fecundación o inseminación heteróloga, a fin de evitar que surja con el futuro "hijo", sentimientos de rechazo o aversión en su vida cotidiana. Podremos imaginarnos los resultados que traería el hecho de que un hijo nacido por inseminación artificial heteróloga, hiciera enojar a su padre "jurídico" y en un arrebato de exasperación le descubriera que él no es su padre y manifestara la verdad del procedimiento.

Partiendo de la tesis psicoanalítica de que la personalidad principia a formarse a partir del momento de la concepción, es de notoria importancia el prever las posibles consecuencias que traería para el ser humano la constante manipulación de los embriones. Ahora ¿qué consecuencias nos traería la congelación de los gametos?. En los Estados Unidos de América, se ha tratado de hacer un seguimiento de los efectos conductuales y emotivos que en el nacido bajo tal sistema ha tenido la utilización del método en estudio. Los avances en ese sentido han sido casi nulos, dada la negativa de los padres a que los psicólogos sigan entrevistando a los niños cuando van creciendo, ante la posibilidad de que descubran los singulares comienzos de su vida.

Los hijos nacidos bajo el procedimiento de inseminación artificial, al conocer su origen, han sufrido de angustia y ansiedad permanente por conocer a su padre biológico. Con ese fin, en 1974 en los Estados Unidos de América, se fundó la International Soundex Reunion Registry, para contactar libre de cargo, a los hijos con sus padres biológicos que nunca han conocido, porque "muchos de los niños que son producto de la inseminación artificial se sienten usados" (39).

En cuanto a los efectos psicológicos sobre los sujetos que intervienen en la inseminación artificial, se carecen de estudios científicos serios, los que con el tiempo tendrán que ir dándose a partir de la popularización del método en estudio y cuando los padres no oculten a los científicos de la conducta, el origen de sus hijos que pudieran presentar algún rasgo patológico en su personalidad.

(39) Cfr. ANDREWS, Lori B. ¿De quién soy hijo?. *Psychology Today/Español*, No. 2, Año 1, Noviembre, 1986, Madrid, España, pp. 10-17.

CAPITULO CUARTO

ANALISIS DE LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

A. Efectos de la inseminación artificial en relación al parentesco.

La inseminación artificial influye de diversas maneras en el parentesco de las personas, en cuanto que rompe con el esquema tradicional de conceptualización del parentesco, ya que difiere de la idea de descendencia de un "progenitor o tronco común". Habida cuenta de que existe la posibilidad mediante su utilización, de ser parientes o crear parentesco en el sentido jurídico del término y no serlo en términos biológicos.

Jurídicamente la idea de parentesco surge como descendencia genética de un tronco común, y como tal, el nexo resultante de la inseminación artificial no concuerda cabalmente con la misma.

Esta situación, para el derecho, no le es completamente desconocida. Porque para los casos de hijos nacidos de adulterio o cuando ocurre el nacimiento de los hijos antes o después de los plazos en que la ley presume expresamente la paternidad, establece que, si el esposo no ejercita y prueba la acción de desconocimiento de la paternidad, los hijos así nacidos se reputarán hijos de matrimonio. Determinándose este parentesco, no en razón del lazo biológico, sino en razón de la seguridad e integridad del núcleo familiar, conclusión derivada de una ausencia de acción. Por lo que, en el caso de la inseminación artificial aplicada al derecho vigente, esta ausencia de acción trae como consecuencia inmediata, el reconocimiento como pariente

consanguíneo de alguien que en estricto sentido no lo es, al ser procreado mediante este procedimiento. Toda vez que los hijos así nacidos se integran a la esfera jurídica de los padres ulteriores, quienes son los que han solicitado de tal manera su concepción.

En sentido genérico, consideramos que la problemática de la inseminación artificial en relación al parentesco, se subsume a la ubicación de dicho procedimiento en la filiación, por lo que las conclusiones y análisis que en esta última resulten, serán valaderas para las relaciones de parentesco, dado que el parentesco más cercano es el resultante de la filiación y al no existir ésta, tampoco existiría la relación secundaria. Cabe aclarar que lo antes manifestado, se refiere al concepto básico de parentesco consanguíneo, al no ubicarse éste en el llamado parentesco por afinidad que constituye una asimilación al primero, así como tampoco al parentesco civil. Sin embargo, no podemos desconocer que la pareja o individuos que deciden concebir a través de sistemas artificiales lo hacen en forma genérica, bajo las mismas circunstancias de quienes lo hacen a través del sistema biológico natural; por lo tanto, los efectos jurídicos en uno y otro caso deben ser iguales, entre el nuevo ser y los padres ulteriores.

B. Efectos de las diversas formas de inseminación artificial en relación a la filiación.

1. Inseminación artificial homóloga en relación a la filiación.

Cabe recordar que la inseminación artificial homóloga surge y se da cuando se insemina a la esposa con el semen del esposo. En nuestro

derecho, cabe emplear dicho concepto a los casos de relaciones de pareja no unidas en virtud del matrimonio, pero que la ley le da prácticamente los mismos efectos, como lo es el concubinato; diferenciamos ambas situaciones, dado que presentan una problemática distinta.

a. Efectos de la inseminación artificial homóloga en la mujer unida en matrimonio.

En lo general podemos afirmar que este tipo de inseminación no produce efectos diferentes a los que se darían en una relación sexual normal, dado que el procedimiento en estudio no varía en forma alguna sobre la maternidad o paternidad de los cónyuges, en virtud de que serían las células reproductoras de ambos esposos (óvulo y espermatozoide) las que al fecundarse darían lugar al nuevo ser, dentro de los supuestos y presunciones ya previstos por nuestro Código Civil, siendo casi imposible en este caso la objeción de la paternidad.

La problemática surgiría en este tipo de inseminación, en el caso de que el esposo fuese impotente para la cópula. Situación que no debe confundirse con la infertilidad, porque en este último caso, a pesar de que se le inseminara artificialmente, la esposa nunca podría llegar a ser fecundada. La impotencia para la cópula podría ser de tipo orgánica o fisiológica.

En el caso de la impotencia orgánica para la cópula se daría cuando debido a una operación, accidente o deformación congénita, el esposo careciera del pene, órgano indispensable para efectuar el acto sexual.

La hipótesis de impotencia fisiológica para la cópula, situación más común en nuestras sociedades, surge a partir de fallas en el proceso de irrigación sanguínea del aparato reproductor masculino o por problemas de tipo psicológico, circunstancias que lo imposibilitan para lograr la erección del miembro viril, impidiéndole ésto, el tener una relación sexual normal.

Ambos supuestos darían lugar a que se pudiera alegar procesalmente, en caso de controversia, lo establecido en el artículo 325 del Código Civil, que establece como única prueba en contra de las presunciones de paternidad, "...la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento".

Imaginémonos, que el esposo llegase a probar fehacientemente su impotencia para la cópula, y la esposa, no probara lo contrario, ya sea por la falta de una adecuada asesoría o por una superficial y literal interpretación que de la ley haga el juez, podría llegar a desconocerse la filiación del hijo, a pesar de que el padre hubiese aportado los genes masculinos para la procreación del descendiente, el cual biológicamente sí fuese su hijo.

Esta misma problemática se presentaría, en el caso de la inseminación artificial con semen del esposo que se encuentra en un lugar distante. El ejemplo ya clásico de este supuesto, es el que se dió cuando los soldados norteamericanos se encontraban en Corea y Vietnam quienes enviaron congelado su semen, para que sus respectivas esposas fuesen inseminadas artificialmente.

Esta hipótesis, aplicada a nuestra legislación civil vigente, traería como consecuencia que el hijo así concebido pudiera ser desconocido jurídicamente por el padre biológico, lo que acarrearía una seria disparidad y falta de lógica.

De lo anterior se puede inferir que los hijos así concebidos son hijos de matrimonio, en virtud de una adecuación de la norma jurídica a la verdad real.

Por lo que a fin de evitar tales aberraciones, se debe subsanar la laguna legal existente y legislar al respecto, tomando en cuenta los cambios y avances que la sociedad actual va alcanzando.

Consideramos que con sólo agregar a los artículos 324 y 325 del Código Civil, lo referente a que el esposo o concubinario que consienta por escrito en los términos de la Ley General de Salud, que su esposa o concubina sea inseminada artificialmente; y que tenga el resultado correspondiente, tampoco podrá desconocer o impugnar su paternidad, ésto para evitar injusticias y absurdos en la aplicación de la ley al caso concreto

Por lo que dicha redacción podría quedar de la siguiente manera:

Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges:

I.- ...

II.- ...

III.- Los hijos nacidos dentro de los términos antes mencionados, cuando el esposo haya autorizado o consentido en la inseminación artificial de

su esposa. Dicho consentimiento deberá constar por escrito, con la huella digital de los cónyuges y firmado ante la presencia de dos testigos. Además deberá especificarse si será con semen del esposo, de un dador, de ambos o de combinaciones especiales.

Podría agregarse a la redacción actual del artículo 325 que se refiere a que sólo se admitirá como prueba para contradecir la paternidad, el haber sido físicamente imposible al esposo, tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento.

Artículo 325. ... "Excepción hecha de cuando el esposo haya otorgado su consentimiento en los términos de la fracción III del artículo 324 precedente".

La falta de consentimiento del esposo en el caso de la inseminación artificial homóloga, no traería alguna consecuencia, cuando la esposa lograra obtener el semen del esposo pretextando otros fines y con dicho fluido seminal se produjese el embarazo, como consecuencia de la práctica de la inseminación artificial; ya que una decisión unilateral rompe con los principios y fines del matrimonio. Para que tal supuesto surja, consideramos que el esposo tendría toda una presunción en contra, porque necesitaría haber dado su semen previamente y se presumiría que lo hizo para que su esposa fuese inseminada. Claro está, sería una presunción *juris tantum*.

b. Efectos de la inseminación artificial homóloga de la mujer unida en concubinato.

Partimos de la base de que en la doctrina y la legislación civil mexicana, se entiende como concubinato el estado jurídico que se deriva de la unión de un sólo hombre y una sola mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como marido y mujer en forma permanente por período mínimo de cinco años o por un período menor cuando tienen hijos.

La filiación de los hijos de los concubinos que nazcan después de los ciento ochenta días contados a partir de que comenzó el concubinato y dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida en común de los concubinos, se presumirán hijos del concubinato. Tal presunción se desprende de lo establecido por el artículo 383 del Código Civil; ésta hipótesis deberá hacerse extensiva a los hijos concebidos mediante el procedimiento de inseminación artificial, siempre y cuando exista el consentimiento del concubinario para la utilización de esta técnica. Este consentimiento, que sería por escrito, e irrevocable después de practicada la operación; vendría a ser una presunción y principio de prueba en favor del menor procreado de esta forma. Esto para el caso de que posteriormente el concubinario no lo reconociera como hijo y se precisara de iniciar la investigación de la paternidad. Además de ello, dicho consentimiento configura un elemento más de la posesión de estado de hijo. Al efecto sería aplicable lo dispuesto por los artículos 382 fracciones II, III y IV; 383 y 384 del Código Civil.

En este sentido se hace extensiva la analogía con la esposa inseminada artificialmente, requiriéndose el consentimiento por escrito del concubinario.

Al respecto, la única legislación en nuestro país que habla de la inseminación artificial es la Ley General de Salud (40), así como su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud (41); así, manifiesta el ordenamiento primeramente mencionado en su artículo 466, lo siguiente:

"Al que sin consentimiento de una mujer o aún 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.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge".

Este ordenamiento es válido tanto para la inseminación artificial homóloga como para la heteróloga. En este sentido, de manera específica el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, a su artículo 40 fracción XI, expresa una definición de la inseminación artificial, llamándola "fertilización asistida", diciendo que: "Es aquélla en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización *in vitro*". Así también, dicho ordenamiento establece la obligatoriedad del consentimiento de los cónyuges o concubinos para la realización de la

(40) Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de febrero de 1984.

(41) Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 6 de enero de 1987.

inseminación artificial (fertilización asistida); en su artículo 43 establece:

"Para realizar investigaciones en mujeres ...para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21 y 22 de este reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido, en su caso.

El consentimiento del cónyuge o concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer, o bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido".

Cabe hacer hincapié que el artículo 21 a que se refiere la disposición transcrita, establece como una garantía, para el sujeto de investigación y su pareja: fracción VIII.- "La seguridad de que no se identificara al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad". En el artículo subsecuente se complementa la forma de cómo se otorgará el consentimiento, quedando de la siguiente manera:

"Artículo 22.- El consentimiento informado deberá formularse por escrito y deberá reunir los siguientes requisitos:

I. Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo anterior y de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría;

II. Será revisado y, en su caso, aprobado por la comisión de ética de la institución de atención a la salud;

III. Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de investigación;

IV. Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación no supiere firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona que él designe;

V. Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal".

Los requisitos contenidos en las disposiciones anteriormente mencionadas, son de relevante importancia para el derecho de familia, a pesar de que se refieren exclusivamente a aspectos meramente administrativos, que su omisión trae hasta el momento exclusivamente sanciones administrativas. Excepción hecha, de la sanción que establece el artículo 466 de la ya mencionada Ley General de Salud por falta de consentimiento para practicar la inseminación artificial o porque dicho consentimiento sea otorgado por una persona incapáz, estableciéndose para este delito especial la pena de prisión de uno a tres años si no se produce el embarazo y de dos a ocho años si dicho embarazo se produjere.

Razón por la cual consideramos que la legislación civil debiera contener aspectos que establezcan la paternidad para el cónyuge o concubinario que consienta en la inseminación artificial de su pareja, remitiendo todo lo relacionado a dicho contrato y técnicas similares a lo dispuesto en la Ley General de Salud, en donde debe regularse dicha práctica, a fin de establecer la normatividad que evite los excesos en la aplicación del método en estudio y que de la misma surja una seguridad jurídica en cuanto a la filiación del ser concebido a través de la inseminación artificial.

2. Efectos de la inseminación artificial heteróloga en relación a la filiación.

La inseminación artificial heteróloga o extraconyugal, es la que se da cuando estando la mujer casada o unida en concubinato, se utiliza el esperma de uno o varios emitentes ajenos a la relación conyugal o concubinaria, pudiendo además, mezclarse dicho esperma con el semen del esposo; siendo dicho dador, conocido o desconocido por la receptora y su pareja. También se clasifica como heteróloga la inseminación realizada en mujer no casada.

a. Efectos de la inseminación artificial heteróloga de mujer casada en relación a la filiación.

En este apartado analizaremos las consecuencias que trae aparejada la inseminación artificial de la mujer que estando casada es inseminada con esperma de un dador; dicha problemática es distinta cuando para la realización de tal procedimiento se cuenta o no con el consentimiento del esposo.

1) Inseminación artificial heteróloga con el consentimiento del esposo.

En este sentido, consideramos que cuando se cumplen todos los requisitos exigidos por la legislación sanitaria, ya mencionada, el problema de la filiación del hijo de mujer casada que nace dentro de los plazos que la ley presume para considerarlo como hijo de matrimonio, se debe estar a la

aplicación estricta de la ley. Siempre y cuando se haya otorgado el consentimiento del cónyuge. Siendo consecuencia de lo mismo, el atribuirle la paternidad al esposo; independientemente de que el padre biológico sea un tercero.

Aquí también, es aplicable la sugerencia realizada en relación a las modificaciones de la legislación civil, esencialmente en lo referente al desconocimiento de la paternidad, a fin de subsanar la laguna legal. Es posible que se afirme que la solución al problema, propuesta por nosotros es demasiado simplista y se nos preguntará ¿de dónde surge la filiación con el padre?

Por lo que nosotros consideramos que sin duda es un hecho nuevo, desconocido hasta ahora, de la existencia de la filiación sin paternidad biológica. Con esto planteamos que el derecho no siempre se apega a la realidad natural de manera escrupulosa, sino que tiene que analizar el "ánimus" de la conducta de los sujetos que se encuentran bajo su imperio. El hijo nacido de matrimonio, dentro de los plazos legales, es considerado apriorísticamente como del padre, sin que la ley exija que se pruebe el nexa biológico entre ambos, porque es de considerarse, que el nexa jurídico ya existe.

La filiación resultante de la inseminación artificial heteróloga con el consentimiento del esposo, es una especie de filiación de fundamento consensual que se deriva de la aplicación del avance científico en el ser humano.

La calificación de ser hijo nacido de matrimonio y por ende de ambos cónyuges, se da en todos los casos de inseminación artificial heteróloga que cuenta con el consentimiento del esposo; a pesar de que se llegare a utilizar el esperma de un dador conocido, situación ésta última, que se debe evitar a fin de no crear rencores, angustias o deseos insanos en cualesquiera de los elementos de la pareja.

2) Inseminación artificial heteróloga sin el consentimiento del esposo.

Este supuesto está constituido por una serie de actos que podrían traer aparejados ciertos ilícitos, se nos presenta cuando una mujer casada, por cualquier circunstancia decide inseminarse artificialmente con semen de uno o varios dadores sin el consentimiento de su esposo.

Analizado a través de nuestra legislación vigente, con una interpretación formalista y superficial de la ley, al hijo nacido bajo el supuesto anterior, podría considerársele a través de la presunción legal, como hijo del esposo.

En estricto sentido, si el esposo no ejercita acción alguna para desconocer la paternidad, por la circunstancia que sea, la filiación debe atribuírsele a él, porque con ello daría su consentimiento tácito o por omisión.

Sin embargo, no debemos olvidar que al derecho corresponde regular conductas tendientes a la integración del individuo a su colectividad y por lo

tanto, no es suficiente que tecnológicamente surja un adelanto para ser aceptado en el marco normativo, sino además debe ser un avance benéfico para el ser humano. Por lo tanto, si es posible aceptar la inseminación artificial en seres humanos, ésta debe ser para integrar al núcleo familiar y no como una causa de separación o desintegración.

El problema surge cuando se intenta impugnar su paternidad. Si en su acción el esposo alega la imposibilidad física de tener acceso carnal con su esposa, y logra probarlo, la sentencia que le recaiga será favorable a sus intereses. Pero si su acción se basa exclusivamente en el hecho de que el hijo no es suyo, porque fue concebido mediante el método de inseminación artificial, sin alegar la falta de cópula; en principio, el Juzgador que no hiciera el análisis concienzudo del caso podría desechar cualquier otro medio de prueba atento a lo dispuesto por el artículo 325 del Código Civil, sentenciando que debe considerarse al hijo como de matrimonio. Pero si hace uso de las facultades que le otorga el Código Adjetivo, en cuanto que puede allegarse cualquier medio de prueba que esté permitido por la ley -que no sean contrarias a la moral- y a través de las mismas, se logra probar que el hijo nacido se concibió mediante inseminación artificial heteróloga, sin el consentimiento del esposo. En este caso, debe considerarse que ese hijo no tiene nexos alguno con el esposo de la madre y que por lo tanto es de padre desconocido.

b. Efectos de la inseminación artificial heteróloga de la concubina en relación a la filiación.

En virtud de la asimilación que la doctrina y la legislación mexicana hace, en cierta medida, de los efectos jurídicos del concubinato y del matrimonio; podemos considerar que genéricamente debe tener el mismo tratamiento que las relaciones sancionadas por la institución del matrimonio. Por ello, se hace necesario diferenciar si la concubina para hacerse inseminar contó o no con el consentimiento del concubinario.

1) Inseminación artificial heteróloga de la concubina con el consentimiento del concubinario.

En este sentido es de considerarse que el consentimiento fue otorgado en la forma que establece la ley, es decir, por escrito y ante dos testigos. En este supuesto el hijo así concebido deberá considerarse como del concubinario, volviendo al principio de lo que hemos denominado filiación consensual. Este supuesto deberá darse dentro de los periodos a que se refiere el artículo 383 del Código Civil.

2) Inseminación artificial heteróloga de la concubina sin el consentimiento de su concubinario.

Consideramos que en el supuesto fáctico que mencionamos, la filiación del hijo de la concubina deberá atribuirse al concubinario dada la presunción legal, excepción hecha de cuando existe la contradicción de la paternidad y

que se llegase a probar que fue concebido con semen de uno o varios terceros ajenos a la relación de la pareja sin el consentimiento del concubinario. En este caso deberá considerarse que el hijo es de padre desconocido, a pesar de que hubiese nacido dentro de los períodos marcados por el artículo 383 del Código Civil ya mencionado. Ello sólo para el caso de objeción de la paternidad por parte del concubinario antes de que el producto sea presentado a su registro o halla gozado de la posesión del estado de hijo respecto del mismo.

c. Efectos de la inseminación artificial (heteróloga) de mujer soltera o viuda en relación a la filiación.

En principio consideramos que una legislación futura debiera establecer en qué casos específicos una mujer soltera o viuda pudiera ser inseminada artificialmente, a fin de no caer en posibles inmoralidades de que cualquier mujer pudiese ser inseminada artificialmente, situación que podría acarrear a la larga la disgregación de la filiación de la especie humana.

Ateniéndonos a lo dispuesto por la legislación vigente, consideramos que el hijo nacido mediante este procedimiento, de mujer soltera o viuda, sería de padre desconocido. A no ser que mediante sentencia ejecutoriada se le atribuya a una persona determinada la paternidad, o que, dicha persona (el dador del semen) lo reconociera como hijo suyo en el Registro Civil.

Sin perder de vista que la filiación en todos estos casos respecto de la madre, seguirá siendo resultado del hecho del nacimiento, y de que, los

dadores no deben tener ninguna relación jurídica con las receptoras, puesto que estos nunca han tenido el deseo de procrear o concebir ser alguno, con las características de hijo. Siendo su contribución solamente como parte de la terapia necesaria para que el médico pueda fertilizar a su paciente receptora, quien es titular de la voluntad de procrear un hijo con el auxilio de los avances científicos.

3. Efectos de la inseminación artificial *in vitro*, en relación a la filiación.

La inseminación artificial *in vitro*, llamada también fertilización extracorpórea o fecundación *in vitro*, es la forma que más graves y diversos problemas representa en relación a la filiación y demás consecuencias jurídicas, porque la misma va aunada a la posibilidad de un trasplante de embriones, que uniendo las diversas probabilidades de sus combinaciones, nos da una gama enorme de hipótesis que surgirían, de llevarlas a cabo,

Nos referiremos a los supuestos más viables, dado que la realidad puede llegar a ser mucho más compleja que todas las hipótesis imaginativas que aquí plasmáramos.

Las hipótesis que se plantean, para su análisis, las encuadramos en la legislación vigente con todas sus limitaciones. Lo ideal sería que en el futuro, el legislador estableciera una normatividad -reguladora- coherente con la realidad, a fin de garantizar una seguridad jurídica y evitar los excesos.

Entre las diversas variables, mencionaremos las siguientes:

a. Efectos de la inseminación artificial *in vitro*, en mujer casada, en relación a la filiación.

Los casos más comunes en la práctica biomédica, surgen en el caso de las mujeres casadas que como culminación a la unión conyugal, buscan la posibilidad de tener hijos; en este sentido nos referimos a diversos supuestos que pueden darse con la aplicación de este procedimiento en mujeres unidas en matrimonio.

1) Ambos esposos son los padres biológicos, asumiendo la esposa la gestación.

Este tipo de unión a la que la práctica médica denomina "bilateral", es la que menos problemas representa por la bilateralidad y comunidad de voluntades de la pareja para ubicar la filiación de los hijos nacidos mediante este procedimiento, porque para la fecundación *in vitro*, se utilizan las células reproductoras de ambos cónyuges. La justificación médica de este supuesto surge cuando la madre ha optado por realizarse la "ligadura" de las trompas de falopio, como método anticonceptivo, y después, decide tener más hijos; para lo cual se le extrae un óvulo maduro que es fecundado en el laboratorio con el espermatozoide del esposo, y el embrión es gestado hasta el nacimiento, en el útero de la esposa.

El hijo nacido bajo tal procedimiento tendrá toda la presunción de la ley -pudiendo corroborarlo- de ser hijo del esposo. Esto, porque suponemos que el padre dió su autorización para que su semen fuese utilizado para fecundar a su esposa; de no ser así, la filiación tendrá que seguir atribuyéndose a él, pero tendrá la posibilidad de iniciar una acción judicial en contra del médico y en todo caso de su esposa.

El problema surgiría cuando se hubiere congelado el embrión, utilizándose años después de que se autorizara la transferencia del mismo a la mujer y las circunstancias de aceptación variaran en el esposo.

En este caso consideramos que si el esposo no revocó su consentimiento, o a pesar de ello, se logra probar que se gestó el embrión fecundado con su espermatozoide, la paternidad del hijo será del esposo.

2) Sólo el esposo es el padre biológico y la esposa asume la gestación, existiendo una mujer dadora del óvulo.

Este supuesto surge cuando el embrión es producto de la fecundación del óvulo de "una dadora" con el espermatozoide del esposo, siendo la esposa quien asume la gestación.

Consideramos que en la filiación del hijo respecto al padre no existiría problemática alguna, porque él es el padre biológico y tiene la presunción de

la ley; la filiación en relación a la madre, se atribuye en este caso, a la madre gestante que es la esposa; a pesar de que genéticamente tenga "otra madre".

3) Los esposos no son padres biológicos; la esposa asume la gestación.

En el presente caso, se utilizan células reproductoras de dos dadores diversos, y habiéndose fecundado, el embrión es trasplantado a la esposa, quien asume la gestación.

A pesar de la discordancia con la Biología, la filiación del hijo será atribuida tanto a la esposa como al esposo que son los padres receptores. Atento a lo dispuesto por el artículo 340 en relación con el artículo 324, ambos del Código Civil, así como a las presunciones establecidas por la ley. Ello, independientemente de que el esposo pudiera probar -en el juicio contradictorio correspondiente- los extremos a que se refiere el artículo 325 del mencionado Código.

Ahora bien, para el caso de que el esposo hubiese otorgado su consentimiento para que en su esposa se implantara el embrión previamente fecundado, de ninguna forma podrá desconocer la paternidad atento al principio de la generación de la filiación consensual.

4) Únicamente la esposa es la madre biológica, asumiendo ella la gestación.

En este supuesto, se utiliza para la inseminación, un óvulo de la esposa el cual es fecundado por un espermatozoide de un "dador" extraño a la relación conyugal; después de fertilizado el embrión, previa su implantación, es gestado por la esposa.

Consideramos que el problema de la filiación estaría resuelto en lo que respecta a la madre, toda vez que ella es la madre genética y fisiológica. El problema surge en relación al esposo toda vez que si el esposo llegase a probar que le fue físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, conforme a lo dispuesto por el artículo 325 del Código Civil, el hijo así nacido podría ser considerado de padre desconocido. A nuestro parecer el juzgador al plantearse tal supuesto y se le probara que el hijo fue concebido mediante el sistema de inseminación artificial, debería estarse a la falta o no del consentimiento ya que si el esposo dió su anuencia para que su esposa fuese inseminada artificialmente, debe considerársele como el padre para todos los efectos legales, habida cuenta del concepto de filiación consensual que hemos manejado en el presente trabajo.

Puede darse que las anteriores hipótesis planteadas se vean modificadas con el hecho de que la esposa no asuma la gestación, la cual sea delegada o subrogada a una tercera persona. Tales supuestos serán

analizados, en el apartado referente a la "maternidad por contrato" de este mismo capítulo.

b. Efectos de la inseminación artificial "in vitro", en la concubina, en relación a la filiación.

El concubinato como estado jurídico trae aparejadas consecuencias similares a las del matrimonio. Las hipótesis planteadas en el literal anterior son susceptibles de plantearse en relación a la concubina. El tratamiento jurídico que debe dársele es similar al que planteamos cuando tratamos la inseminación homóloga y heteróloga de la concubina.

Es decir, la filiación en relación a la concubina siempre se atribuirá a la misma dado el principio romano de "*mater semper certa est*". En el caso de la filiación respecto del concubinario, si éste reconoció en el Registro Civil al niño, es de considerarse por lógica como hijo suyo. El problema surgiría cuando no hiciera ese reconocimiento en cualesquiera de las formas que establece el artículo 369 del Código Civil y se tuviera que iniciar un juicio de investigación de la paternidad. En este último caso, cabe establecer el principio de lo que hemos llamado la "filiación consensual"; en cuanto que si dió su consentimiento para la realización de la fecundación "*in vitro*" del óvulo de su concubina con el gameto de un tercero, debe reputarse al hijo así nacido, como hijo del concubinario. O bien, tal filiación podría surgir cuando el producto de la inseminación artificial, tuviera la posesión de estado de hijo de concubinato, o se encontrara dentro de las presunciones a que se refiere el artículo 383 del mencionado Código Civil.

c. Efectos de la inseminación artificial "in vitro" en mujer no casada en relación a la filiación.

Para efectos de nuestra legislación, y dado que no existe prohibición o disposición para que la mujer no casada pueda tener hijos, a través del método de inseminación artificial e implante de embriones consideramos que la filiación en cuanto a la madre gestadora es innegable que debe atribuírsele a quien dió a luz al hijo así concebido. Esto, independientemente que el óvulo para realizar la fecundación se lo hubieren donado.

En este supuesto, consideramos que en cuanto a la paternidad debe establecerse como de padre desconocido. Pero aquí sí podría iniciarse un juicio de investigación de la paternidad, en contra del donador del espermatozoide, fundado en lo establecido en la fracción IV del artículo 382 del Código Civil, es decir, cuando exista un principio de prueba para el pretendido padre. Dado que en nuestro país no existe algún ordenamiento que proteja al dador del semen contra esta posibilidad.

C. La inseminación artificial como causal de divorcio.

Hemos querido incluir dentro de la temática del presente trabajo, lo referente a las consecuencias que traería el hecho de que la esposa fuese inseminada artificialmente sin el consentimiento del esposo, encuadrándolo dentro de las hipótesis que nos plantea el artículo 267 del Código Civil.

Analizaremos únicamente aquellas causales, que a nuestro juicio, consideramos podrían hacer surgir la posibilidad de ubicar la utilización de este procedimiento como generador de las mismas.

1. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges. (Artículo 267 fracción I del Código Civil).

En este sentido nos referimos exclusivamente al adulterio no como delito, sino como causal de divorcio.

Para efectos civiles el adulterio se configura cuando la mujer casada tiene relaciones sexuales con varón que no sea su marido, o cuando el esposo tiene relaciones sexuales con mujer que no sea su esposa. Esta causal de divorcio salvaguarda la fidelidad que toda pareja debe tener en sus relaciones matrimoniales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha resuelto al respecto lo siguiente (42):

Divorcio, Adulterio como Causal de:

"Es preciso reconocer una distinción entre el adulterio como causal de divorcio y el adulterio como delito sancionado por la ley penal; si bien ambos implican la existencia de relaciones sexuales entre el cónyuge culpable y persona diversa del esposo, el adulterio tipificado como delito requiere, como elemento

constitutivo, haber sido en el domicilio conyugal y con escándalo; mas la simple relación sexual entre el cónyuge demandado y un tercero constituye causal de divorcio, justificativa de la disolución del vínculo matrimonial, porque éste sólo puede subsistir, para el legislador, mediante una vida en común, basada en la fidelidad de los esposos.

Quinta Epoca. Tomo CXXVII, Pág. 809
A.D. 5152/55. Rufino Fernández Ocaña. Mayoría de 3 votos.

En razón de lo anterior, nosotros consideramos que el hecho de que una mujer dé a luz un hijo concebido mediante el procedimiento de inseminación artificial no cae en la causal de adulterio señalada por la legislación civil, porque el procedimiento utilizado para la fecundación carece de la connotación que encierra el término "relaciones sexuales", porque el ánimo del médico y demás personal que interviene, no es el de efectuar un acto erótico, sino la realización de un procedimiento clínico. Esto a pesar de que tal inseminación se haya hecho con semen de un tercero y sin el consentimiento del esposo.

- 2. "El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo". (Artículo 267, fracción II del Código Civil).**

Es de considerarse, que la presente causal puede encuadrarse, no en cualquier forma de inseminación artificial, sino en la denominada fecundación *in vitro*.

Tal afirmación dimana del hecho, por demás factible, de que si la esposa, antes de celebrar el matrimonio otorga un óvulo para que fuese fecundado por el semen de un dador, y posteriormente el embrión fuese congelado durante determinado tiempo, por lo que ya consumado el matrimonio se hiciera el respectivo trasplante del embrión, del cual naciera viable un hijo. Esto sería causal de divorcio siempre y cuando el esposo probase que nunca consintió en la inseminación artificial de su esposa y que le fue "físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento"; tal y como lo dispone el artículo 325 del Código Civil; siempre y cuando exista previamente la sentencia ejecutoriada que declare al hijo como ilegítimo.

Hemos llegado a tal conclusión, porque consideramos que siendo las disposiciones del Derecho de Familia de orden público, deben de interpretarse estrictamente, y como resultado de ello, desde el punto de vista biológico el ser así nacido es "un hijo concebido antes de celebrarse este contrato".

Así también, cabe la posibilidad de que la mujer se haya inseminado artificialmente antes del matrimonio, lográndose la fecundación. Al declararse la ilegitimidad del hijo así concebido, se estaría en el supuesto de esta causal de divorcio, pero ésta no sería producto necesario de la inseminación artificial, en la medida que la inseminación natural conllevaría las mismas consecuencias.

3. Las injurias graves de un cónyuge para el otro. (Artículo 267 fracción XI del Código Civil).

Esta es una de las causales que más se invocan como causal de divorcio en los tribunales mexicanos, sin embargo, también es una de las causales que mayores elementos subjetivos contiene en cuanto que la gravedad de las mismas queda a la libre valoración del Juez.

El supuesto de la inseminación artificial heteróloga de la mujer casada sin el consentimiento del esposo, es a nuestro juicio, una injuria grave y por lo tanto una justificación inequívoca para demandar a la esposa el divorcio por dicha causal. Porque faltaría el principio de honestidad que toda pareja debe tener entre sí.

Sobre todo, debemos pensar en el posible hecho, de que el semen sea tomado de un dador con tipología somática muy diversa a la de ambos cónyuges, situación que vendría a poner en entredicho el prestigio y la honorabilidad que ante la sociedad y ante sí mismos, se deben los cónyuges, además de la consideración y autoridad que entre sí debe existir. El desprestigio del esposo sería tal, que haría imposible una relación familiar benéfica y que llevaría al caos al núcleo familiar, haciendo imposible la vida en común.

A pesar de todo, y debido a la subjetividad que encierra la presente causal, consideramos que el legislador en el futuro debiera establecer como

causal autónoma del juicio de divorcio, "la inseminación artificial heteróloga que se practique la esposa sin el consentimiento del esposo".

A contrario *sensu*, debiera establecerse como causal de divorcio la negativa a consentir una inseminación artificial, si esa fuere la única alternativa viable para tener hijos, en los casos de infertilidad o por razones eugenésicas. Lo que no implica que la parte demandada, tenga la obligación de otorgar su consentimiento para lograr descendientes a través de la aplicación del método en estudio.

D. La obligación alimentaria surgida de la inseminación artificial.

La obligación alimentaria es una consecuencia jurídica que surge, en el presente caso, de las relaciones de parentesco del hijo nacido bajo el sistema de inseminación artificial.

Por lo que, nosotros consideramos que la problemática que representan los alimentos derivados de la inseminación artificial, se subsume a los resultados de la filiación, que al ser acreditada ésta última, se acreditará el derecho a pedir alimentos.

Un caso de especial interés, lo sería el hecho de que un hijo nacido bajo el procedimiento de inseminación artificial, fuese declarado hijo ilegítimo; o en su caso, un hijo de padre desconocido y que en ambos supuestos, se acreditara el lazo genético que los une con el dador del semen. Esto traería como consecuencia que la paternidad de los hijos así nacidos se le atribuyera

a quien hubiese "dado" su líquido seminal, y por ende, tal situación traería aparejada la obligación alimentaria. Concluyéndose ésto, del hecho de que el dador del semen, no se encuentra protegido por alguna legislación que impida el atribuirle obligaciones de padre, derivada del hecho de la inseminación artificial. A quien sólo debe considerársele un factor más en la terapia utilizada, y no como sujeto jurídico.

Al respecto, el Consejo de Europa, en el "Proyecto de recomendación sobre la inseminación artificial de seres humanos" (43) recomienda a los países miembros que se legisle, en el sentido que ni el dador del semen ni el hijo así concebido, podrán demandarse alimentos entre sí; careciendo por ende de cualquier relación de filiación o parentesco.

E. La patria potestad resultante de la inseminación artificial.

La institución de la patria potestad, se deriva necesariamente de la filiación. Las facultades y obligaciones inherentes a la misma respecto a la persona y bienes del descendiente, depende de que se considere como tal a determinado sujeto.

En el caso de la inseminación artificial o transplante de embriones, se estará a lo dispuesto por las normas de la filiación y ésta recaerá a quién de acuerdo a las mismas, acredite el parentesco en relación al hijo nacido bajo tal procedimiento. Ante la ausencia de una normatividad específica al respecto, y

(43) Véase el apéndice número 1 "Proyecto de recomendación sobre la inseminación artificial de seres humanos".

ante la posibilidad de que el hijo nacido a través de un trasplante de embriones o de una inseminación heteróloga pudiese, por donación o azares del destino, adquirir una fortuna cuantiosa. El dador del semen o dadora del óvulo, podría iniciar un juicio tendiente al reconocimiento como su hijo, que al ser acreditado traería como consecuencia la administración y usufructo legal de los bienes del menor. En este caso, quedaría la posibilidad de que se ejercitara, por parte del Ministerio Público, la acción contradictoria del reconocimiento, conforme a lo dispuesto por el artículo 368 del Código Civil.

F. Los ilícitos surgidos de la inseminación artificial.

Hablaremos en el presente apartado de los llamados ilícitos penales, así como de los denominados ilícitos civiles que podrían configurarse, en la realización de actos vinculados con cualquiera de las formas de inseminación artificial.

1. Ilícitos penales.

a. El adulterio.

Varios son los tratadistas que consideran a la inseminación artificial como adulterio. Ya hemos manifestado, el por qué a nuestro juicio, la inseminación artificial, no puede ser considerada como adulterio desde el punto de vista civil.

En cuanto al adulterio como delito, es mucho más difícil encuadrar el procedimiento en estudio como tal, atento a lo dispuesto por el artículo 273 del Código Penal que requiere para tipificación del delito que sea en el domicilio conyugal y con escándalo, situaciones que en la inseminación artificial no se dan, amén de que faltaría el hecho de la "relación sexual".

b. Delito tipificado en la Ley General de Salud.

El artículo 466 de la Ley General de Salud establece que:

"Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si esta 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.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge".

En la primera parte del artículo citado, se tipifica el delito en razón de la falta de consentimiento de mujer mayor de edad y capaz jurídicamente; o a pesar de que exista el consentimiento si el sujeto pasivo es menor de edad o incapaz jurídicamente. Como es de verse, el elemento esencial en la configuración del delito es el consentimiento expresado en la voluntad plena de la mujer para ser inseminada. Además el delito es calificado con una agravante, si de tal inseminación resulta el embarazo.

En su último párrafo, el artículo establece una prohibición en cuanto a que la mujer casada, no puede otorgar su consentimiento si no da su autorización el esposo.

Notamos que en esta última prohibición, no existe sanción para el caso de incumplimiento, por lo que resulta ser una norma jurídica imperfecta; entendemos nosotros que únicamente podrían aplicarse las sanciones administrativas de las mencionadas en el artículo 417 de la referida ley; que pueden ser: multa, clausura temporal o definitiva (del consultorio o institución quirúrgica) y arresto hasta por treinta y seis horas. Esto, tratándose de prestadores de servicios de salud, dejando sin sanción alguna a la esposa que así obrase.

Es notoria la contradicción de este artículo, con lo establecido por el reglamento en materia de investigación de la referida ley (ya mencionada precedentemente) en cuanto que en este último, se requiere del consentimiento del concubinario, en el caso de la mujer unida mediante concubinato. Sin que en la ley que le da origen, se hable del concubinario sino única y exclusivamente del esposo.

c. Delito contra el estado civil.

El código penal en su artículo 277 fracción I, establece el delito que podría cometer una persona o pareja que a través de la maternidad subrogada (por contrato) le atribuyere el niño recién nacido a una mujer que no sea realmente su madre. Tal ordenamiento establece que: "Se impondrá de uno a

seis años de prisión y multa de cien a mil pesos a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en algunas de las infracciones siguientes: 1.- Atribuir a un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre".

En el presente delito incurre toda persona, que en el supuesto de trasplante de embriones, le hubiese encargado a otra mujer la gestación de "su hijo", a fin de que al nacer se lo entregue. Independientemente de los resultados que dicho contrato traería aparejado, y que serán analizados por separado, consideramos que tal proceder sería ilícito penalmente, atento a lo dispuesto por la legislación antes invocada.

2. Ilícitos civiles.

a. En primer término, existe la posibilidad de que por deficiente manipulación de los óvulos o de los embriones en el procedimiento de inseminación artificial, se dieran como resultado malformaciones congénitas o mutaciones genéticas en el hijo así concebido, éste, en el momento oportuno podría entablar una demanda para el pago de los daños y perjuicios derivados de tal procedimiento, en contra del médico o institución quirúrgica. Del planteamiento de esta aparentemente descabellada idea, nuestros tribunales tendrían que resolver de alguna manera, tomando en consideración los dictámenes periciales correspondientes.

b. Independientemente de la tipificación del delito de difamación que pudiera darse en el presente caso, consideramos

que también se tendría a favor del hijo nacido mediante cualquiera de los procedimientos de inseminación artificial, la acción de reparación del daño moral.

Trátase del caso de que alguien concebido por cualquiera de los procedimientos, materia del presente trabajo, que llegara a tener una gran reputación a nivel nacional o mundial, y que la misma se requesbrajara como resultado de la manifestación pública de su origen, sobre todo, si tomamos en cuenta los valores preponderantes en nuestra sociedad.

Un ejemplo podría darse en un candidato a la Presidencia de la República de nuestro país y que se diera a conocer que fue un embrión congelado, producto del semen de un ciudadano extranjero y del óvulo de una mujer que ahora se dedica a la prostitución, e implantado en el útero de su madre gestadora. Podemos a través de este ejemplo, exagerado pero no imposible, darnos cuenta de la existencia de las bases para iniciar un juicio por reparación del daño moral.

c. El presente caso se da mediante el hecho de que un hijo nacido bajo el método de inseminación artificial heteróloga, fuese declarado ilegítimo debido a que no se recabó el consentimiento del esposo. Ante la imposibilidad de reclamarle alimentos al dador del semen, podría válidamente acudir ante los tribunales a exigir una pensión alimentaria al médico o institución

que hubiese realizado la fertilización sin los requisitos de ley, derivada de la responsabilidad profesional de los mismos. Toda vez que el derecho y la doctrina mexicanos han establecido a través de la llamada teoría subjetiva de la responsabilidad, que el que actuando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo (Artículo 1910 del Código Civil). Ya que al no recabar el consentimiento a que se refiere la Ley General de Salud, obra ilícitamente dado que viola una norma imperativa. Cabe aclarar que, tal pensión alimentaria sería consecuencia no del parentesco o filiación, sino de la responsabilidad subjetiva, por lo que consideramos debe ventilarse ante los tribunales civiles, por el tutor o en su defecto, por el Ministerio Público.

G. La sucesión, en relación a la inseminación artificial.

En los casos de sucesión ab-intestato o legítima, los hijos nacidos mediante el sistema de inseminación artificial tendrían que acreditar previamente su filiación conforme a las reglas y presunciones señaladas en la legislación civil, sin importar para el presente caso la forma como hubiesen sido concebidos.

Es decir, en el caso de los hijos nacidos de matrimonio podrán heredar los que hubiesen nacido dentro de los períodos que la ley presume para ser declarado hijo legítimo. En este sentido, los herederos del marido o cualquier persona interesada, sólo podrían iniciar el procedimiento de contradicción de

la paternidad, si el hijo hubiese nacido después de los trescientos días después de la disolución del vínculo matrimonial.

En el caso del concubinato se seguirán las reglas y presunciones que establece el Código Civil en su capítulo IV, del Título Séptimo.

Consideramos que derivado del congelamiento de embriones y de su trasplante posterior, podría darse el caso de alguien que en vida hubiese consentido en la fecundación del óvulo de su esposa, y el embrión resultante fuese congelado, habiendo disposición testamentaria de que toda la herencia le quedase al hijo que naciere del trasplante de dicho embrión; o en su caso, se dispusiera que tal herencia o legado se diese a una determinada mujer, siempre y cuando gestara el embrión así fecundado.

Tal posibilidad nosotros la consideramos válida, atento a lo dispuesto por el artículo 1314 del Código Civil. Esto si tomamos en cuenta que el término "concepción" lo utiliza el Código Civil como sinónimo de fecundación, y como no prohíbe que dicha "concepción" no sea dentro del cuerpo de la mujer; el embrión, sí tendría personalidad jurídica. Ello, siempre y cuando naciera viable, en cuanto que sea presentado vivo al Registro Civil o viviere veinticuatro horas, por lo menos, después del nacimiento.

H. Acciones que se derivan de la inseminación artificial.

Como todo acto jurídico, de la realización de la inseminación artificial se derivan, diversas situaciones que dan lugar a la existencia de la posibilidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales a resolver una controversia, surgida del hecho de utilizar el procedimiento en estudio.

Tales acciones se clasifican, dependiendo del sujeto que tenga el derecho subjetivo sobre las mismas.

1. Acciones de los hijos concebidos por inseminación artificial.

a. Reclamación de estado de hijo de matrimonio.

Los hijos de matrimonio concebidos mediante cualesquiera de los procedimientos de la inseminación artificial, a quienes les falten las actas del Registro Civil que acrediten su nacimiento y el matrimonio de sus padres. Podrán reclamar su carácter de hijos de matrimonio, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de estado de hijo cuando la calidad de su filiación le sea reclamada por terceros. Ello a pesar de que, aquéllos que pretendan tal posesión de estado, hayan sido concebidos a través de la inseminación artificial con semen de una persona distinta al padre de quien pretenden la declaratoria de paternidad.

b. Investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

Los hijos nacidos bajo el sistema de inseminación artificial pueden reclamar la filiación respecto del presunto padre, ya se trate del concubinario o en su defecto, del dador del fluido seminal.

1) Puede darse la investigación de la paternidad, dirigida al concubinario, si se reúnen alguno o algunos de los supuestos establecidos en el artículo 382 del Código Civil, es decir, que el hijo tenga la posesión de estado de ser hijo de concubinato; que haya nacido en los períodos en los que la ley presume la paternidad del concubinario o cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba.

2) Cuando el hijo nacido mediante el método de inseminación artificial sea hijo de madre no casada, y que por cualquier circunstancia no llegare a acreditar su paternidad, ya sea por el reconocimiento expreso o porque no haya probado una acción previa de investigación de la paternidad. Teniendo a su favor un principio de prueba, como lo es el informe de la madre, documentos, archivos clínicos, etc. Puede iniciar la investigación de la paternidad, dirigida a atribuir su filiación al dador del fluido seminal con el que fue fecundada la madre. Desprendiéndose tal afirmación de que no existe prohibición alguna al respecto; además de que, la intención del legislador y de la doctrina

mexicana, ha sido siempre la de proteger a los menores dándoles la seguridad jurídica de su origen y el procurar ubicarlos dentro de un núcleo familiar.

3) Un caso que nos atrevemos a plantear como fuente de la investigación de la paternidad y también de la maternidad, es el supuesto del hijo de madre no casada que en el momento del nacimiento ésta muere, siendo él producto de un trasplante de embrión.

En tal hipótesis, a efecto de proteger al menor huérfano, es posible la investigación tanto de la maternidad como de la paternidad. En cuanto a la maternidad, habrían diversos medios de prueba para acreditar ya no el nacimiento, sino la concepción del embrión. Esta hipótesis tendría diversos problemas a resolver, sobre todo si la donadora del óvulo es una mujer casada, y atento a lo dispuesto por el Código Civil, el hijo de esta madre sólo podría atribuírsele al esposo. Razón por la cual podría considerarse que el hijo nacido en tales condiciones, sería hijo de la dadora del óvulo y del dador del semen. Tal solución no la damos en razón de que la creamos una respuesta definitiva -porque con nuestra actual legislación no es la correcta- sino con el afán de que puedan plantearse nuevas alternativas en la ley, a efecto de compaginar el avance de la Ciencia con las normas del Derecho de Familia, que son de Orden Público, por lo que sus disposiciones no son susceptibles de ser modificadas por acuerdo de voluntades.

2. Acciones del cónyuge en relación a la esposa inseminada artificialmente.

El cónyuge que se considere agraviado por el hecho de que su esposa sea o no, inseminada artificialmente, puede iniciar diversas acciones que pueden ser:

a) Acudir ante el Juez competente en la vía de Controversia de Orden Familiar cuando considera procedente, o en su caso, improcedente, la inseminación artificial de la esposa, y que surja un conflicto derivado de tal situación. Claro está, en el presente caso se estaría vislumbrando una clara falta de madurez en la pareja, por lo que, en tal supuesto ya no se recomendaría la inseminación artificial, porque podría traer resultados frustrantes en las relaciones de los cónyuges y en el futuro hijo.

b. Hemos visto también, que el esposo podría acudir ante el órgano jurisdiccional a demandar el divorcio necesario por las causales que ya hemos enumerado en el capítulo respectivo. Las cuales podrían no acreditarse fehacientemente a juicio del juez, situaciones que originarían en el futuro, resoluciones contradictorias ante los mismos supuestos. Ya que al no existir una normatividad específica al respecto, cada juez, de acuerdo a su criterio resolvería en la controversia planteada.

c. También tendría la posibilidad de iniciar la acción de desconocimiento de la paternidad surgida del matrimonio, respecto del hijo nacido mediante inseminación artificial. Para ésto, tendría que demostrar la imposibilidad física de haber tenido acceso carnal con su esposa. A pesar de ello, la esposa, el hijo o el tutor de éste podrían alegar y demostrar lo contrario.

3. Acciones de terceros en relación a la inseminación artificial.

Los terceros, ya sean herederos o acreedores, a quienes de alguna manera afecta la filiación y los derechos y obligaciones que de ello se derivan, pueden acudir ante el Juez competente, demandando la contradicción de la paternidad del esposo.

Además de la acción de contradicción de la paternidad, que surge esencialmente para desconocer la filiación, podrían surgir acciones diversas, derivadas de la inseminación artificial. Tales acciones pueden ser las que comunmente surgen para el cumplimiento de los contratos. Ejemplo de las mismas pueden ser: la rescisión del contrato de inseminación artificial, el pago de honorarios de servicios profesionales del médico, el pago de servicios hospitalarios, etc..

Al respecto, en Italia se dió un caso curioso, cuando un médico acudió ante los tribunales a exigir de una mujer el pago de sus honorarios por la

inseminación artificial realizada. En el caso de referencia, el Juez desechó la demanda porque carecía el contrato de "objeto lícito".

En tal virtud, las acciones derivadas del método en estudio, pueden ser numerosas y de variada índole.

1. El Registro Civil, en relación con los hijos concebidos mediante inseminación artificial.

El Registro Civil definido como "una institución que tiene por objeto hacer constar de una manera auténtica a través de un sistema organizado, todos los actos relacionados con el estado civil de las personas, mediante la intervención de funcionarios estatales dotados de fe pública, a fin de que las actas y testimonios que otorguen, tengan un valor probatorio pleno, en juicio y fuera de él" (44).

En cuanto a la inseminación artificial homóloga, no existe problema alguno relacionado con los datos que contienen las formas en que se asientan las actas del Registro Civil, toda vez que, al señalarse el nombre de los padres, no existirá inconveniente legal alguno para que se asiente el nombre de los esposos o concubinos; ya que existirá una correspondencia directa entre los datos ahí asentados, con los que se dan en la realidad. Así también, consideramos que tampoco representaría problema legal alguno el hecho de que comparecieran al registro del nacimiento, un hombre y una mujer solteros,

(44) GALINDO GARFIAS, Ignacio Derecho Civil Edif. Porrúa. 1ª Edic. México, 1973, p. 377.

cuando ambos hayan sido los padres biológicos y ella fuese la madre gestadora, toda vez que sus manifestaciones estarían adecuadas a la realidad.

Problema especial, lo es el hecho del levantamiento de actas de nacimiento de los niños nacidos por el sistema de inseminación artificial heteróloga, proveniente de una pareja unida en matrimonio, puesto que en estricto derecho, al presentarse el presunto padre al levantamiento del acta o no presentándose él, sino únicamente la esposa, se haría una declaración falsa ante autoridad, toda vez que se llenarían las formas con un nombre distinto del padre biológico.

Al respecto, consideramos que si el esposo concurre al levantamiento del acta de referencia, o evita ejercitar la acción de desconocimiento de la paternidad, conciente expresa o tácitamente en que se considere hijo suyo, con todas las consecuencias legales inherentes.

La inseminación artificial "*in vitro*" o fertilización extracorpórea, con semen de uno o varios dadores, fecundados en un óvulo de una "dadora", y gestado por la esposa que lo presente al Registro Civil como su hijo, no presentaría problema alguno cuando se registrara como hijo de padre desconocido. El problema se plantea cuando se le atribuya al esposo, lo que sería falso en cuanto a su origen biológico. Aunque no se debe dejar de señalar que la intención inmanente del legislador, es el de conservar la unidad de la familia, por lo que por ello se explican las series de presunciones que la ley establece para adjudicarle la paternidad al esposo o al concubinario,

dejándole la carga de la prueba para el caso de inconformidad. Todo ello, a pesar de que las presunciones legales sean contrarias a la verdad real.

Lo solución en el presente caso, la da, el hecho de que el esposo consienta y reconozca su paternidad, sin importar que su filiación sea meramente consensual.

Verdadero delito lo es, el hecho resultante de inscribir como suyo a un niño que ha sido gestado por una tercera persona, a pesar de que se demostrara que las células reproductoras hubiesen sido aportadas por las personas que lo presentan como su hijo. Toda vez que la filiación en cuanto a la madre, casada o no, surge del sólo hecho del nacimiento. En cuanto al padre, si es casado, se le tendrá como tal, con la presentación del acta de matrimonio. Por lo que consideramos que el hecho de que una mujer presente como suyo a un niño nacido de otra madre es violatorio de las normas del Registro Civil, y por ende violatorio del orden público. Además de que se tipifica el delito al que ya nos hemos referido en apartados anteriores.

J. La teoría del "*nasciturus*", en relación con la inseminación artificial.

Nuestro Código Civil vigente, en su artículo 22, mantiene a la cabeza la teoría del "*nasciturus*" en donde se marca la pauta a seguir en todo el sistema, al establecer que:

"La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero

desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código".

El sentido de tal disposición legislativa, es el de conformar una ficción jurídica que asimila al ser que se encuentra concebido, como si hubiese nacido para todos los efectos legales. Tal principio proviene desde el derecho romano, que nuestro Código recoge de la legislación española, en virtud del cual al concebido se le tiene por nacido (45). Aunque durante el período de la gestación, la existencia del "*nasciturus*" (el ser que va a nacer) depende de la vida de la madre, o como decían los romanos, es parte integrante de las vísceras maternas (*pars visceram matris*). La doctrina mexicana se ha dividido en cuanto considerar el embrión o *nasciturus* como carente o no de personalidad. Independientemente de ello, nosotros nos avocamos a la ficción establecida por nuestro Código Civil vigente, en cuanto que le otorga personalidad jurídica al *nasciturus*.

La legislación y la doctrina, al referirse a la concepción del ser humano, lo asimilan al concepto biológico de fecundación, que es el hecho de que la célula sexual masculina (espermatozoide) penetre en la célula sexual femenina (óvulo), hecho a partir del cual principia la reproducción celular, que forma el embrión. Así, la concepción es definida como: "Acción y efecto de concebir. Biológicamente es el momento de la fecundación del óvulo, el que determina en el orden jurídico el comienzo de la existencia de la persona" (46).

(45) Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. pp. 434 y 435

(46) *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo VII. Edt. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina. p. 578.

La anterior idea y la disposición legal, es de alguna manera desvirtuada por los resultados materiales de la inseminación artificial "*in vitro*" y por la práctica del congelamiento y trasplante de embriones; fenómenos que no se encuentran regulados en nuestro país por la legislación alguna y que por ende, tienen a su favor el principio jurídico de que, para el gobernado "todo lo no prohibido está permitido", razón por la cual debiera regularse la realización de tales prácticas. Toda vez que si se aplica en sentido estricto la disposición del Código Civil, habría millares de "personas" en estado de congelamiento, a las que se les puede dar vida con sólo separarlas del nitrógeno líquido que las conserva. Así también, la falta de regulación y de adecuación de los principios de derecho ya mencionados, nos llevaría a ciertas aberraciones jurídicas al observar que en la experimentación médica, infinidad de embriones fecundados "*in vitro*" son destruidos, ya que la legislación nos habla genéricamente del concebido, sin que se especifique si es fuera o dentro del claustro materno.

Por lo que al interpretar el artículo legal primeramente mencionado, concluiríamos que, la ley nos habla de la personalidad jurídica del concebido en el claustro materno.

Partiendo de los supuestos jurídicos y médicos antes mencionados, consideramos que la inseminación artificial "*in vitro*", actualiza la discusión de considerar o no al "*nasciturus*", como persona y por ende, sujeto de derechos y obligaciones; por lo que, nos preguntamos ¿hasta qué grado las células multiplicadas y congeladas en los bancos de embriones, pueden ser consideradas como ya nacidas por el derecho?. Puesto que, con los avances

científicos, la viabilidad de tales embriones, una vez implantados en la madre gestadora, es sumamente elevada. Así también ¿hasta qué punto pueden ser herederos o legatarios?

Mención especial merecen los experimentos realizados en úteros o matrices artificiales, que han logrado mantener vivos durante varias semanas a los fetos ahí desarrollados (47). De lograrse el objetivo final que es el "nacimiento", se trastocarían todos los sistemas establecidos alrededor de la teoría del "*nasciturus*".

Es de considerarse que con el sólo hecho de que la legislación especificara, que solamente el concebido que se desarrolle dentro de la mujer, plenamente implantado; sería considerado como nacido para todos los efectos legales, se evitarían las contradicciones que hemos dejado esbozadas en el presente tema. Amén de que se hace indispensable el establecer ciertas prohibiciones, para el caso de experimentos con embriones, más allá de cierto desarrollo celular. Esta regulación se hace necesaria para delimitar a partir de qué momento, el embrión se encuentra protegido por el derecho, con la consecuente carga jurídica de ser sujeto de derechos y obligaciones. Porque de lo contrario, al otorgarle personalidad jurídica desde el momento de la concepción, estaríamos aceptando que todas las mujeres que utilizan

..

(47) Cfr. GONZALEZ BUSTAMANTE, J.J. ¿Es lícita la fecundación artificial humana?. *Criminología*, Año XXVIII, No. 12 México, 1962, p. 737.

dispositivos intrauterinos para evitar el embarazo, son constantes abortadoras. Tomando en cuenta que tales dispositivos impiden la implantación en el útero, del óvulo fecundado.

K. Efectos jurídicos de la maternidad por contrato.

La maternidad "por contrato", surge como una posibilidad que se ha convertido en realidad, en los países en que se practica el trasplante de embriones. Tales prácticas originan que los embriones ya fecundados, sean trasplantados a una tercera persona sin relación genotípica con ellos, a fin de que en su claustro materno (útero) se desarrolle el feto y al nacer, el niño sea entregado a las personas que realizaron tal contratación. A este tipo de madres los autores le han llamado, indistintamente: "portadoras", "nodrizas", "hospedadoras" o "subrogantes".

Hemos querido analizar la práctica ya descrita, a través de la teoría de los contratos, de acuerdo a nuestra doctrina y al derecho positivo vigente.

Adelantando una definición, diríamos que es el contrato en virtud del cual una mujer (soltera o casada), gratuita u onerosamente, se compromete a que en su útero se gesté un ser humano, derivado de un trasplante de embrión, obligándose a entregar al cliente al recién nacido, una vez se dé el alumbramiento.

1. Clasificación de la maternidad subrogada, a la luz de la teoría general de los contratos.

Es un contrato innominado, en donde se entremezclan diversos tipos de obligaciones, esencialmente de hacer, pero también de dar o suministrar.

Por lo que, aventurando una clasificación, diremos que es:

a. Bilateral.- En virtud de que ambas partes se obligan; una a realizar una serie de actos tendientes a la gestación intrauterina de un ser humano y la otra, a proporcionarle diversos elementos materiales, así como a realizar otros contratos a fin de perfeccionar el presente.

b. Puede ser oneroso o gratuito.- Toda vez que si se realiza cobrando honorarios, implica provechos y gravámenes recíprocos; pero también puede ser gratuito, tratándose de casos bastante comunes en que por ejemplo, la hermana o madre de una mujer no apta para la gestación, se compromete a gestar al feto gratuitamente, proveniente de células reproductoras de otras personas.

c. Consensual.- (Por oposición a formal) dado que se perfecciona con la sola manifestación del consentimiento.

d) Accesorio.- Ya que para su existencia se requiere que previamente el cliente, haya contratado el embrión o la fecundación de

gametos; y que además, contrate la colocación por parte del médico, en los lugares adecuados y bajo su estricta vigilancia.

e) *Intuitu personae.*- En virtud de que este contrato se realiza normalmente, tomando en cuenta las cualidades inherentes a la persona, por lo que, sería imposible pensar en una probable subrogación.

2. Elementos esenciales del contrato de maternidad.

a. Consentimiento.- El consentimiento debe ser expreso, preferentemente escrito.

b. Objeto.- Los servicios prestados por la madre "nodriza", son esencialmente obligaciones de hacer, a pesar de que para el cumplimiento de tales actos se necesite el dar o suministrar (calor, alimentación, etc.) pero esto último se subsume a la realización de la gestación de un embrión, y posteriormente, del feto.

3. Requisitos de validez del contrato de maternidad.

a. Capacidad.- Para la realización de este contrato se requiere la capacidad general para contratar, por lo que los contratantes deben estar excluidos de los supuestos del artículo 450 del Código Civil.

b. Vicios del consentimiento.- Como en todo contrato, no debe existir dolo, mala fe, violencia ni lesión.

c. Que el objeto, motivo o fin sea lícito.- Consideramos que el contrato de "maternidad subrogada" es un contrato ilícito para nuestra legislación, toda vez que su realización conlleva la tipificación de delitos establecidos en el Código Penal, amén de que es contrario a las buenas costumbres. Cabe recalcar, que con tal contrato se estaría actuando en contra de las normas que regulan el Registro Civil, las cuales son de orden público; por lo que, al efectuarse tal contrato, estaría afectado de nulidad absoluta atento a lo dispuesto por los artículos 8º, 1830, 1831, 2224, 2225 y 2226 del Código Civil.

4. Algunos problemas surgidos de la maternidad por contrato.

En países en donde ésta práctica se ha generalizado han llegado a los tribunales diversos juicios relacionados con tal procedimiento. Dentro de los problemas jurídicos más comunes que pueden darse en virtud de la "maternidad por contrato", podemos mencionar los siguientes:

a. Demandas de daños y perjuicios, en contra de las instituciones que realizan el transpante de embriones, por las deformidades en los niños nacidos de "madres nodrizas".

b. Negativa de los padres "creadores", para pagar los honorarios devengados por la "madre nodriza".

c. Negativa de la madre nodriza para entregar al niño recién nacido.

- d. Negativa de "los clientes" (padres creadores) para recibir al niño gestado por la "madre nodriza".
- e. Reclamación de la "madre nodriza" o de los "dadores" (de espermia y óvulo) para tener la custodia de "su hijo".
- f. Reclamación de alimentos por el menor gestado por ese método, en contra de la "madre nodriza" o de los "dadores".

En nuestro país, a partir de la publicación noticiosa del primer "bebé de probeta", puede considerarse que se ha entrado a la etapa, de que tarde o temprano, llegarán a nuestros tribunales casos derivados del trasplante de embriones y tendrán que ventilarse en relación a todos los ámbitos del derecho familiar, por lo que necesariamente deberá legislarse a fin de evitar mayores ilícitos y de normar la práctica biomédica en relación con tales procedimientos.

Es de considerarse que la legislación que se elabore en relación a la maternidad subrogada, deberá ser en el sentido de prohibir dicha práctica. Debido a que su generalización, conllevaría un verdadero atentado a la estructura familiar y el producto así concebido representaría un peligro para la sociedad en cuanto a los desequilibrios emocionales que presentaría. Esto acorde con los planteamientos de la teoría psicoanalítica, que establece que la personalidad psicológica, se empieza a formar desde la concepción o fecundación.

L. Propuesta legislativa, respecto de la inseminación artificial en seres humanos.

El contrato de inseminación artificial, sus contratos relacionados y los efectos jurídicos que la aplicación de dicha técnica traen consigo, se encuentran -en la legislación mexicana- en una situación legal incipiente. En la medida en que en nuestro derecho vigente, únicamente en la Ley General de Salud se menciona el requisito del consentimiento previo de la mujer para efectuar en ella la inseminación artificial; agregándose además, que en caso de que dicha mujer sea casada se requerirá el consentimiento del esposo. Estableciéndose un delito especial para las inseminaciones sin el consentimiento de la mujer. Así también, se establecen sanciones administrativas para quienes no recaben el consentimiento del esposo, para que su esposa sea inseminada artificialmente.

El reglamento de la ley antes referida, en materia de investigación para la salud, establece la forma en que el consentimiento debe expresarse para realizar la "fertilización asistida". Agregando además, para el caso de que la mujer viva en concubinato, el que se requerirá del consentimiento del concubinario. Excepto cuando dicho concubinario no se haga cargo de su pareja.

Como es de verse, dicha normatividad es del todo incompleta, al no establecer las consecuencias que sobre la filiación trae la utilización de la inseminación artificial. Dejando fuera de la ley, además, lo referente a la celebración del contrato de inseminación artificial; la celebración de los

contratos relacionados y todas las demás consecuencias y efectos derivados de la inseminación artificial.

Por lo anterior, son de proponerse las modificaciones al Código Civil que se han realizado en el desarrollo del presente trabajo, las cuales se mencionan a continuación.

1. Propuestas de modificación al Código Civil.

a. El artículo 324 debiera modificarse, agregándosele una fracción al mismo, para quedar como sigue:

"Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges:

I.- ...

II.- ...

III.- Los nacidos dentro de los términos antes mencionados, cuando el esposo haya autorizado o consentido en la inseminación artificial de su esposa. Dicho consentimiento deberá constar por escrito, con la huella digital de los cónyuges y firmado ante la presencia de dos testigos. Además deberá de especificarse si será con semen del esposo, de un dador, de ambos o de combinaciones especiales. Tal consentimiento se otorgará y la operación se efectuará, conforme a las disposiciones contenidas en la Ley General de Salud".

b. El artículo 325 del Código Civil debiera modificarse, con el propósito de que, a pesar de que le haya sido imposible al

esposo tener acceso carnal con su mujer en el período mencionado, tampoco podrá contradecir la paternidad, si consintió en la inseminación artificial de la esposa.

Pudiendo agregarle un enunciado que lo hiciera quedar de la siguiente manera:

"Artículo 325.- (...). Excepción hecha de cuando el esposo haya dado su consentimiento en los términos de la fracción III del artículo 324 precedente".

c. A fin de que los menores nacidos de parejas que vivan en concubinato, tengan la seguridad jurídica de su filiación, es necesario agregarle una fracción más al artículo 383, que diga:

Artículo 383.- Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I.- ...

II.- ...

III.- Los nacidos dentro de los términos antes mencionados, cuando el concubinario haya utilizado o consentido en la inseminación artificial de su concubina. Dicho consentimiento deberá constar por escrito, con la huella digital de los concubinos y firmado ante la presencia de dos testigos. Además, deberá de especificarse si será con semen del concubinario, de un dador, de ambos o de combinaciones especiales. Tal consentimiento se otorgará y la operación se realizará, en los términos que disponga la Ley General de Salud.

d. Con el propósito de garantizar la lealtad, honestidad y el respeto que los cónyuges se deben, hemos propuesto se establezca como causal de divorcio el que la esposa se haga inseminar, sin el consentimiento del esposo.

Así, consideramos que puede agregársele una fracción al artículo 267, o bien, en la fracción XI agregar:

XI. (...). Se considerará una injuria grave en contra del esposo, el hecho de que la mujer se insemine artificialmente sin el consentimiento de éste.

2. Propuesta legislativa para la Ley General de Salud.

Se considera que una legislación respecto a la regulación de la práctica de la inseminación artificial, encuadra de mejor manera en la actual Ley General de Salud; aunque lo ideal sería la existencia de una ley que en forma única regulara toda la problemática inherente a la práctica de la inseminación artificial y sus efectos.

Se propone una reglamentación de la inseminación artificial, que contenga los siguientes principios:

a. En relación a la mujer inseminada y a su pareja.

1) La inseminación artificial y sus técnicas afines; sólo serán aplicables para resolver problemas de infertilidad, que por otros medios no podrían haberse resuelto. También se utilizarán para la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas o incompatibilidades sanguíneas, que hicieran probable la afectación del producto de la concepción.

2) La inseminación artificial se aplicará a mujeres casadas o que vivan en concubinato. Excepcionalmente se aplicará en mujeres solteras, cuando éstas hayan intentado el embarazo en forma natural y no lo hubiesen logrado; o bien, que por prescripción médica sea la única manera de lograr descendencia.

3) Es indispensable se recabe el consentimiento, por escrito, ante dos testigos, tanto de la mujer a inseminar como de su pareja (esposo o concubinario), el cual será revocable en cualquier momento, antes de la operación. Dicho consentimiento tendrá los efectos de un reconocimiento (previo) de hijo, generador de la filiación consensual.

El documento en el que conste el referido consentimiento se elaborará por duplicado, quedando una parte en poder de la mujer inseminada y otra, en un archivo. Teniendo el médico o

institución quirúrgica, la obligación de conservarlo en absoluto secreto y sólo podrá darlo a conocer por orden judicial.

4) Sólo se podrá inseminar a una mujer que no tenga hijos; y si ésta es casada, o vive en concubinato, tampoco el esposo o concubinario deberá tener descendencia.

5) La pareja, o en su caso, la mujer que sea beneficiaria de la práctica de la inseminación artificial, deberá demostrar ante el Comité Técnico Interdisciplinario de la institución quirúrgica - sometándose a los exámenes que se le indiquen- su madurez y equilibrio emocional y social. Teniendo además, una situación económica estable. Todo ello con la finalidad de garantizar el bienestar del futuro hijo.

b) En relación al médico o institución quirúrgica.

1) Las únicas personas autorizadas para practicar la inseminación artificial es el equipo médico de una institución quirúrgica pública o privada. Los médicos que deseen realizar inseminaciones artificiales, deberán de contratar los servicios hospitalarios de una institución que cuente con la aprobación para realizar inseminaciones artificiales. Así también, recabarán el dictamen del Comité Técnico Interdisciplinario.

2) Toda inseminación artificial deberá realizarse por médicos especialistas en ginecología y obstetricia.

3) Para que una institución quirúrgica pueda realizar inseminaciones artificiales, deberá contar con el equipo material y humano que permita realizar la intervenciones médicas, sin ningún riesgo para la mujer inseminada o para el producto de la concepción.

4) Toda institución que practique inseminaciones artificiales deberá contar con un Comité Técnico Interdisciplinario, formado -por lo menos- con un médico especialista en ginecología y obstetricia, un abogado, un sociólogo, un psicólogo y un pedagogo; quienes serán los responsables de la elaboración del dictamen, sobre la conveniencia o no, de realizar la inseminación artificial en la mujer que lo solicite.

5) La institución quirúrgica encargada de la inseminación artificial, deberá contar con las condiciones materiales adecuadas para garantizar la confidencialidad de la operación y para el resguardo del consentimiento otorgado para realizar la inseminación artificial.

6) La institución quirúrgica deberá contar con el equipo material y humano para investigar que, tanto la mujer a inseminar como el dador, se encuentren en buenas condiciones de salud,

haciendo improbable cualquier enfermedad de transmisión genética.

7) La institución quirúrgica será la responsable de elegir el semen más adecuado para efectuar la inseminación artificial cuando el del esposo o concubinario resulte inadecuado para la operación; cuidando que los caracteres fenotípicos del dador sean lo más parecido al esposo o concubinario.

8) Toda institución quirúrgica tendrá un banco de semen y óvulos, a fin de cumplir con sus respectivos contratos de inseminación artificial.

c. En relación al emitente del fluido seminal.

1) La entrega del fluido seminal con la finalidad de inseminar artificialmente a una mujer, deberá ser a título gratuito, como un acto meramente altruista. La misma gratuidad se dará en la entrega de óvulos para fines reproductivos.

2) El dador del semen u óvulos, deberá consentir por escrito en que dichas células se utilicen con fines reproductivos. Para ello, deberá tener plena capacidad jurídica.

3) El receptor del semen (médico o institución quirúrgica) deberá garantizar el anonimato del otorgante de las células reproductoras.

4) Todo dador de células reproductoras, deberá gozar de buena salud, no tendrá caracteres disgénicos, ni enfermedades que puedan transmitirse genéticamente. Además, deberá ser una persona socialmente adaptada.

5) El contrato que firme el dador además de su consentimiento, deberá contener la renuncia a cualquier reclamación o investigación futura sobre la paternidad del menor así concebido.

6) Una misma persona no podrá realizar más de cinco emisiones de su líquido seminal, con la finalidad de realizar la inseminación artificial.

7) La donación de células reproductoras no genera filiación respecto del producto de la concepción.

d. En relación a aspectos generales.

1) No se podrá inseminar a una mujer sin su pleno consentimiento. El incumplimiento de este precepto será

sancionado con las penas que se imponga para el delito de violación en el derecho común.

2) Quedará prohibida la práctica de la maternidad subrogada, entendiéndose como tal al pacto en virtud del cual una mujer, a título oneroso o gratuito, se obliga a gestar un ser humano en su cuerpo, para después ser entregado al contratante.

3) El hombre que no tenga hijos; y que vaya a ser sometido a intervenciones quirúrgicas, radiaciones o cualesquiera otra operación que le haga presumir una futura esterilidad; podrá ocurrir a los bancos de semen de las instituciones quirúrgicas, a fin de que lo criopreserven y con él pueda inseminar a su pareja presente o futura.

4) La inseminación artificial de la mujer viuda con semen del esposo o concubinario, tendrá la presunción de que el hijo así concebido será del referido esposo o concubinario; siempre y cuando, el fallecido así lo hubiese dispuesto en el contrato de conservación de esperma o por disposición testamentaria. Además, es necesario que dicha pareja -conjunta o separadamente- no tenga otros descendientes. Tal operación deberá realizarse en un período no mayor de seis meses contados a partir de la muerte del esposo o concubinario.

5) Las actas que en virtud del nacimiento de un niño concebido mediante alguna de las técnicas de inseminación artificial, se levanten en el Registro Civil, no podrán contener referencia alguna a que el registrado es producto de la aplicación de las mismas.

CAPITULO QUINTO

LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN EL DERECHO EXTRANJERO

A la fecha, son diversas las tendencias existentes en las corrientes jurídicas mundiales, así como diversos son los planteamientos realizados en los distintos sistemas legislativos vigentes, dando como resultado, una gran variedad de resoluciones de los tribunales ante los cuales se han planteado controversias derivadas de la práctica médica de la inseminación artificial, en sus diversas modalidades.

Como consecuencia de cuestiones de carácter económico, dado el alto costo de toda investigación científica, es en los países desarrollados en donde más se ha legislado respecto de la inseminación artificial, a grado tal de que, es en el continente europeo, a través del Consejo de Europa (48) que en el año de 1979 surgen una serie de recomendaciones, las cuales, a pesar de no constituir una norma positiva vigente, sí conllevan la obligación de los estados miembros de seguir dichos lineamientos al dictar sus propias normas respecto de la inseminación artificial. Es pertinente mencionar, de que en tales recomendaciones se omite hacer referencia a la maternidad subrogada.

En el presente estudio hemos incluido el análisis de cinco países, como una muestra de la legislación imperante a nivel mundial, de los cuales algunos como Suecia, son los pioneros en la legislación sobre la materia; otros, como Estados Unidos de América, se han visto precisados a legislar en virtud de la

(48) Ver apéndice número 1 (Consejo de Europa). Proyecto de recomendación sobre la inseminación artificial de seres humanos

amplia gama de casos que han llegado a las Cortes. En virtud de su sistema legislativo se han visto obligados, -los estados federados- a legislar respecto de la técnica en estudio, una serie de normas prohibitivas y de carácter imperativo. Un caso especial los representa España, país que a pesar de no contar con casos derivados de la inseminación artificial que se hayan tratado en sus tribunales, ha legislado tomando en cuenta las recomendaciones del Consejo de Europa, dado que es miembro de la Comunidad Económica Europea. Así también, hemos tratado de hacer análisis de la legislación existente en los países que a pesar de desarrollar diversas investigaciones en esta materia y de que en sus tribunales se han ventilado casos muy conocidos, han preferido no legislar en cuestiones de inseminación artificial, tal es el caso de Francia e Italia; de otros, se desconoce la existencia de juicios derivados de la inseminación artificial y en sus legislaciones no existen normas referentes a dicha práctica como lo son aquéllos países que constituyeron la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, de los cuales hicimos el estudio de la legislación vigente cuando eran considerados países socialistas, pero dados los acontecimientos más recientes que originan una incertidumbre en su legislación futura, consideramos que dicha normatividad seguirá siendo vigente hasta en tanto esos países legislen respecto del Derecho de Familia; lo cual se considera que harán cuando logren superar su actual crisis económica y política. Por lo anterior, tal análisis tiene un valor meramente histórico.

Como se observará, las legislaciones más avanzadas han surgido en los países llamados del primer mundo. En los países que en su momento se llamaron socialistas, tampoco existió una normatividad específica. En nuestro

país, como en otros del tercer mundo, sólo en forma muy tangencial, se aborda jurídicamente el problema derivado de la práctica en estudio.

A. La Inseminación artificial en el Derecho Sueco.

Suecia es el primer país en el mundo en haber legislado respecto de la inseminación artificial (49). Así a finales de los años 40's se nombró una comisión estatal que presentó en 1953 una propuesta de ley especial sobre el particular, la cual no llegó a plasmarse en una legislación y que se refería exclusivamente a la inseminación artificial homóloga, restringiéndola obviamente, a parejas casadas.

En diciembre de 1981, el gobierno sueco nombró una comisión denominada "Comisión sobre inseminaciones"; encargándosele, además, en 1984 el estudio de los derechos de los niños por nacer, propuestas que fueron llevadas a discusión del parlamento este último año y promulgadas como ley, el día uno de marzo de 1985. Con lo cual Suecia se convirtió en el primer país del mundo en haber legislado sobre la inseminación artificial. Dicha ley sobre inseminación la agregamos (50), dado el valor histórico y jurídico que representa.

La ley principia con la definición de inseminación en el sentido de que

(49) GÖRAN, Ewerlöf.- "La inseminación artificial, debates y legislación". *Actualidades de Suecia*, número 329, Feb. de 1985, Svenska Institutet, Estocolmo, Suecia. p. 11.

(50) Ver apéndice número 2. "Ley sobre inseminación" (1140), versión fotocopiada distribuida por la embajada de Suecia en México (a/e), trad. comercial para el autor de esta tesis.

establece que es "la introducción de semen en una mujer por vía artificial". Así también, dicho ordenamiento establece como requisito indispensable para que pueda practicarse la técnica mencionada, el que la mujer sea casada o que viva en una relación semejante al matrimonio. Es decir, existe una norma prohibitiva imperfecta (dado que no se señala sanción alguna) que establece la imposibilidad jurídica de que la inseminación artificial se efectúe en mujeres solteras, a pesar de que, de la disposición legal, no se desprenden requisitos de temporalidad para cuando la mujer no es casada y vive en una relación semejante al matrimonio, por lo que concluiríamos que cualquier mujer, podría ser inseminada artificialmente en forma legal. Sin que para que se tenga esa posesión de estado semejante al matrimonio, se fije un mínimo de años o se establezca alguna condición, como en nuestra legislación, que sí lo establece para el caso de concubinato.

En dicha ley se plasma el principio de que si un hombre ha consentido por escrito, en que su mujer o cohabitante sea inseminada con esperma de un donante, aquél sea considerado como padre legal del niño sin que se pueda declinar esa responsabilidad. Dando lugar a la creación de la filiación que hemos denominado "consensual"; en virtud de que la misma no se deriva de una relación filial genética o consanguínea como le llama nuestra ley, sino que se deriva de la voluntad del esposo o cohabitante de la mujer inseminada.

No teniendo dicha filiación características semejantes a la derivada de la adopción sino que se constituye en una filiación plena. Al donante por su parte, no se le podrá imponer ninguna responsabilidad por el niño así concebido o nacido.

Sólo está permitido realizar la inseminación artificial por donante en los hospitales públicos, y bajo la supervisión de un médico especialista en ginecología y obstetricia, por lo que, a contrario *sensu* debe considerarse que la inseminación artificial con semen del esposo, puede realizarse por cualquier médico e incluso, por cualquier persona, en el establecimiento que así lo consideren conveniente los individuos actuantes en el proceso.

La ley deja a la decisión del especialista médico, la evaluación de la pareja que solicita la inseminación, así como la elección del donante. El médico debe analizar la conveniencia o no de la inseminación artificial, basándose en las condiciones psicosociales de la pareja. Para el caso de que se concluyera la inconveniencia de la inseminación artificial, la pareja puede inconformarse acudiendo al Consejo de Asuntos Sociales, que es un organismo gubernamental, el cual resolverá de plano; es decir, sin posibilidad de que su decisión sea recurrida. Se establece como responsabilidad del médico, también, el escoger adecuadamente al donador del semen, sin que en dicha ley se especifiquen las características que deba tener el referido semen. Por lo que deja al criterio de dicho médico responsable, los parámetros físicos, psicológicos y sociales del dador, que considere idóneos. Los datos obtenidos respecto del donador del semen, se archivarán en un lugar especial, y se conservarán por lo menos 70 años. La ley es omisa respecto del lugar en que deba estar dicho archivo y tampoco especifica quién sería el responsable de su custodia.

Un aspecto de gran trascendencia en la ley que se comenta, es el derecho del individuo engendrado por inseminación artificial, para conocer su

filiación. Esto es, a saber que fué engendrado por inseminación artificial y a conocer quién fué el donante, lo que debe entenderse como una forma suprema del llamado derecho a la información. Cuando se refiere a esta última situación, la ley establece como condición para que el niño así engendrado sea informado de su filiación, el que haya alcanzado la madurez suficiente. Por lo que consideramos que es en la adolescencia, toda vez que la ley habla siempre del niño, sin referirse al adulto o joven; aunque ésto no obste para que una persona en edad adulta pudiera solicitar la información sobre su verdadera filiación. Sólo así nos explicaríamos el hecho de que la ley ordene la guarda de los archivos por lo menos 70 años.

En un conflicto judicial respecto de la paternidad, la ley establece la obligación del responsable del archivo de entregar los datos inherentes a la inseminación artificial, para el caso de que así fuese requerido por autoridad competente. Entre otras cosas, necesariamente deberá verse en tales informes la existencia o no del consentimiento, para la utilización de la técnica en estudio, por parte del esposo de la mujer inseminada, o por parte de quien con ella viva como si fuese su esposo. Esto para el caso de conflicto sobre cualquier circunstancia inherente a la paternidad, incluyendo el reconocimiento de la paternidad de un tercero respecto del menor. Ya que conforme al párrafo (artículo) dos; trozo (párrafo) primero del Código Paternal (51) es jurídicamente posible que una persona pueda reconocer como suyo al hijo procreado con una mujer casada, siempre y cuando el esposo apruebe tal situación por escrito, debiendo ser aprobado también por la madre.

(51) Contenido en la Ley 612 de 1976, entró en vigor a partir del uno de enero de 1977.

El párrafo (artículo) seis de la ley que se comenta, prohíbe la introducción al país de semen congelado, sin el permiso del Consejo de Asuntos Sociales; consecuencia lógica de la obligación que la ley impone al médico para hacer el estudio de las características biopsicosociales del donador del semen.

Así también, el que contraviniendo lo dispuesto por la ley, efectúa a título oneroso o gratuito inseminación artificial o en tales circunstancias proporcione semen, será sentenciado a multa o pena de prisión con un máximo de seis meses; pena notoriamente mínima para nuestro sistema punitivo, pero alta en relación a la legislación sueca en donde son pocos los delitos que ameritan pena privativa de libertad.

Existen propuestas (52) para legislar en Suecia, respecto de la fertilización "in vitro", y la maternidad alquilada o subrogada, emanadas de la propia "Comisión Sobre Inseminación", que a pesar de no constituir una norma positiva vigente (53) representan avances respecto de la legislación en vigor. En resumen, se considera lo siguiente:

1.- La fertilización "in vitro" sólo se permite a las personas casadas o que cohabitan en condiciones similares.

2.- Solamente se podrán usar óvulos y espermatozoides de la pareja

(52) Cfr. GÖRAN, Ewerlöf, Op. Cit. p. 10

(53) Hasta la fecha, no tenemos información de que se haya aprobado tales propuestas.

en cuestión.

3.- Se prohíbe la donación de óvulos y de espermias.

4.- La maternidad subrogada, sólo se permite cuando para ella no exista retribución económica.

5.- Sólo es válido el procedimiento de maternidad subrogada, si la madre ovular (quien entrega el óvulo) recibe en adopción al menor de la madre incubadora (de quien realmente nace).

Por lo anterior, podemos concluir que es Suecia el país que va a la vanguardia respecto de la práctica de la inseminación artificial y de su legislación. Debiendo reconocer también, que dado lo debatible de las situaciones inherentes a la práctica y efectos de la técnica en estudio y sus variantes, dicha legislación se queda trunca en diversos aspectos, que serían discutibles en juicio y que necesariamente tendrán que ser superados para beneficio de todas aquéllas personas o parejas, que en la inseminación artificial vean la única salida a su problema de falta de hijos.

B. La inseminación artificial en el Derecho Italiano.

Italia es uno de los países en los que existe una larga tradición en materia legislativa, en la medida que es la cuna del derecho romano, sistema jurídico que se ha tomado como base para gran parte de la legislación de

occidente e incluso, en el medio oriente, en donde se erigió el Imperio Romano del Oriente (54). En Italia, desde el año de 1780, ya se practicaba con éxito la inseminación artificial con perros, en virtud de los experimentos de Spallanzani (55). A pesar de ello, existe un notorio atraso en materia legislativa respecto de la inseminación artificial en seres humanos y sus efectos jurídicos.

No existe en dicho país, alguna legislación específica respecto del tema materia del análisis. Aunque han existido algunos proyectos presentados en la Cámara de Diputados por miembros del Partido Radical en 1981 y en 1983 (56), en los que "se hace prevalecer el interés individual y social del niño por nacer, a no ser concebido con la certeza de la ausencia del "genitor", comprendiéndose por ésto evidentemente, a alguien que no se limite a ser una simple expresión biológica y jurídica" (57). Estos proyectos además de ser mínimos, no fueron aprobados por dicho cuerpo legislativo, y caían en el error de tomar como iguales tanto a la inseminación homóloga como a la heteróloga, siendo que cada una de ellas exige una reglamentación autónoma y específica, dado que establecen supuestos distintos con efectos jurídicos diferentes.

A pesar de la falta de una legislación y reglamentación, respecto de la inseminación artificial en los seres humanos "...a los jueces italianos se les

(54) DIAKOV, V. "Historia de la antigüedad. Roma". 1ª Edic. en Español. Tr. G. Lledo, Edt. Grijalbo, México, 1966.

(55) Cfr. CONTI, Luigi. "Inseminazione artificiale" (Medicina legale) *Novissimo Digesto Italiano*. Edit. por Antonio Azara e Ernesto Eulla, Tomo VII, 1960, Torino, Italia. p. 732.

(56) Cfr. LOI, Maria Leonarda. "Observaciones con respecto al caso *Parpaix*". *Revista Internacional de Derecho Contemporáneo*, N.º. 1, 1965, Bruselas, Bélgica, p. 109.

(57) *Idem*.

han presentado ciertos casos que han brindado ocasión a vivas controversias y grandes disputas, tanto en lo relativo a la aplicación de las normas penales, como en lo tocante al enfoque de evaluación civil" (58).

Tampoco el tema de la inseminación artificial ha sido materia de prohibición en la legislación italiana, por lo que al no existir leyes prohibitivas es de considerarse que la práctica es lícita.

En virtud de lo anterior, nuestro análisis se hará tomando en consideración las disposiciones contenidas en la legislación vigente, específicamente lo dispuesto en el Código Civil (59).

El artículo 2035 del Código Civil, establece una nulidad de los contratos que vayan en contra de las buenas costumbres, a lo que consideramos, que en el contrato o relaciones contractuales implícitas en la práctica de la inseminación artificial no se atenta en contra de las buenas costumbres. Excepción hecha de la inseminación artificial heteróloga, cuando al practicarse ésta, no exista el consentimiento previo del esposo. Ésto, tratándose específicamente del contrato como procedimiento practicado en la mujer, excluyendo los efectos del mismo, como puede serlo el embarazo y posterior nacimiento, o bien, lesiones o incapacidades sobrevenidas como consecuencia de la práctica del método en estudio.

(58) TRABUCCHI, Alberto. "Inseminazione artificiale" (Diritto Civile) Novissimo Digesto Italiano, p. 732.

(59) TORRENTE, Andrea y otro. Código Civil. Anotado con la jurisprudencia della Cassazione, 4ª Ed. Edit. Dott. A. Gluffré, Milano, Italia, 1975. 2009 pp.

En cuanto a los efectos de dicho contrato en relación al recién nacido; la legislación italiana ubica al menor en distintas posiciones jurídicas o *status* de hijo: legítimo, legitimado, natural, reconocido o irreconocible.

El nacido mediante inseminación artificial que se derive de un donador ligado por estrechos vínculos de parentesco considerados por la ley, entrará en la categoría de hijo incestuoso, y por lo tanto, de filiación irreconocible.

Los hijos nacidos de inseminación artificial que descienden de una persona vinculada por matrimonio con un hombre o una mujer que no sea el propio progenitor, son de considerarse como adulterinos y por lo tanto, excluidos de la posibilidad de reconocimiento voluntario y de la certificación judicial de la paternidad.

La filiación derivada de la inseminación artificial es de tomarse en consideración respecto de las prohibiciones para contraer matrimonio. Así, el artículo 87 del Código Civil, establece:

"No podrán contraer matrimonio legal:

- 1.- Los ascendientes y descendientes en línea recta, legítima o natural.
- 2.- Los hermanos y hermanas consanguíneos o maternos.
- 3.- El tío y la sobrina; la tía y el sobrino".

En el supuesto que establece el precepto legal citado anteriormente, se tendría que realizar la investigación de la paternidad, del menor nacido en

virtud de la técnica en estudio. Esto para el caso de que fuese hijo de mujer casada. Además de que, previamente tendría que realizarse el desconocimiento de la paternidad respecto del esposo

La inseminación artificial aplicada a una mujer casada con semen de su esposo o de un tercero, sí serviría para desvirtuar la causal de nulidad del matrimonio que establece el artículo 123 del Código Civil, que dice "...la impotencia de procreación puede ser propuesta como causa de nulidad (del matrimonio), sólo si uno de los cónyuges carece de los órganos necesarios para la procreación".

Esto, a pesar de que, la causa esencial generadora de la nulidad lo es la falta de órganos reproductores, pero al no ser complementada con la falta de maduración espermática u ovular, imposibilitaría la acción de nulidad. Porque imaginémos, el caso de un hombre a quien se le hubiere cercenado el pene, podría extraérsele el semen y con ello inseminar a su esposa, con lo que saldría de la posible causal de nulidad de matrimonio. Situación similar sería, cuando a pesar de tener los órganos necesarios para la procreación estuviese funcionalmente imposibilitado para ello, dado que al extraerle el semen y fertilizar a su esposa tendría la posibilidad de ser padre.

Para el caso de que la esposa fuese inseminada con semen de un tercero con el consentimiento del esposo, también desvirtuaría la causal de nulidad que comentamos, en virtud de que se haría extensivo el principio de la filiación "consensual".

La legislación italiana presume el resultado jurídico de la maternidad, atendiendo al principio de *"mater semper certa est"*, principio que no se rompe en cuanto a la inseminación homóloga y a la heteróloga. Una posible polémica jurídica la originaría la maternidad derivada de una transferencia de embriones, que a pesar de que se probara en juicio la utilización de tal método, la madre sería la mujer portadora del feto, o sea, quien da lugar al alumbramiento. Es de considerarse, que la esposa que procreara a través de la implantación de su óvulo fecundado, en una madre "portadora", no por ello desvirtuaría la causal de nulidad de matrimonio, derivada de la impotencia de procreación ateniéndonos a que la madre sería quien diera a luz el hijo.

El artículo 231 del Código Civil, establece que "El marido es el padre del hijo concebido durante el matrimonio", por lo que, para el caso de que ese hijo fuese concebido a través del método de inseminación artificial no se podría establecer el desconocimiento de la paternidad, siempre y cuando, se esté en los límites temporales que se establece para que tal presunción jurídica no admita prueba en contrario. Así, el artículo 232 del Código Civil, establece que "Se presume concebido en el transcurso del matrimonio al niño nacido cuando han transcurrido 180 días desde la celebración de los efectos civiles del matrimonio". El padre tampoco podrá desconocer al hijo nacido dentro de los 180 días posteriores a la celebración del matrimonio, si conocía de la gravidez de la esposa antes del matrimonio o si participó en la declaración del nacimiento, por sí o a través de procurador especial. Ello consideramos que sucedería a pesar de que se probara en juicio que se utilizó el procedimiento de inseminación artificial heteróloga. Según el artículo 234 del Código Civil, "La legitimidad del hijo nacido después de los 300 días de

anulado el matrimonio puede ser refutada". Legitimidad que según nuestro punto de vista sería indubitable, si se prueba que el hijo así nacido fue producto de la práctica de inseminación artificial, con semen tomado del marido.

El artículo 269 del Código Civil, de amplios márgenes de litigio en juicio, respecto de los hijos nacidos mediante el procedimiento de inseminación artificial, toda vez que establece: "La paternidad y la maternidad naturales pueden ser declaradas judicialmente en aquéllos casos en que se amerite el reconocimiento. La prueba de la paternidad y maternidad puede darse por cualquier medio". En aquéllos casos en los que judicialmente se hubiere declarado la paternidad (o maternidad) derivada de un procedimiento de inseminación artificial, también procedería como consecuencia de la misma, la obligación alimentaria y educacional. En efecto, el artículo 279 del ya referido Código Civil, determina: "En aquéllos casos en que prospere la acción por dictamen judicial de paternidad o maternidad, el hijo natural puede proceder para obtener la manutención y educación".

Por último, consideramos que el procedimiento de inseminación artificial llevada a cabo en contra de la voluntad del donador o de la receptora del esperma, traería como consecuencia que la madre, el donador o el hijo así nacido reclamen el pago de los daños originados, atento a lo dispuesto por el artículo 2043 del Código Civil, que establece: "Cualquier acto doloso o culposo que ocasiona daño injusto obliga a quien lo ha cometido, a resarcir el daño".

Consideramos que en Italia, existe un gran atraso legislativo en materia de inseminación artificial, a pesar de que a sus tribunales (60) han llegado casos derivados de la práctica del tema tratado, que tienen necesariamente que ventilarse a partir de los criterios derivados de la legislación vigente.

C. La Inseminación artificial, en el Derecho Norteamericano.

En los Estados Unidos de América, la legislación en materia civil queda reservada para los estados miembros, al igual que en México. A diferencia de nuestro país, en donde las entidades federativas prácticamente adoptan la legislación central, en el vecino país del norte, la legislación emerge de los Estados de la Unión. A nivel federal se pretendió dar lineamientos generales para la legislación estatal, éstos estaban contenidos en el documento denominado "Lo humano de la vitro-fertilización y el transplante de embriones", elaborado por el Consejo Etico, del Departamento de Salud de los Estados Unidos, el cual no tuvo relevancia alguna en virtud de que "...el fin de este estudio fué su olvido en los callejones de la burocracia" (61). La Constitución Federal establece como derecho supremo de todo norteamericano, la libertad de procreación (62) en donde surge la fundamentación de las actuales leyes estatales existentes en materia de aborto, así como de inseminación artificial. En esta materia, desde el año de 1948, surge una propuesta de ley para el Estado de Nueva York, seguida de otro proyecto legislativo del estado de

(60) LOI, Maria Leonarda. Op. Cit. p. 110.

(61) KRAUSE, Harry D. "Artificial Conception: Legal Approaches". Family Law Quarterly, Vol. XIX. Núm. 3, 1985, Chicago, Illinois, E.U.A: p. 187 (tr. comercial para el autor).

(62) *Ibidem*, p. 191

Virginia. Ambos proyectos fueron desechados (63). En dichas propuestas, se establecía que el niño que fuese concebido a través de la práctica de la inseminación artificial con semen de un donador, sería considerado como un niño nacido del esposo y de la esposa para todos los efectos legales, siempre y cuando existiera el previo consentimiento del esposo.

Para el año de 1959, en los Estados de Winsconsin, Minnesota e Indiana se promovieron diversos proyectos de ley (64) relacionados al mismo tema de la inseminación artificial, pero todos fueron desechados. Los proyectos de ley de Winsconsin e Indiana, se proponían legitimar al niño recién nacido con semen de un donador, para el caso de que el esposo y la esposa firmaron documentos en donde otorgaban el consentimiento para la inseminación artificial. En Minnesota se dieron a conocer tres iniciativas de ley separadas, pero también fueron descartadas. Una de esas iniciativas declaraba a la práctica de la inseminación artificial como ilegal pero legitimaba a quien nacía como resultado de ella. Para el año de 1967, surge otro proyecto de ley en Ohio, el que consideraba a la inseminación artificial con semen de donador, como algo ilegal y que por consiguiente el niño sería ilegítimo, estableciéndose que la ofensa podría castigarse con multa de quinientos dólares y prisión de uno a cinco años.

La primera ley aprobada fué la del Estado de Oklahoma que en 1967,

(63) Cfr. WEINBERG, Roy D. "Laws Governing Family Planning". Oceana Publications Inc. 1968, Nueva Orleans, Louisiana, E.U.A: p.68.

(64) *Ibidem*. p. 69. 70.

legalizó la práctica de inseminación artificial heteróloga, declarando legítimos a los niños nacidos como producto de la fecundación de un esperma "donado" por un tercero con el óvulo de una mujer casada que cuente con el consentimiento del esposo.

"Esta ley no ofrece protección a la esposa embarazada a través del procedimiento de inseminación artificial heteróloga, si el esposo no dió su consentimiento. El niño que nazca de esta manera será tan objetable por el esposo, como el niño que nazca de relaciones sexuales tipo adulterio" (65).

En 1979, se publicó un documento elaborado por una comisión del gobierno federal denominado "Acta de Parentesco Uniforme" (Uniform Parentage Act), en el cual se dan criterios generales en todo lo relacionado con el parentesco y la filiación, incluyendo los resultados de la aplicación de los procedimientos de inseminación artificial, con el propósito de que sirviera como base o criterio regulador para la legislación de cada uno de los estados, documento que ha sido tomado como punto de referencia en la mayor parte de la normatividad estatal vigente (66).

Actualmente en los Estados Unidos de América existen veintiún estados (67) que tienen alguna legislación acerca de la inseminación artificial de un

(65) Cfr. CHADLER, Harry. "A legislative approach to artificial insemination", Cornell Law Review, Vol. 53, N° 3, 1967-68, Ithaca, N.Y., E.U.A: p. 497.

(66) Cfr. KRAUSE,, Harry. Op. Cit. p. 194.

(67) Cfr. VENTURATOS LORIO, Kathryn, "Alternative means of reproduction: Virgin territory for legislation", Louisiana Law Review, Vol. 44, 1984, Baton Rouge, Louisiana, E.U.A: p. 1665.

Esos estados son Alaska, Arkansas, California, Connecticut, Florida, Georgia, Kansas, Maryland, Michigan, Louisiana, Montana, Nevada, Nueva York, Carolina del Norte, Oklahoma, Oregon, Tennessee, Texas, Virginia, Washington y Wisconsin.

donante. En cuanto a la obtención del consentimiento para la celebración del referido contrato de inseminación artificial, sólo dieciséis de las leyes de esos estados, mencionan la necesidad del consentimiento escrito del esposo; aunque todas establecen que alguna de las formas del consentimiento se requiere para la celebración del contrato referido. De esos dieciséis estados sólo nueve ordenan que ese consentimiento sea llevado bajo control. En este caso, "las inscripciones se guardan en secreto y confidencialmente, pudiendo ser vistos solamente por orden de la corte, que únicamente puede ser dada una causa moralmente buena y legalmente posible (68).

En cuanto a la vigencia o duración del consentimiento no se establece en ninguno de los estados un plazo para su eficacia, ni la forma de revocarlo. Tampoco se establece alguna presunción legal al respecto. Únicamente ocho estados, de los que han legislado en materia de inseminación artificial, establecen que el donador no lleva ninguna responsabilidad de su parte y no tiene ningún derecho paternal sobre el niño así nacido (69). Especial atención merece la legislación vigente en el estado de Louisiana la cual da lugar a una doble paternidad. Así, el artículo 188 del Código Civil establece que: "Se estima hijo legítimo del esposo al nacido mediante el sistema de inseminación artificial, por donación de semen, siempre que el esposo haya dado su consentimiento por escrito para que su esposa sea inseminada con semen de un tercero". Relacionada con la anterior disposición, el artículo 209 del referido Código Civil establece que es posible que el niño pueda establecer su filiación con el donante. "Cualquier renuncia de derechos paternos por parte

(68) Cfr. VENTURATOS, Lorio Kathryn, Op. Cit. p. 1666.

(69) *ibidem*. p. 1669.

del donador, no privan al niño de ejercer sus acciones en contra de éste". Esto conlleva a la situación de que el menor que probara la procedencia del semen a partir del cual fué engendrado, tendría dos padres legalmente reconocidos: uno el esposo de la madre que consintió en la inseminación artificial de su esposa con semen de un tercero y otro, el donador del semen.

En las cortes norteamericanas uno de los aspectos más litigados en diversos juicios, ha sido el derecho de visita de los ex esposos de las mujeres inseminadas artificialmente con semen de un donador; que dieron su consentimiento para que su esposa fuese sometida a dicha práctica. En tales juicios se ha resuelto que el ex esposo tiene los mismos derechos de visita (y de guarda y custodia) que tiene el padre adoptante de un niño, a pesar de que genéticamente no sea el progenitor. Toda vez que la filiación surge del consentimiento expreso para la inseminación de su esposa con semen de un donador. Estableciéndose que la separación posterior de los padres, no implica la renuncia del parentesco generado (70).

En lo referente a la responsabilidad y la preparación que requiere la persona que realiza la inseminación artificial, solamente doce estados exigen que dicha práctica sea llevada a cabo por un médico o bajo su supervisión. Sin que se establezca que dicho médico tenga alguna especialidad dentro de su profesión.

70) Cf. HARRIS, Lindsey E. "Artificial insemination & surrogate motherhood - A nursery full of unresolved a question". Willamette Law Review. Vol. 17 - American Bar Association & Willamette University of Law 1981. Salem, Oregon E.U.A. p. 921.

Ninguna de las legislaciones estatales, establece la posibilidad de efectuar la inseminación artificial en mujeres solteras, aunque no lo prohíben. En ese sentido la Suprema Corte de los Estados Unidos de América ha establecido que "el derecho a procrear es un derecho fundamental para la existencia y supervivencia de la raza" (71). A pesar de ello, muchos médicos se niegan a efectuar la inseminación artificial en mujeres solteras, por cuestiones morales.

En las legislaciones estatales, tampoco se establece quién es la persona indicada para escoger el donador (a diferencia de la legislación sueca que establece que debe ser el médico), en la práctica es el médico quien selecciona al donador. Aunque se está extendiendo el uso de que sea la mujer a inseminar, conjuntamente con su esposo, quienes escojan al donador; a través de un catálogo muy parecido a los utilizados para la promoción de mercancías. Lo cual ha sido criticado por considerarse una práctica inmoral.

Las leyes ya referidas, no consideran la posibilidad de realizar pruebas genéticas antes de cualquier inseminación y tampoco ordenan o establecen que debe informárseles a los receptores la existencia de estas pruebas y la conveniencia de su diagnóstico previo, con el propósito de prevenir alguna enfermedad genética transmisible. Es muy probable que a partir del descubrimiento de que una de las formas de transmisión del SIDA es a través del semen, se implementen algunas modificaciones legales a ese respecto.

(71) VENTURATOS, Lorio Katryn, Op. Cit. p. 1642.

Se omite también precisar o establecer en tales legislaciones, la necesidad de que el donador del semen tenga un parecido somático al esposo de la madre en el caso de inseminación artificial con semen de donador. Para que el niño que así naciere, tenga la apariencia física con quien será su padre legal. Previendo la posibilidad de que el donador pertenezca a grupos raciales o étnicos diferentes a los de la familia en la que va a crecer el niño así concebido. Esto con el propósito de que socialmente sea imposible el manifestar que el niño no sea genéticamente de la pareja. Tampoco hay dentro de la legislación norteamericana, alguna disposición respecto de la limitación en cuanto a la cantidad de hijos procreados con el semen de un sólo donador, por lo que existe la posibilidad material de que una sola persona pueda tener un número indeterminado de hijos. Hipótesis que trae consigo, la posibilidad de relaciones incestuosas de los descendientes de tal donador, sin que alguno de ellos tenga conocimiento del parentesco o filiación existente.

En cuanto al ejercicio de la maternidad subrogada, ningún estado ha establecido el sancionar los contratos de subrogación (72), aunque existen diversas propuestas legislativas en el sentido de regular o prohibir dicha práctica. Sin embargo, las personas que cotidianamente intervienen en ese procedimiento aducen que deben seguirse las mismas reglas de la inseminación artificial heteróloga, toda vez que es un procedimiento análogo a la misma; variando respecto de esta última, el que en la maternidad subrogada el elemento infértil (o imposibilitado por otras causas para procrear), lo es la esposa y en la inseminación artificial heteróloga lo es el esposo. A pesar de

(72) *Ibidem.* p. 1668.

ello, existe la diferencia en cuanto a que en el proceso de inseminación, el donador únicamente aporta su material genético (semen) y en el caso de la maternidad subrogada, la madre substituta nutre al feto hasta que nace. Es por ello, que en los casos derivados de la maternidad subrogada, las cortes norteamericanas (73) han declarado nulo este contrato toda vez que se argumenta que va en contra de la ley y de las buenas costumbres; y que la madre es quien porta al producto de la concepción hasta el nacimiento y no quien aporta exclusivamente el material genético a través de un óvulo. Sin que esto implique una prohibición, sino que ello conlleva que en los tribunales no se podrán alegar acciones que surjan del incumplimiento de tales contratos.

Algunos estados admiten la adopción privada, por lo que en muchos contratos de maternidad subrogada, se establece que la madre consiente (anticipadamente) en dar en adopción al bebé que de ella nazca, a quien o quienes hayan aportado el material genético. La práctica de la adopción privada, sin que participe alguna institución autorizada (agencia) u organismo representante del gobierno, en algunos estados está prohibida (74).

Existen grupos privados que pugnan por la prohibición de la maternidad subrogada en los Estados Unidos de América, arguyendo de que con dicha práctica se trata a los niños como "propiedad", que la madre al consentir el dejar a su hijo realmente lo abandona; que la práctica se asemeja a la prostitución y que constituye una compraventa de niños (75).

(73) *Ibidem.*, p. 1657.

(74) *Ibidem.*, p. 1668.

(75) *Idem.*

En cuanto a la fertilización *in vitro* o concepción fuera del cuerpo de la madre, fué anunciada su realización por vez primera en los Estados Unidos de América, el día 28 de diciembre de 1981 (76). En dicho país existe una laguna en la regulación legal respecto del período comprendido entre la fertilización del óvulo hasta la llegada del útero para la implantación del embrión, toda vez que la mayoría de las leyes que reglamentan la experimentación fetal sólo hablan de los fetos mayores del estado blastogénico (77). Por lo que surgen diversos problemas con el destino que tendrán los múltiples embriones, que han sido fertilizados *in vitro* y que por diversas circunstancias, incluyendo la muerte de la madre, es imposible transferirlos. Un sólo ordenamiento estatal, establece la responsabilidad en que puede incurrir quien efectúa la inseminación artificial por el procedimiento de fertilización *in vitro*. Así, la ley de abortos de Illinois de 1975 (Capítulo Primero. Artículo 26), establece que "Cualquier persona que intencionalmente cause la fertilización *in vitro* de una mujer puede, con respecto al ser humano que se produjo, ser juzgada para que tenga el cuidado y custodia del niño con el propósito de cumplir con lo dispuesto en la sección 4 del acta para prevenir y corregir los males que se pudieran causar a los niños".

A los tribunales norteamericanos han llegado diversos casos en los que se han establecido algunas resoluciones derivadas de la fertilización *in vitro* (78) condenándose a los médicos ejecutantes de tal procedimiento, a la

(76) *Ibidem.* p. 1669.

(77) Se considera que tal estado de desarrollo se logra a partir del catorceavo día después de la fecundación. La opinión generalizada es la de que a partir de ese momento, ya existe vida humana en esas células.

(78) Cfr. VENTURATOS, Lone Kathryn Op. Cit. p. 1671.

reparación del "daño emocional" originando por la destrucción de embriones no depositados en el útero de la madre, o bien al pago de los daños morales originados a los niños que nacen con defectos físicos o con enfermedades genéticas.

En la legislación civil norteamericana, todavía sigue vigente la presunción de que el padre del niño es el esposo de la madre. Principio establecido desde el derecho romano, el cual, con la ejecución de la técnica en estudio se pone en entredicho, dada su notoria inaplicabilidad. A la fecha existen diversos proyectos que buscan el regular toda la problemática jurídica, social y ética existente en este país, en virtud a la proliferación de los bancos de espermatozoides que ofrecen sus productos por catálogo y los bancos de embriones que se anuncian al público en diversos medios de difusión masiva (79).

D. La inseminación artificial en el Derecho Francés.

Francia es uno de los países en los que hasta la fecha, no se ha legislado respecto de la inseminación artificial en seres humanos. A pesar de pertenecer a la Comunidad Económica Europea, en virtud de lo cual se encuentra representada en el Parlamento Europeo, y por ende, dicho país es firmante de la resolución emitida por el Consejo de Europa sobre inseminación artificial en seres humanos (80). Sin embargo, no se ha

(79) *Ibidem*, p. 1676

(80) Véase apéndice N° 1.

promulgado ley o reglamento que norme la práctica en estudio.

Es precisamente en este país en donde en el verano de 1982, un caso relacionado con la inseminación artificial llenó las planas de los periódicos de la época (81), se trata de un litigio en donde la esposa y los padres del señor Parpalaix (82) ya difunto, reclamaron ante un tribunal, la devolución del espermia y su entrega a la joven viuda para que se le inseminara artificialmente. El banco de espermia se negaba a tal devolución voluntaria, arguyendo que sólo podría ser entregado al esposo ya difunto, quien lo había depositado, no con la finalidad manifiesta de utilizarlo para una determinada inseminación, sino en virtud de que sería sometido a un tratamiento contra el cáncer de los testículos y, ante la posibilidad de quedar estéril se recomendó la conservación del espermia. Pero al morir éste dos años después, se negaban a devolverlo a una tercera persona. Al final, el tribunal resolvió que era procedente la devolución del espermia a la viuda del depositante, por conducto de su médico, sin que se prejuzgara sobre la filiación del niño, en caso de que naciera viable. Los resultados de la inseminación realizada en la señora Parpalaix fueron infructuosos, por lo que no se dió publicidad alguna en relación a la filiación y demás problemas jurídicos derivados de la inseminación *post mortem*.

En mayo de 1990, el periódico *LEMONDE* (83) publicó un nuevo caso de

(81) Cfr. *Revista Internacional de Derecho Contemporáneo*, No. 2, Bruselas, Bélgica, 1986 p. 73.

(82) Véase apéndice N° 3. Juicio del cual agregamos un resumen, a efecto de tener una visión completa del mismo y sus resultados.

(83) Cfr. "LEMONDE", de mayo 3 de 1990, p. 12.

negativa del banco de esperma (Centro de Estudios de Conservación del Esperma) a regresar el semen a la viuda que lo había solicitado, añadiéndose el hecho de que el depositante había muerto de SIDA.

El asunto principió cuando en septiembre de 1985, el señor "G" (su esposa prefiere conservar el anonimato) ante una lesión cancerosa en los testículos, decidió hacer el depósito de su esperma en el Centro de Estudios de Conservación de Esperma, semanas más tarde, fué sometido a una intervención quirúrgica en la que se le hicieron diversas transfusiones de sangre, contaminada con SIDA. En 1987, al descubrir su enfermedad, acudió con los médicos quienes le recomendaron no utilizar el esperma, hasta en tanto la ciencia no descubriera alguna técnica específica para desinfectar un esperma potencialmente contaminado; en virtud de que, al utilizar el esperma en ese estado presentaría un grave riesgo, tanto para su esposa como para la criatura que podría procrearse de este modo.

Hasta la fecha de publicación del periódico de referencia, no se había dictado sentencia alguna al respecto, pero la misma, tendrá que basarse en la legislación tradicional francesa ante la falta de una disposición jurídica al respecto

De acuerdo con una reglamentación derivada de la jurisprudencia francesa (84), "se requiere del registro de los embriones (fetos) de más de 180 días y recomiendan la declaración de los embriones después de la sexta

(84) Se refiere al reglamento titulado "Instruction générale relative au Etat Civil" (1970).

semana de gestación" (85). Lo que implica un pre-registro de nacimiento, ya que conforme al artículo 55 del Código Civil francés (86). "Las declaraciones de nacimiento deberán ser hechas en los tres días siguientes a partir del parto ante el oficial del estado civil del lugar".

La inseminación artificial cuestiona uno de los postulados en los cuales descansa la legislación francesa, dado que "ya no es cierto que un nacimiento sea necesariamente el resultado de que el padre y la madre hayan estado juntos físicamente. La transferencia embrionaria cuestiona la noción de parentesco y filiación paternal, algo que hasta ahora se había considerado como irrefutable en base al principio "*mater semper certa est*" (87), por lo que los legisladores franceses, han tratado de consolidar la institución familiar considerando más las presunciones legales, que la realidad biológica.

El Código Civil francés, ha ignorado a la inseminación artificial, pero existen diversos antecedentes de resoluciones jurídicas relacionados con el tema; así el 27 de agosto de 1883, la Corte Civil de Bordeaux determinó un reclamo sobre honorarios médicos. Por la realización de la inseminación artificial; en 1956 en Lyon, hubo un caso de divorcio, arguyendo como causal del mismo, la práctica de la inseminación artificial; en París, en ese mismo año, se sentenció una negativa de responsabilidad derivada de una anómala

(85) Cfr. REVILLARD, Mariel. "Legal aspects of artificial insemination and embryo transfer in french law", International and Comparative Law Quarterly. Vol. 23, Abril de 1974, Chicago, Illinois, E.U.A.

(86) CODE CIVIL. Promulgado el 5 de marzo de 1803. Petits Codes Dalloz, (Jurisprudencia Générale Dalloz) París, Francia. (1962-1963) 1474 pp.

(87) REVILLARD, Mariel. Legal Aspects... p. 384.

implementación de la técnica en estudio (88).

El Código Civil francés establece todavía la diferenciación entre filiación legítima y natural. Al efecto podemos decir, que todo hijo nacido de inseminación artificial de una mujer casada se presume hijo del esposo, atento a lo dispuesto por el artículo 312 del citado ordenamiento, presunción que admite prueba en contrario. Según la norma antes mencionada, la cual se encuentra en la sección que se denomina "De la investigación de la paternidad" y dice: "el niño concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido. Sin embargo, éste podrá desconocerlo si prueba que él no pudo ser el padre". Consideramos que en este caso, la negación de la paternidad puede darse, aún cuando hubiera existido el consentimiento del esposo para que su esposa fuere inseminada, con semen de un donador. Habida cuenta de que dicho código hace derivar la filiación del lazo estrictamente biológico, sin considerar la responsabilidad contraída con el consentimiento previo del esposo, para que su esposa sea inseminada artificialmente.

El otro supuesto es el de las parejas que viven en concubinato, para lo cual se necesita el reconocimiento del padre en la respectiva acta de nacimiento, lo que no le quitaría el carácter de hijo natural, al niño así concebido. Para el caso de que no fuese así reconocido, también podría reclamarse la filiación en virtud de la posesión de estado de hijo de concubinato, o mediante un juicio en el que se alegara dicha posesión de

(88) *Idem.*

estado, atento a lo dispuesto por el artículo 334-8 del Código Civil que dice: "La filiación natural es legalmente establecida por reconocimiento voluntario. La filiación natural puede, también, encontrarse legalmente establecida por posesión de estado o para el efecto de un juicio".

Una presunción que puede establecerse, tanto a favor de los hijos de concubinato como de los hijos de matrimonio nacidos a través del procedimiento de inseminación artificial, con el fin de reclamar la posesión de estado "de hijo"; es la que se establece en el artículo 311 del código Civil que dice "La ley presume que un niño ha sido concebido durante el período comprendido entre los 300 y 180 días, inclusive, antes de la fecha de nacimiento. La concepción se presume realizada en cualquier momento de este período, según convenga a la demanda en interés del niño. Podrá ser recibida una prueba contraria para combatir estas presunciones".

Cabe especificar, que a pesar de establecerse una diferenciación en el carácter de hijo natural y legítimo, la misma carece de relevancia en cuanto a los derechos de los mismos respecto de los padres, ya que son iguales ante la ley (artículo 311 del Código Civil). A pesar de ello, se establece la prohibición de que "el hijo natural no puede ser llevado al domicilio conyugal sin el consentimiento del cónyuge de su padre o madre según el caso". (artículo 334-7 del Código Civil).

El esposo puede intentar la negación de la paternidad por todos los medios posibles sin limitación de prueba (artículo 340 del Código Civil); por lo que consideramos, que también el hijo podrá reclamar la paternidad de éste,

sin ninguna restricción, incluyendo como materia de prueba, el hecho de que la esposa haya sido inseminada artificialmente con el semen del esposo. Prueba que tendría mayor valoración que la demostración, por parte del esposo, de la no cohabitación en el período que pudo haber sido concebido.

Según este mismo numeral, no será permitida la acción de reconocimiento de la paternidad, después de 300 días de la muerte del esposo o de su desaparición, por lo que con esto, podemos decir que el problema de la filiación en la inseminación artificial *post mortem* queda resuelto. Aunque queda pendiente la posibilidad de que pueda producirse un fraude a la ley, en cuanto a procurar el nacimiento prematuro, para ajustarlo a ese término y hacer viable al producto, a través de las ya muy comunes incubadoras.

En cuanto a la transferencia embrionaria o maternidad subrogada, consideramos que dado el principio aplicable en el Código Civil de "mater semper certa est", la madre será la persona que dé a luz al niño; independientemente de la carga genética del mismo. Es decir, que aunque biológicamente sólo fuese hijo del esposo, o en su caso de la esposa, éste será considerado como hijo legítimo de ambos y de haber nacido dentro del matrimonio, o antes de los trescientos días posteriores al mismo, esto, tratándose de parejas casadas; o bien, podrá ser hijo natural de la viuda del concubinario; pudiendo alegar en su caso, que el hijo así nacido, se encuentra en la posesión de estado de hijo de concubinato.

Sin duda alguna, el Código Civil francés, por su antigüedad legislativa, ha sido un ejemplo a tomar por diversos códigos, incluyendo el mexicano; a grado

tal de que es muy avanzado en cuanto al establecimiento de la adopción plena (artículo 358 del Código Civil), pero se encuentra atrasado en lo referente a establecer normas que regulen la inseminación artificial en sus diversas variantes.

E. La inseminación artificial en el Derecho Soviético.

Con el propósito de tener una visión global de la legislación imperante a nivel mundial respecto a la práctica de la inseminación artificial, incluimos en el presente literal, el análisis de los diversos supuestos derivados de tal práctica, aplicados a la legislación positiva, vigente en la ahora ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (U.R.S.S.). En donde existió lo que fue llamado "socialismo real", además de los otros países de la llamada "Europa del Este". La U.R.S.S. se regía a través de una serie de normas genéricas válidas para todas las Repúblicas que constituían tal país, las cuales servían de base para la legislación de cada una de ellas. Siendo los congresos locales, los que legislaban en forma autónoma, sin contradecir los lineamientos generales. Es de considerarse que debido a la desintegración de dicha nación, y a la separación de cada una de sus Repúblicas (89); a la fecha muchas de ellas seguirán teniendo su antigua legislación hasta en tanto promulguen una nueva. En virtud de que debido al abrupto cambio hacia el capitalismo, tienen diversidad de problemas de tipo económico.

(89) En la antigua U.R.S.S. existían, además Repúblicas federadas que no pertenecían a la Unión. Cada una de ellas tenía su propia legislación, derivada de una norma central. Actualmente, cada República se independizó, aunque la mayor parte de ellas se aglutinaron en la Confederación de Estados Independientes exclusivamente para efectos comerciales, de defensa y de representación diplomática.

Para el desarrollo del presente estudio, tomamos como base el documento denominado "Fundamentos de la Legislación de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y de las Repúblicas Federadas sobre el matrimonio y la familia (90).

En la legislación antes mencionada, no existe referencia alguna respecto de la procreación a través de medios artificiales. Tampoco existe información relacionada con experimentos que se hubieren realizado en dicha Unión de Repúblicas en torno a la inseminación artificial, toda vez que, hasta antes del movimiento denominado "Perestroika", existió un hermetismo informativo de lo que sucedía a nivel científico en dicho país. En virtud de ello, todo nuestro análisis se derivará de la legislación ya referida.

Así, el artículo 5º (91) de dichas normas, establece que "En conformidad con la Constitución de la U.R.S.S., la familia se encuentra bajo el amparo del Estado". Por lo que podemos concluir que la familia, y por ende todo lo relacionado con la misma, se encontraba subordinado y también tutelado a la decisión del Estado y a las razones del mismo. Así la existencia o no, de la procreación a través de métodos artificiales quedaba fuera de la voluntad de los particulares, y estaría sujeto a una política del Estado. Sobre todo si se trata de la que se realizaba en las instituciones públicas de salud (desconocemos si existían instituciones privadas de salud). Es posible, que

(90) Tomada de: "Leyes y Reglamentos Fundamentales de la U.R.S.S.", Tomo II, Tr. del Ruso por F. Pita y otros. Edit. Progreso, Moscú, 1963.

(91) Los artículos que se me mencionan, en lo sucesivo, se referirán a los "Fundamentos de la Legislación de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y de las Repúblicas Federadas sobre el Matrimonio y la Familia.

se diera entre particulares una inseminación artificial no legislada, aunque no por ello prohibida. Toda vez que la llamada inseminación artificial con semen fresco, no requiere de una tecnología avanzada para su ejecución.

El artículo 16 que se titula "Bases sobre los que surgen los derechos y obligaciones de los padres y de los hijos" establece lo siguiente: "Los derechos y obligaciones recíprocos de los padres e hijos se basan en la procedencia de los hijos, acreditada en la forma establecida por la Ley".

Aquí para el posible caso de una inseminación artificial homóloga no existiría problema, pero si lo habría en el supuesto de una inseminación artificial heteróloga, toda vez que únicamente podría probarse la filiación resultante a través de las pruebas que se derivarían de un sistema cerrado, tal y como se establece en dicho numeral que dice: "La procedencia del hijo de padres unidos en matrimonio se acredita por la partida de casamiento de los padres". Concluiríamos que, aquí también se aplica el principio de derecho que dice *"pater is est quem justae nuptiae demostrant"*, en la medida de que se es padre en virtud de ser el esposo de la madre, sin que se determine forma alguna para realizar el desconocimiento de hijo.

Estableciéndose también que "La procedencia del hijo de padres no unidos en matrimonio, se determina mediante la declaración conjunta del padre y de la madre presentada en los órganos de registro del estado civil". Con ésto se estatuye la filiación derivada de un concubinato, que aplicada a la inseminación artificial heteróloga podría considerarse que a la ley no le interesa la procedencia genética del hijo, sino que la filiación se derive de una

formalidad establecida en la misma. Es decir, que los padres (o el padre) den su consentimiento por escrito, después de nacido el hijo al realizar su inscripción en el Registro Civil. Sin que con posterioridad pueda desvirtuar los efectos jurídicos de dicha inscripción, en relación a la filiación. Consideramos que el sistema jurídico soviético, se organizaba a través de la verdad jurídica y de sus formas, omitiendo la posibilidad de impugnar las presunciones establecidas por la ley al no brindar alternativas que permitieran el desconocimiento de los hijos.

En el caso de los hijos nacidos de padres no casados, la ley establece la posibilidad de que la paternidad (maternidad) sea establecida por la vía judicial. En el supuesto de una inseminación artificial de una mujer soltera con semen de un donador, el hijo así nacido estaría en la posibilidad jurídica de acudir ante los tribunales para que se declarara, en su caso, que el donador es el padre de dicho menor. La representación en juicio sería a través de la madre, o del tutor o curador del niño. En efecto de lo anterior, podría ser cualesquiera otra persona o el mismo estado, quienes podrían iniciar el juicio en representación del menor, o el propio interesado al llegar a la mayoría de edad (92). Así el numeral antes referido establece que: "En caso de nacimiento de un niño de padres no casados y a falta de declaración conjunta de ellos, la paternidad puede ser establecida por vía judicial a petición de uno de los padres o del tutor (curador) del niño, como también a petición del niño mismo al alcanzar la mayoría de edad". Es posible que en juicio pudiere alegarse como motivo fundamentado en la investigación de la paternidad

(92) El artículo 10° de la legislación comentada, establece la edad de 18 años como edad mínima para el matrimonio y en la que se alcanza la mayoría (de edad).

del menor, el que el demandado haya sido el donador de semen en una inseminación artificial que hubiere tenido como resultado el nacimiento de dicho menor toda vez que en este caso sí existe un sistema abierto de pruebas. tal y como lo establece el párrafo cuarto del artículo 16 ya mencionado que dice:

"Al establecer la paternidad, el tribunal tendrá en cuenta la vida conjunta y la hacienda común de la madre del niño y del demandado hasta el momento de nacer el hijo, o la educación conjunta y el mantenimiento el niño por ellos, u otras pruebas fidedignas demostrativas del reconocimiento de la paternidad por el demandado (93).

Omitimos hacer un análisis respecto de la inseminación artificial *in vitro*, o de la transferencia de embriones, en virtud de que no existe información de que en esas Repúblicas se realizara alguna investigación científica al respecto, y de que hasta la fecha el derecho vigente en las mismas estará en constante cambio, hasta en tanto logren una estabilidad social, política y económica.

F. La inseminación artificial en el Derecho Español.

En España se ha legislado en forma bastante amplia y documentada, la utilización de la técnica de la inseminación artificial y sus formas similares. En el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección de Congreso de los

(93) Subrayado nuestro.

Diputados, III Legislatura, de fecha 31 de octubre de 1988, se publicó la aprobación definitiva de la LEY SOBRE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA.

Previamente a que se legislara sobre la materia, se considera que en España habían nacido 2000 niños como resultado de la inseminación artificial (94), habiéndose creado el Primer Banco de Semen desde el año de 1978. Mediante el procedimiento de fecundación *in vitro*, se logró desde 1984 el primer nacimiento, contándose a la fecha varios cientos.

Se calcula que en España existen 700,000 parejas estériles, lo que ha dado lugar que existan 13 bancos de gametos y 14 establecimientos, entre públicos y privados, que realizan estas técnicas (95).

La ley que se comenta, denomina técnicas de reproducción asistida a la inseminación artificial y a sus procedimientos accesorios, estableciendo que "...tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapias se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces. (Artículo 3º Fracción 2) (96) estableciéndose también, que las referidas técnicas y procedimientos, podrán utilizarse en la prevención y tratamiento de enfermedades de tipo genético o hereditario.

(94) Cfr. Exposición de motivos de la Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Boletín Oficial de las Cortes Generales, 31/octubre 1988, Madrid, España.

(95) Ídem.

(96) Todas las menciones de los artículos que en el presente literal no tenga señalada una legislación específica, se referirán a la "Ley sobre técnicas de reproducción asistida".

Como requisitos indispensables para que se utilice la inseminación artificial, se establece que haya posibilidades razonables de éxito y no supongan algún riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia. Únicamente se aplicará a mujeres mayores de edad (que tengan por lo menos 18 años de edad), en buen estado de salud psicofísica, que hayan sido previamente informadas. Un aspecto trascendente de esta legislación, es el hecho de que autoriza la aplicación de las técnicas de inseminación artificial en cualquier mujer, con los requisitos antes mencionados, pero sin que se exija el que ésta sea casada o viva en concubinato.

Se exige también, que la utilización de la inseminación artificial se haga, elaborando historias clínicas individuales, que se tratarán con las reservas necesarias y con estricto secreto de la identidad de los donantes; de la esterilidad de los usuarios de las inseminaciones y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos (artículo 2º fracción 5). Con lo que se busca la confidencialidad de dicha práctica, a fin de que el niño así nacido no pueda ser objeto de escarnio o animadversión social. Garantizándose con ello, el anonimato del donador de semen o en su caso, de óvulo.

En cuanto a la donación de óvulos, espermatozoides y preembriones, se establece que será "...un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el Centro Autorizado" (Artículo 5º. párrafo1). Con lo que se descarta, tanto el que las células reproductoras sean materia de comercio, como el que la relación contractual se efectúe, con la beneficiaria de dicha

donación. Esto último a fin de conservar el anonimato del donador, y de evitar que éste conozca a la persona beneficiaria de su material genético. Se establece la posibilidad de que la donación realizada sea revocada, por infertilidad sobrevenida del donante, siempre que a la fecha de la revocación no se hayan utilizado aún, los gametos donados.

Los hijos nacidos mediante la aplicación de las técnicas de inseminación artificial, tienen derecho a ser informados por sí o a través de su representante, de los datos generales del donador, sin que se incluya su identidad. En forma excepcional, se establece que bajo circunstancias extraordinarias que impliquen peligro para la vida del hijo o cuando proceda conforme a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante; siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Sin que dicha revelación sea publicada, o que de ella se derive la determinación legal de la filiación (Artículos 5º, fracción 5; y 8 fracción 3).

Como requisitos a cumplir por el donante, se establece que deberá tener más de 18 años; tener buen estado de salud psicofísica, además de que no deberá padecer enfermedades infecciosas transmitibles, hereditarias o genéticas, (Artículo 5, fracción 6). De las leyes analizadas en el presente trabajo, podemos establecer que es la única legislación que precisa que el donador deberá tener el mismo fenotipo o características somáticas (color de la piel, ojos, cabello, grupo racial, etc.) que el receptor y su entorno familiar. Esto, con el propósito de que los hijos así nacidos tengan la máxima similitud fenotípica y no puedan ser diferenciados socialmente de su grupo familiar

(Artículo 5 , fracción 5; en relación con el Artículo 6, fracción 5). Un sólo donante no podrá tener más de seis hijos. (Artículo 6, fracción 7).

Para el caso de que la mujer usuaria o receptora sea casada, se requerirá expresamente del consentimiento del marido, a no ser que en forma fehaciente se demuestre que se encuentran separados de hecho o por derecho. (Artículo 6, fracción 2). La presente disposición se encuentra en concordancia con el artículo 116 del Código Civil español que establece: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a la disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges" (97) (98). Concordancia que se clarifica en cuanto a que en ambas disposiciones se establece la ausencia de filiación, en relación con el padre, del hijo nacido cuando existe la separación de los cónyuges, aunque ésta sea de hecho y no precisamente de derecho.

Expresamente se dispone que "...ni el marido ni la mujer, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de la inseminación artificial y por donantes, cuando hayan dado su consentimiento previo y expreso" (Artículo 8, fracción 1).

La maternidad subrogada o sustituida se evita por la legislación comentada, al establecer "...la nulidad de pleno derecho, al contrato en el que

(97) CODIGO CIVIL, Ediciones Universidad y Cultura, 1987, Madrid, España.

(98) La primera versión del Código Civil español vigente, data del año de 1888, por lo que constituye una de las leyes en vigor, de mayor antigüedad en España.

se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero". Estableciendo también, que para el caso de que de hecho así se diera, la maternidad será determinada por el parto. Dejándose a salvo, para el presente caso, la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas del Código Civil. (Artículo 10, fracciones 1, 2 y 3). En ese sentido, el Código Civil español establece en su artículo 127 que "En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde".

En los capítulos subsecuentes, la ley que se comenta, establece diversas disposiciones y prohibiciones respecto de la investigación y experimentación en los gametos, no destinados a la fecundación, sino a otros usos de carácter biomédico. Por lo que, no se analizan dada la índole del presente trabajo, que se constriñe a los efectos en el derecho de familia, de la práctica de la inseminación artificial en los seres humanos.

APENDICE No. 1

CONSEJO DE EUROPA

PROYECTO DE RECOMENDACION SOBRE LA INSEMINACION ARTIFICIAL DE SERES HUMANOS. (*)

El Comité de Ministros.

Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar en unión más estrecha entre sus miembros, en especial por la uniformidad de las legislaciones sobre cuestiones de interés común.

Considerando que la inseminación artificial de los seres humanos se practica cada vez más actualmente en varios estados miembros y crea numerosos problemas de orden moral, jurídico y médico.

Considerando la ausencia en la gran mayoría de los estados miembros de una legislación especial en esta materia.

Considerando la conveniencia de que los estados deseosos de reglamentar esta materia lo hagan de manera uniforme.

Recomienda a los gobiernos de los estados miembros que vayan a adoptar normas sobre la inseminación artificial de los seres humanos o sobre cuestiones relacionadas, que conformen derecho a las normas adjuntas a la presente recomendación.

Normas.

Artículo 1.- Las presentes normas son aplicables únicamente a la Inseminación artificial de una mujer con espermatozoides de un donante anónimo.

Artículo 2.1.- La inseminación artificial sólo puede ser practicada cuando existen condiciones apropiadas para asegurar el bienestar del futuro hijo.

2.2.- La inseminación artificial debe practicarse siempre bajo la responsabilidad de un médico.

Artículo 3.1.- El espermatozoides de una persona no debe utilizarse con vistas a una Inseminación artificial sin su consentimiento.

3.2.- Para practicar la inseminación artificial es necesario el consentimiento de la mujer y, si está casada, el del marido.

3.3.- El médico responsable de la inseminación artificial debe procurar que los consentimientos se den de manera expresa.

(*) Tomado de: MORETI, Jean-Marie y Olivier de Dinachin. "El desafío genético". Edif. Herder, Barcelona, España, 1965.

Artículo 4.- Todo médico o establecimiento médico que reciba esperma humano con vistas a la inseminación artificial debe proceder a la investigación y exámenes oportunos, a fin de prevenir la transmisión por parte del donante de enfermedades hereditarias o de afecciones contagiosas o de otros factores peligrosos para la salud de la mujer o del futuro niño. Además el médico que proceda a la inseminación debe adoptar todas las medidas adecuadas para evitar peligros para la salud de la mujer y del futuro niño.

Artículo 5.- El médico y personal del establecimiento médico que reciban el esperma o que practiquen la inseminación artificial deben guardar el secreto de la identidad del donante y, a reserva de las exigencias de la justicia, y de la identidad de la mujer y si está casada del marido, así como el secreto sobre la propia inseminación artificial. El médico no procederá a la inseminación si las condiciones de ésta última hacen improbable el mantenimiento del secreto.

Artículo 6.1.- La donación del esperma debe ser gratuita sin embargo podrá reembolsarse al donante la pérdida del salario, así como los gastos del desplazamiento o de otro tipo, directamente causados por la donación.

6.2.- La persona o el organismo público o privado que ceda el esperma con fines de inseminación artificial no deberá ser movido por afán de lucro.

Artículo 7.1.- Cuando la inseminación artificial se haya practicado con el consentimiento del marido el niño se considerará hijo legítimo de la mujer y de su esposo y nadie podrá oponerse a la legitimidad basándose en la inseminación artificial.

7.2.- No puede establecerse ningún vínculo de filiación entre el donante y el niño concebido por la inseminación artificial. Ninguna demanda con fines alimenticios podrá ser presentada contra el donante o por parte de éste contra el niño.

Estrasburgo 5 de marzo de 1979.

APENDICE No. 2

LEY SOBRE INSEMINACION DE SUECIA (*) (1140 DE 1984)

Párrafo uno.- Por inseminación se entiende en esta ley la introducción de semen en una mujer por vía artificial.

Párrafo dos.- La inseminación puede efectuarse sólo si la mujer está casada o vive con un hombre en una relación semejante al matrimonio. Para que se efectue la inseminación se requiere el consentimiento por escrito del marido o del hombre con quien vive la mujer.

Párrafo tres.- La inseminación con semen de un hombre diverso de con quien está casada o con quien vive la mujer, puede efectuarse sólo en hospitales públicos bajo la supervisión de un médico especialista en ginecología y obstetricia.

El médico examinará si, teniendo presente las circunstancias médicas, psicológicas y sociales de los maridos o de los cohabitantes, sería adecuado que se efectue la inseminación. Esta puede ejecutarse sólo si se puede suponer que el futuro niño crecerá en circunstancias propicias. Si se niega la inseminación los maridos o los cohabitantes pueden solicitar que el Consejo de Asuntos Sociales examine el asunto. Contra una resolución del Consejo de Asuntos Sociales no se puede apelar.

El médico debe escoger un donador de semen adecuado. Informes sobre él se anotarán en un archivo especial, el cual se guardará por lo menos 70 años.

Párrafo cuatro.- Un niño que ha sido procreado por tal inseminación a que se refiere el párrafo tres, si ha alcanzado madurez suficiente, tiene el derecho de ser informado acerca de los datos del donador de semen que fueron anotados en el diario especial del hospital. A petición del niño el consejo de asuntos sociales tiene que asistirlo para que le sean facilitados estos datos.

Párrafo cinco.- Si en un juicio sobre paternidad es necesario tener información sobre los datos que existen acerca de una inseminación, la persona responsable de la inseminación u otra que tiene acceso a los informes, a petición del tribunal, estarán obligadas a entregar estos datos.

Párrafo seis.- No se puede introducir al país, semen congelado, sin el permiso del Consejo de Asuntos Sociales.

Párrafo siete.- El que por hábito o por ganancia, efectúa inseminación opuesta a esta ley o en tales circunstancias proporciona semen para la inseminación, será sentenciado a una multa o pena de prisión con un máximo de seis meses.

Esta ley entrará en vigor el primero de marzo de 1985.

(*) Versión fotocopiada proporcionada por la embajada de Suecia en México. Traducida comercialmente para el autor.

APENDICE No 3

INSEMINACION POST MORTEM

RESUMEN DEL CASO PARPALAIX (*)

Minuta No. 459

Expediente No. 42255/84

Fallo del 1° de Agosto de 1984

Pleito: PARPALAIX contra C.E.C.O.S., Federación Francesa de centros de estudios y de conservación del esperma.

Tribunal de Gran Instancia de Cretell

Primera sala de lo civil

Composición del tribunal

Presidente: Sr. DAUSSY Presidente

Asesores: Sr. Pelgne Vice-Presidente

Sr. SELTENSPERGER Juez

Fiscal: Sr. Leseac Fiscal de la República

Secretario judicial: Sra. MAYER Secretario judicial

Partes demandantes

Sr. René PARPALAIX, nacido el 30 de Julio de 1922 en Tolon (Van), de nacionalidad francesa, jubilado.

Sra. Maryse PEGLION, esposa del Sr. PARPALAIX, nacida el 21 de septiembre de 1933 en Marsella (Bocas del Ródano), representante, residiendo juntos en MARSELLA (Bocas del Ródano) 6 boulevard de la Verdriere.

Representados por el Abogado Nelly BIALER, Abogado del Colegio de Abogados de París, C 846 Asistidos por el Abogado BURGUBURU, Abogado del Colegio de Abogados de PARÍS.

Sra. Corinne RICHARD, viuda del Sr. Alain PARPALAIX, nacida el 12 de octubre de 1962 en DIEUZE (Mosela) de nacionalidad francesa funcionaria en la policía, residente en MARSELLA (Bocas del Ródano), 162 Avenida de la Rose,

Representada por el Abogado Nelly BIALER, Abogado del Colegio de Abogados de PARÍS, C 846 Asistida por los Abogados Paul LOMBARD, Abogado del Colegio de Abogados de MARSELLA, y DONSIMONI, Abogado del Colegio de Abogados de PARÍS.

Defensores:

- El Centro de Estudio y Conservación del Esperma (CECOS), Asociación cuya sede se encuentra ubicada en 78 calle del General Leclerc, LE KREMLIN BICETRE (Valle de Marna),

(*) Tomado de: Revista Internacional de Derecho Contemporáneo, No. 2 de 1984, Bruselas, Bélgica.

- La Federación Francesa de Centros de Estudios y de Conservación del Esperma, Asociación cuya sede se encuentra ubicada en la calle del General Leclerc No. 78,
LE KREMLIN BICETRE (Valle de Meme),
Representados por el Abogado Catherine PALEY-VINCENT,
abogado del Colegio de Abogados de PARIS, A 001

Procedimiento y debates:

Por actos del 29 de mayo y del 6 de junio de 1984, René PAPPALAI, su esposa Maryse PEGLIION y Corinne PAPPALAI, de soltera RICHARD, autorizados por disposición del 22 de mayo de 1984, hicieron emplazar judicialmente para el 27 de junio de 1984 al Centro de Estudio y Conservación del Esperma, que a continuación será denominado CECOS en esta sentencia, y a la Federación Francesa de Centros de Estudios y Conservación del Esperma para obtener la entrega, bajo cláusula penal y por intermedio de un médico, del esperma de Alain PAPPALAI, su hijo y esposo respectivamente, fallecido el 25 de diciembre de 1983.

Esta Federación pide su exclusión del proceso.
El CECOS concluye en el rechazo de la demanda.

Subsidiariamente, solicita la organización de las condiciones de la entrega del esperma en caso de que ésta fuera ordenada, o de su futuro si ésta fuera rechazada.

Cada parte reclama el pago de una suma de 10,000 francos, en aplicación del artículo 700 del Nuevo Código de Procedimiento civil.

El litigio fué pleiteado en la audiencia del 27 de junio de 1984; en la audiencia del 11 de julio fueron vistas las conclusiones del Sr. Fiscal de la República y las observaciones complementarias de las partes.

Se abrió entonces la deliberación, fijándose el 1° de agosto de 1984 para dictar sentencia.

Hechos y circunstancias de la causa:

De los debates se estableció que:

Alain PAPPALAI, quién vivía con Corinne RICHARD, contrajo un cáncer a los testículos. Prevenido por su médico habitual del riesgo de quedar estéril como consecuencia del tratamiento que debería seguir, entregó al CECOS, el 7 de diciembre de 1981, el producto de una toma de su esperma,

Durante los años 1982 y 1983 fue sometido a diversos tratamientos, falleciendo el 25 de diciembre de 1983, luego de haber contraído matrimonio con Corinne RICHARD el 23 de diciembre precedente.

Su viuda y sus padres piden al CECOS, quién se niega a hacerlo, la entrega del esperma a fin de proceder a la inseminación de Corinne PAPPALAI.

Acerca de la extensión del problema sometido al Tribunal:

Es importante fijar los límites del problema que debe resolver el Tribunal. Este problema se limita a la entrega a la viuda de las lentejuelas que contienen el esperma conservado por el CECOS.

El problema de la inseminación proliamente tal depende exclusivamente, en el caso que la demanda sea aceptada, del dominio de la conciencia de la viuda y de su médico, éste último sometido además a las reglas de la deontología de su profesión.

Igualmente, el problema de la filiación del niño, en el caso de que naciera, no se encuentra actualmente sometido a la apreciación de la presente jurisdicción.

Acerca de la interpretación de las voluntades de Alain PAPPALAIK y del CECOS.

Los diferentes testimonios entregados en los debates, y particularmente los de Pierre y Danielle RICHARD, padres de Corinne PAPPALAIK, la actitud de Alain PAPPALAIK, quién durante su enfermedad y de acuerdo con su compañera quiso preservar sus posibilidades de procrear, actitud conformada solemnemente dos días antes de su muerte por un matrimonio religioso y civil, la posición de los padres de Alain PAPPALAIK en este proceso, quienes estuvieron en condiciones de conocer las intenciones profundas de su hijo, constituyen un conjunto de testimonios y presunciones que establecen, sin equívoco, la voluntad formal del marido de Corinne PAPPALAIK de hacer de su esposa la madre de un hijo común, independientemente de que la concepción de este hijo se haga estando él en vida o después de su muerte.

Consta por lo demás, que el CECOS, del momento en que no prueba ni alega haber prevenido Alain PAPPALAIK de su oposición a una entrega de su esperma después de su muerte, ha aceptado tácitamente la voluntad de éste.

Es característico al respecto el cambio de actitud de esta asociación, que sólo comenzó advertir a los "donantes" sobre su doctrina en lo tocante a esto aproximadamente dos años después de haber aceptado el esperma de Alain PAPPALAIK.

Acerca de la naturaleza jurídica de las disposiciones tomadas el 7 de diciembre de 1981:

Las normas del contrato de depósito, tal como son definidas por los artículos 1915 y subsiguientes del Código Civil, no pueden ser aplicadas en el presente caso concreto, que concierne una secreción que contiene el germen de la vida y destinada a la procreación de un ser humano y no una cosa destinada al "comercio".

Del mismo modo, el acuerdo concluido entre Alain PAPPALAIK y el CECOS no podría ser considerado como dentro de la categoría de donación de órgano prevista por la ley del 22 de diciembre de 1976, en razón de la naturaleza diferente del esperma y de los órganos del cuerpo humano.

Consta que el convenio del 7 de diciembre de 1981 constituía un contrato específico, que implica para el CECOS la obligación de conservación y restitución al donante, o la entrega del esperma a aquella para quién estaba destinado.

Acerca de la licitud de este contrato:

Ni las condiciones de conservación o devolución del esperma de un marido fallecido, ni la inseminación de su viuda están prohibidas, ni siquiera organizadas, por un texto legislativo o reglamentario.

Por otra parte, éstas no se oponen al derecho natural, siendo la procreación uno de los objetivos del matrimonio.

El conjunto de estas consideraciones llevó al Tribunal a aceptar la petición.

Acerca de la organización de la entrega:

Es importante organizar las condiciones de la entrega de las lantejuelas de manera tal que la voluntad de Corinne P ARPALAIX pueda expresarse, teniendo en cuenta el plazo de reflexión ya pasado y la necesidad de fijar un límite en el tiempo para la expresión de esta voluntad.

Por otra parte, el Tribunal, que reconoce que la posición del CECOS es eminentemente respetable, es partidario de dejar a este organismo un plazo suficiente para ejecutar la decisión, a fin de evitarle tener que hacerse cargo de la indispensable sanción de toda decisión judicial.

Acerca de la demanda de pago en aplicación del artículo 700 del Nuevo Código de Procedimiento Civil y acerca de las costas:

Con la misma idea, el Tribunal desecha toda condena del CECOS por estos puntos.

Acerca de la declaración de no culpabilidad de la Federación Francesa de Centros de Estudios y de Conservación del Esperma:

La declaración de no culpabilidad de esta parte, a la cual no se oponen los demandantes, es decretada.

Acerca de la ejecución provisoria:

Dado que esta medida es de naturaleza a hacer irreversible una decisión de primera instancia, no cabe la ejecución provisoria.

EN VIRTUD DE ESTOS MOTIVOS.

El tribunal resuelve públicamente, por juicio entre partes y susceptible de apelación.

Declara la no culpabilidad de la Federación Francesa de Centros de Estudios y de Conservación del Esperma:

Resuelve que a partir de la fecha en que esta sentencia será definitiva, el CECOS estará obligado a entregar al médico designado por Corinne P ARPALAIX, a partir de la primera demanda y en la fecha fijada por éste último dentro de un plazo de un mes, la totalidad de la toma de esperma de Alain P ARPALAIX.

Resuelve que a falta de una petición expresada en estas mismas condiciones en un plazo de seis meses a contar de la misma fecha, el CECOS DEBERA destruir el esperma que conserve.

Resuelve que a falta de entrega en las condiciones antes establecidas, el CECOS deberá pagar a Corinne P ARPALAIX una multa de un monto de 1,000 francos por día de retraso, a partir de una semana de pasada la fecha fijada para la entrega;

Resuelve que no cabe la aplicación del artículo 700 del Nuevo Código de Procedimiento Civil, como tampoco la ejecución provisoria;

Declara las costas a cargo de los esposos P ARPALAIX y de Corinne P ARPALAIX, teniendo el Abogado PALEY-VINCENT el derecho de cobrarlas directamente en su propio beneficio, según los requisitos del artículo 699 del Nuevo Código de Procedimiento Civil.

HECHO POR EL TRIBUNAL COMPUESTO DE LA FORMA ANTES SEÑALADA Y DICTADA EN CONFORMIDAD A LOS ARTICULOS QUE VAN DEL ARTICULO 450 AL ARTICULO 453 DEL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, CRETEIL, EL PRIMERO DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO.

firmen la minuta:
El Secretario Judicial
(Sra. Mayer)

El Presidente
(Sr. Daussy)

APENDICE No. 4

LEY SOBRE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA (*)

BOLETIN OFICIAL

DE LAS CORTES GENERALES

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

III LEGISLATURA

Serie B:

APROBACION DEFINITIVA POR EL CONGRESO

31 de octubre de 1988 Núm. 74-14

122/000062 Técnicas de reproducción asistida.

El plano del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 20 de octubre de 1988, aprobó de conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución, la proposición de Ley de Técnicas de reproducción asistida (número de expediente 122/000062), con el texto que se inserta a continuación.

Se ordena la publicación en cumplimiento de lo previsto en el artículo 97 del Reglamento de la Cámara.

Palacio del Congreso de los Diputados, 25 de octubre de 1988.- P.D., el Secretario General del Congreso de los Diputados, Ignacio Astarloa Huarte-Mendicua.

LEY SOBRE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA

EXPOSICION DE MOTIVOS

Los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, y en especial en los campos de Biomedicina y la biotecnología, han posibilitado, entre otros, el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, generalmente conocidas como Técnicas de Reproducción Asistida o Artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco. De ellas, la Inseminación Artificial (IA), con semen del marido o del varón de la pareja (IAC) o con semen de donante (IAD), se viene realizando desde hace bastantes años; concretamente en España, el primer Banco de semen data de 1976 y han nacido ya unos 2.000 niños en nuestra nación y varios cientos de miles en el resto del mundo por este procedimiento. La Fecundación *In Vitro* (FIV) con Transferencia de Embriones (TE), de mayor complejidad técnica, se dio a conocer universalmente en 1978 con

(*) Versión fotocopiada proporcionada por la embajada de España en México.

el nacimiento de Louise Brown, en el Reino Unido, mientras que en nuestra nación el primero de los hoy casi cincuenta nacimientos por esta técnica tuvo lugar en 1984. La Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG), comienza a realizarse también en España.

Las técnicas de Reproducción Asistida han abierto expectativas y Esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces. Se calcula que en España hay unas 700.000 parejas estériles casadas en edad fértil, admitiéndose un porcentaje del 10-13 por ciento del total, de las que un 40 por ciento podrían beneficiarse de la FIVTE o técnica afines y un 20 por ciento de la Inseminación Artificial. Existen, además 13 Bancos de gametos y 14 Centros o Establecimientos sanitarios, públicos o privados, en los que se realizan estas técnicas o sus procedimientos accesorios.

Pero tales expectativas, y sin duda la satisfacción de constatar tanto los progresos como la capacidad creadora del ser humano, se acompañan de una inquietud e incertidumbre sociales ostensibles en relación con las posibilidades y consecuencias de estas técnicas. Ya no sólo es factible utilizarlas como alternativa de la esterilidad. La disponibilidad del investigador de óvulos desde el momento en que son fecundados *in vitro*, le permite su manipulación con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación básica o experimental, o de ingeniería genética, sin duda beneficiosos para el individuo y la humanidad, pero en cualquier caso, y dado el material con el que se trabaja, propiciadores de una diáspora de implicaciones que suscitan temor e incertidumbre con alcances social, ético, biomédico y jurídico principalmente.

Se toma conciencia paulatinamente de que estos sorprendentes descubrimientos invaden en lo más íntimo el mundo de los orígenes y transmisión de la vida humana, y de que el ser humano se ha dado los recursos para manipular su propia herencia e influir sobre ella, modificándola. No parece haber duda de que la investigación científica y tecnológica debe continuar su expansión y progreso, y que no debe ser limitada si no es en base a criterios fundados y razonables que eviten su colisión con los derechos humanos y con la dignidad de los individuos y las sociedades que constituyen, a la que o puede renunciarse. Es preciso por ello una colaboración abierta rigurosa y desapasionada entre la sociedad y la ciencia, de modo que, desde el respeto a los derechos y las libertades fundamentales de los hombres, la ciencia pueda actuar sin trabas dentro de los límites, en las prioridades y con los ritmos que la sociedad le señale, conscientes ambos, ciencia y sociedad de que en estricto beneficio del ser humano no siempre va a ser posible ni debe hacerse lo que se puede hacer. Trátese de asuntos de enorme responsabilidad, que no puede recaer ni dejarse a la libre decisión de los científicos, que por otra parte tal vez rechazarían. En este orden de cosas, la creación de Comisiones Nacionales multidisciplinarias, constituidas con amplia representación social que recoja el criterio mayoritario de la población y por expertos en estas técnicas, encargadas del seguimiento y control de la Reproducción Asistida, así como de la información y asesoramiento sobre las mismas en colaboración con las autoridades públicas correspondientes, facilitará, como se está haciendo en otros países, y como recomienda el Consejo de Europa a sus Estados miembros en la Recomendación 1.046 de septiembre de 1986, la definición de sus límites de aplicación, contribuyendo además a superar normativas nacionales aisladas que, dadas las posibilidades de expansión de estas técnicas resultarían ineficaces o contradictorias.

Desde una perspectiva ética, el pluralismo social y la divergencia en las opiniones se expresan frecuentemente sobre los distintos usos que se dan a las técnicas de Reproducción Asistida. Su aceptación o su rechazo habrían de ser argumentados desde el supuesto de una correcta información, y producirse sin motivaciones interesadas ni presiones ideológicas, confesionales o partidistas, sustentándose únicamente en una ética de carácter cívico o civil, no exenta de componentes pragmáticos, y cuya validez radique en una aceptación de la realidad una vez que ha sido confrontada con criterios de racionalidad y procedencia al servicio del interés general; una ética, en definitiva, que responda al sentir de la mayoría y a

los contenidos constitucionales, pueda ser asumida sin tensiones sociales y sea útil al legislador para adoptar posiciones o normativa.

II

Los avances científicos, por su parte, cursan generalmente por delante del Derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquéllos. Este asincronismo entre la ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos, que debe solucionarse, si no es a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión. Las nuevas técnicas de reproducción asistida han sido generadoras de tales vacíos, por sus repercusiones jurídicas de índole administrativa, civil o penal. Se hace precisa una revisión o valoración de cuantos elementos confluyen en la realización de las técnicas de reproducción asistida, y la adaptación del Derecho allí donde proceda, con respecto al material embriológico utilizado, los donantes de dichos materiales, las receptoras de las técnicas, y en su caso los varones a ellas vinculados, los hijos, la manipulación a que las técnicas puedan dar lugar (estimulación ovárica, críoconservación de gametos y preembriones, diagnóstico prenatal, terapia génica, investigación básica o experimental, ingeniería genética, etc.).

El material biológico utilizado es el de las primeras fases del desarrollo embrionario, es decir, aquel desarrollo que abarca desde el momento de la fecundación del óvulo hasta el nacimiento. Con frecuencia, se plantea la necesidad de definir el status jurídico del desarrollo embrionario, especialmente en los primeros meses, pero hasta ahora no se ha hecho o se hace de forma muy precaria, pues difícilmente puede delimitarse jurídicamente lo que aún no lo está con criterios biológicos, por lo que se presenta como necesaria la definición previa del status biológico embrionario, tal y como indica el Consejo de Europa en su Recomendación 1.046, de 1986.

Generalmente se viene aceptando el término "preembrión" -también denominado "embrión preimplantatorio" por corresponderse con la fase de preorganogénesis-, para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero -acabado el proceso de implantación que se inició días antes-, y parece en él la línea primitiva. Esta terminología ha sido adoptada también por los Consejos Europeos de Investigación médica de nueve naciones (Dinamarca, Finlandia, República Federal de Alemania, Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica), en su reunión de los días cinco y seis de junio de 1986, en Londres, bajo el patrocinio de la Fundación Europea de la Ciencia. Por "embrión" propiamente dicho, se entiende tradicionalmente a la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio más; se corresponde esta fase con la conocida como de "embrión postimplantatorio", a que hace referencia el Informe de la Comisión del Parlamento de la República Federal de Alemania para estudio de las "Posibilidades y riesgos de la tecnología genética" presentado como Documento 10/6.775 de seis de enero de 1987. Las consideraciones precedentes son coincidentes con el criterio de no mantener al óvulo fecundado *in vitro* más allá del día catorce al que sigue a su fecundación, sostenido en la aludida Recomendación 1.046 del Consejo de Europa, en el Documento CAHBI o Comité ad hoc de Expertos sobre el Progreso de las Ciencias Biomédicas, de 5 de marzo de 1988 (Principio 18, variante 2d), en el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas del Congreso de los Diputados, aprobado por el Pleno el diez de abril de 1988, y en otros Informes o documentos, con lo que se manifiesta la tendencia a admitir la implantación estable del óvulo fecundado como elemento delimitador en el desarrollo embriológico. Al margen de tales consideraciones biológicas, diversas doctrinas constitucionales apoyan tal interpretación. Así el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania en sentencia de 25-2-75, al establecer que

"según los conocimientos fisiológicos y biológicos la vida humana existe desde el día 14 que sigue a la fecundación", mientras que por su parte, el Tribunal Constitucional español, en sentencia de 11-4-85, fundamento jurídico 5.a), se manifiesta expresando que "la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual, una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana que termina con la muerte; queda así de manifiesto que el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica, pues anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él, se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión. Finalmente, por "feto", como fase más avanzada del desarrollo embriológico, se conoce al embrión en apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto. En consecuencia, partiendo de la afirmación de que se está haciendo referencia a los mismos, al desarrollo embrionario, se acepta que sus distintas fases son embriológicamente diferenciables, con lo que su valoración desde la ética, y su protección jurídica también deberían serlo, lo cual permite ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo y a su interpretación social sin distorsiones.

Teniendo en cuenta que la fecundación *in vitro* y la crío-conservación facilitan la disponibilidad de gametos y óvulos fecundados, y no sólo para realizar las técnicas de reproducción asistida en las personas que los aportan o en otras, sino también para manipulaciones diversas, de carácter diagnóstico, terapéutico o industrial (farmacéutico), de investigación o experimental, es evidente que los materiales embriológicos no pueden ser utilizados de forma voluntarista o incontrolada; y que su disponibilidad, tráfico, usos y transporte deben ser regulados y autorizados, al igual que los Centros o Servicios que los manipulen o en los que se depositen.

La colaboración de donantes de material reproductor en la realización de estas técnicas supone la incorporación de personas ajenas a las receptoras y a los varones a ellas vinculados en la creación de los futuros hijos, que llevarán su aportación genética, con lo que se ponen en entredicho cuestiones del máximo interés relacionadas con el Derecho de Familia, la maternidad, la paternidad, la filiación y la sucesión; es necesario, por lo tanto, establecer los requisitos del donante y de la donación, así como las obligaciones, responsabilidades o derechos, si los hubiere, respecto de los donantes con los hijos así nacidos.

Desde una perspectiva biológica, la maternidad puede ser plena o no plena, y ello es importante en relación con las técnicas que aquí referimos; en la maternidad biológica plena, la madre ha getado al hijo de su propio óvulo; en la no plena o parcial, la mujer sólo aporta la gestación (maternidad de gestación), o sus óvulos (maternidad genética), pero no ambos; conviene establecer sin equívocos. Por su parte, la paternidad sólo es genética, por razones obvias de imposibilidad de embarazo en el varón. Finalmente, pueden la maternidad y la paternidad biológicas serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, es importante valorar cuál es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo, pues habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que puedan darse, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de gametos u óvulos fecundados, los Códigos han de actualizarse sobre cuestiones determinadas que no contemplan. En cualquier caso, y sin cuestionar el alcance de las otras variantes, se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo.

Los Centros o Establecimientos donde se realicen estas técnicas, habrán de ser considerados de carácter sanitario en los términos de la Ley General de Sanidad o que se establezcan normalmente; contarán con los medios necesarios para sus fines y deberán someterse a los requisitos legales de acreditación, homologación, autorización, evaluación y control oportunos. Los equipos sanitarios que en ellos actúen, habrán de estar

contrastadamente cualificados y actuarán bajo la responsabilidad de un Jefe de Centro o Servicio, en el ámbito de equipos de trabajo.

III

En esta ley se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de Reproducción Asistida, en nuestra Nación; la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas. Son sin duda dos aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida en las que las divergencias de opinión serán más marcadas, y cuya valoración jurídica resulta dificultosa, no sólo en nuestra Nación, como lo prueban las informaciones foráneas.

No obstante, desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente.

IV

No pretende esta Ley abarcar todas y cada una de las múltiples implicaciones a que puede dar lugar la utilización de estas técnicas, ni parece necesario ni obligado que así sea, y se ciñe por ello a la realidad y a lo que ésta refleja y señala como urgente, orientando las grandes líneas de interpretación legal; para dejar a las reglamentaciones que lo desarrollen o al criterio de los jueces la valoración de problemas o aspectos más sutiles. La evaluación de las demandas de uso por parte de la población, y las situaciones que se vayan produciendo con el inevitable dinamismo de la Ciencia, la tecnología y la misma Sociedad, abrirán caminos a nuevas respuestas éticas y jurídicas.

CAPITULO I

Ámbito de aplicación de las técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Artículo 1º.

1. La presente Ley regula las técnicas de Reproducción Asistida Humana: la Inseminación Artificial (IA), la Fecundación *In Vitro* (FIV) con Transferencia de Embriones (TE), y la Transferencia Intraúterina de Gametos (TIG), cuando estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en Centros y Establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por Equipos Especializados.

2. Las técnicas de Reproducción Asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o inefaces.

3. Estas técnicas podrán utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas.

4. Podrá autorizarse la investigación y experimentación con gametos u óvulos fecundados humanos en los términos señalados en los artículos 14°, 15°, 16° y 17°, de esta Ley.

CAPITULO II

Principios Generales

Artículo 2°

1. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente:

a) Cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.

b) En mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si las han solicitado y aceptado libre y conscientemente, y han sido previa y debidamente informadas sobre ella.

2. Es obligada una información de asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas, o sean donantes, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y los riesgos previsibles. La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionan con las técnicas, y será de responsabilidad de los Equipos médicos y de los responsables de los Centros o Servicios sanitarios donde se realicen.

3. La aceptación de la realización de las técnicas se reflejará en un formulario de contenido uniforme en el que se expresarán todas las circunstancias que definan la aplicación de aquélla.

4. La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenden en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición.

5. Todos, los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en Historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las reservas exigibles, y con estricto secreto de la identidad de los donantes, de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que concurren en el origen de los hijos así nacidos.

Artículo 3°

Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana.

Artículo 4°

Se transferirán al útero solamente el número de preembriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo.

CAPITULO III**De los donantes****Artículo 5°**

1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el Centro Autorizado.
2. La donación sólo será revocada cuando el donante, por infertilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al Centro receptor.
3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.
4. El contrato se formalizará por escrito entre el donante y el Centro autorizado. Antes de la formalización, el donante habrá de ser informado de los fines y consecuencias del acto.
5. La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de donantes.

Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representante legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En tales casos se estará a lo dispuesto en el artículo 8, apartado 3. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante.

6. El donante deberá tener más de dieciocho años y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir los términos de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes, que tendrá carácter general e incluirá las características fenotípicas del donante, y con previsión de que no padezca enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles.
7. Los Centros autorizados y el Registro Nacional adoptarán las medidas oportunas y velarán para que de un mismo donante no nazcan más de seis hijos.
8. Las disposiciones de este artículo serán de aplicación en los supuestos de entrega de células reproductoras del marido, cuando la utilización de los gametos sobrantes tenga lugar para fecundación de persona distinta de su esposa.

Las usuarias de las técnicas

Artículo 6º

1. Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener 18 años al menos y plena capacidad de obrar.

2. La mujer que desee utilizar estas técnicas de Reproducción Asistida, deberá ser informada de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada.

3. Si estuviere casada, se precisará además el consentimiento del marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

4. El consentimiento del varón, prestado antes de la utilización de las técnicas, a los efectos previstos en el artículo 8, apartado 2, de esta Ley, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.

5. La elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de reproducción asistida. Se deberá garantizar que el donante tiene la máxima similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar.

Los padres y los hijos

Artículo 7º

1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo.

2. En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación.

Artículo 8º

1. Ni el marido ni la mujer cuando hayan prestado su consentimiento, previo y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de la fecundación.

2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad.

3. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5 de esta Ley, no implica en ningún caso, determinación legal de la filiación.

Artículo 9°

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley de Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

4. El consentimiento para la aplicación de las técnicas, podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Artículo 10°

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a la reglas generales.

CAPITULO IV**Crioconservación y otras técnicas****Artículo 11°**

1. El semen podrá crioconservarse en Banco de gametos autorizados durante un tiempo máximo de cinco años.

2. No se autorizará la crioconservación de óvulos con fines de Reproducción Asistida, en tanto no haya suficientes garantías sobre la viabilidad de los óvulos después de su descongelación.

3. Los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los Bancos autorizados, por un máximo de cinco años.

4. Pasados dos años de crioconservación de gametos o preembriones que no procedan de donantes quedarán a disposición de los Bancos correspondientes.

Diagnóstico y tratamiento

Artículo 12*

1. Toda intervención sobre el preembrión, vivo, *in vitro*, con fines diagnósticos, no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear.

2. Toda intervención sobre el embrión en el útero, o sobre el feto, en el útero o fuera de él, vivos, con fines diagnósticos, no es legítima si no tiene por objeto el bienestar del *nasciturus* y el favorecimiento de su desarrollo, o si está amparada legalmente.

Artículo 13*

1. Toda intervención sobre el preembrión vivo, *in vitro*, con fines terapéuticos, no tendrá otra finalidad que tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas.

2. Toda intervención sobre el embrión o sobre el feto en el útero, vivos, o sobre el feto fuera del útero, si es viable, no tendrá otra finalidad terapéutica que no sea la que propicie su bienestar y favorezca su desarrollo.

3. La terapéutica a realizar en preembriones *in vitro* o en preembriones, embriones y fetos, en el útero, sólo se autorizará si se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que la pareja, o en su caso la mujer sola, hayan sido rigurosamente informados sobre los procedimientos, investigaciones diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapéutica propuesta, y las hayan aceptado previamente.

b) Que se trate de enfermedades con un diagnóstico muy preciso, de pronóstico grave o muy grave, y cuando ofrezcan garantías, al menos razonables, de la mejoría o solución del problema.

c) Si se dispone de una lista de enfermedades en las que la terapéutica es posible con criterios estrictamente científicos.

d) Si no se influye sobre los caracteres hereditarios no patológicos, ni se busca la selección de los individuos o la raza.

e) Si se realiza en Centros sanitarios autorizados, y por Equipos cualificados y dotados de los medios necesarios.

Investigación y experimentación

Artículo 14*

1. Los gametos podrán utilizarse independientemente con fines de investigación básica o experimental.

2. Se autoriza la investigación dirigida a perfeccionar las técnicas de obtención y maduración de los ovocitos, así como de crioconservación de óvulos.

3. Los gametos utilizados en investigación o experimentación no se usarán para originar preembriones con fines de procreación.

4. Se autoriza el test del hamster para evaluar la capacidad de fertilización de los espermatozoides humanos, hasta la fase de división en dos células del óvulo del hamster fecundado, momento en el que se interrumpirá el test. Se prohíben otras fecundaciones entre gametos humanos y animales, salvo las que cuenten con el permiso de la autoridad pública correspondiente, o en su caso de la Comisión Nacional Multidisciplinar si tiene competencias delegadas.

Artículo 15*

La Investigación o experimentación en preembriones vivos sólo se autorizará si se atiene a los siguientes requisitos:

1. Para cualquier investigación sobre los preembriones, sea de carácter diagnóstico o general, será preciso:

a) Que se cuente con el consentimiento escrito de las personas de las que proceden, incluidos en su caso los donantes, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones.

b) Que no se desarrollen *in vitro* más allá de catorce días después de la fecundación del óvulo, descontado el tiempo en que pudieron haber estado criopreservados.

c) Que la investigación se realice en Centros sanitarios y por equipos científicos multidisciplinarios legalizados, cualificados y autorizados, bajo control de las autoridades públicas competentes.

2. Sólo se autorizará la investigación en preembriones *in vitro*, viables:

a) Si se trata de una investigación aplicada de carácter diagnóstico, y con fines terapéuticos o preventivos.

b) Si no se modifica el patrimonio genético no patológico.

3. Sólo se autorizará la investigación en preembriones, con otros fines que no sean comprobación de su viabilidad, o diagnóstico;

a) Si se trata de preembriones no viables.

b) Si se demuestra científicamente que no puede realizarse en el modelo animal.

c) Si se realiza en base a un proyecto debidamente presentado y autorizado por las autoridades sanitarias y científicas competentes, o en su caso, por delegaciones, por la Comisión Nacional Multidisciplinar.

d) Si se realiza en los plazos autorizados.

Artículo 16***1. En las condiciones previstas en los artículos 14* y 15* de esta Ley, se autoriza:**

a) El perfeccionamiento de las técnicas de Reproducción Asistida y las manipulaciones complementarias, de críoconservación y descongelación de embriones, de mejor conocimiento de los criterios de viabilidad de los preembriones obtenidos *in vitro* y la cronología óptima para su transferencia al útero.

b) La investigación básica sobre el origen de la vida humana en sus fases iniciales, sobre el envejecimiento celular, así como sobre la división celular, la meiosis, la mitosis y la citocinesis.

c) Las Investigaciones sobre los procesos de diferenciación, organización celular y desarrollo del preembrión.

d) Las investigaciones sobre la fertilidad e infertilidad masculina y femenina, los mecanismos de la ovulación, los fracasos del desarrollo de los ovocitos o de la implantación de los óvulos fecundados en el útero, así como sobre las anomalías de los gametos y de los óvulos fecundados.

e) Las investigaciones sobre la estructura de los genes y los cromosomas, su localización, identificación y funcionalismo, así como los procesos de diferenciación sexual en el ser humano.

f) Las investigaciones sobre la contracepción o anticoncepción, como las relacionadas con la creación de anticuerpos modificadores de la zona pelúcida del óvulo, la contracepción de origen inmunológico, la contracepción masculina o la originada con implantes hormonales de acción continuada y duradera.

g) Las investigaciones sobre los fenómenos de histocompatibilidad e inmunitarios, y los de rechazo entre el esperma y/o los óvulos fecundados y el medio vaginal, el cuello o la mucosa uterina.

h) Las investigaciones de la acción hormonal sobre los procesos de gametogénesis y sobre el desarrollo embriológico.

i) Las investigaciones sobre el origen del cáncer, y en especial sobre el corioepitelioma.

j) Las investigaciones sobre el origen de las enfermedades genéticas o hereditarias, tales como las cromosopatías, las metabopatías, las enfermedades infecciosas o las inducidas por agentes externos (mutágenos, teratógenos, físicos, químicos u otros), en especial las de mayor gravedad.

k) cualquier otra investigación que se estime oportuno autorizar por normativa, o a falta de esta, por la Comisión Nacional Multidisciplinaria.

2. Se prohíbe la experimentación en preembriones vivos obtenidas *in vitro*, viables o no, en tanto no se pruebe científicamente que el modelo animal no es adecuado para los mismos fines. Si en determinados protocolos experimentales se demuestra que el modelo animal no es válido, se podrá autorizar la experimentación en preembriones humanos no

viables, por las autoridades competentes o por la Comisión Nacional multidisciplinar si así se delega.

3. Cualquier proyecto de experimentación en preembriones no viables, *in vitro*, deberá estar debidamente documentado sobre el material embriológico a utilizar, su procedencia, plazos en que se realizará y objetivos que persigue. Una vez terminado el proyecto autorizado, se deberá trasladar el resultado de la experimentación a la instancia que concedió tal autorización.

4. Se prohíbe la experimentación en preembriones en el útero o en las trompas de Falopio.

Artículo 17º

1. Los preembriones abortados, serán considerados muertos o no viables, en ningún caso deberán ser transferidos de nuevo al útero y podrán ser objeto de investigación y experimentación en los términos de esta Ley.

2. Se permite la utilización de preembriones humanos no viables con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos previamente conocidos y autorizados.

3. Se autoriza la utilización de preembriones muertos con fines científicos, diagnósticos o terapéuticos.

CAPITULO V

Centros comunitarios y Equipos biomédicos

Artículo 18º

Todos los centros o Servicios en los que se realicen las técnicas de Reproducción Asistida, o sus derivaciones, así como los bancos de recepción, conservación y distribución de material biológico humano, tendrán la consideración de Centros y Servicios sanitarios públicos o privados, y se regirán por lo dispuesto en la Ley General de Sanidad y en la normativa de desarrollo de la misma o correspondiente a las Administraciones Públicas con competencias en materia sanitaria.

Artículo 19º

1. Los Equipos biomédicos que trabajen en los Centros o Servicios sanitarios deberán estar especialmente cualificados para realizar las técnicas de Reproducción Asistida, sus aplicaciones complementarias, o sus derivaciones científicas y contarán para ello con el equipamiento y medios necesarios. Actuarán interdisciplinariamente y el Director del Centro o Servicio del que dependen serán el responsable directo de sus actuaciones.

2. Los Equipos biomédicos y la Dirección de los Centros o Servicios en que trabajan, incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si violan el secreto de la identidad de los donantes, si realizan mala práctica con las técnicas de Reproducción Asistida o los materiales biológicos correspondientes, o si por omitir la información o los estudios protocolizados se lesionaran los intereses de donantes o usuarios o se transmitieran a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias, evitables con aquella información y estudio previos.

3. Los Equipos médicos recogerán en una Historia Clínica, a custodiar con el debido secreto y protección, todas las referencias exigibles sobre los donantes y usuarios, así como los consentimientos firmados para la realización de la donación o de las técnicas.

CAPITULO VI

De las Infracciones y sanciones

Artículo 20º

1. Con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta Ley, son de aplicación las normas sobre infracciones y sanciones contenidas en los artículos 32 a 37 de la Ley General de Sanidad.

2. Además de las contempladas en la Ley General de Sanidad, a los efectos de la presente Ley, se consideran infracciones graves y muy graves las siguientes:

A) Son infracciones graves:

a) El incumplimiento de los requisitos reglamentarios de funcionamiento de los Centros Sanitarios y Equipos Biomédicos.

b) La vulneración de lo establecido por la Ley General de Sanidad, la presente Ley y normas de desarrollo, en el tratamiento de los usuarios de estas técnicas por los equipos de trabajo.

c) La omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por la presente Ley, así como la falta de realización de historia clínica.

B. Son infracciones muy graves:

a) Fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

b) Obtener preembriones humanos por lavado uterino, para cualquier fin.

c) Mantener *in vitro* a los óvulos fecundados y vivos, más allá del día catorce siguiente al que fueron fecundados, descontando de ese tiempo el que pudieran haber estado crioconservados.

d) Mantener vivos a los preembriones, al objeto de obtener de ellos muestras utilizables.

e) Comerciar con preembriones o con sus células, así como su importación o exportación.

f) Utilizar industrialmente preembriones, o sus células, si no es con fines estrictamente diagnósticos, terapéuticos o científicos, en los términos de esta Ley o de las normas que la desarrollen, y cuando tales fines no puedan alcanzarse por otros medios.

g) Utilizar preembriones con fines cosméticos o semejantes.

h) Mezclar semen de distintos donantes para inseminar a una mujer o para realizar la FIVTE, así como utilizar óvulos de distintas mujeres para realizar una FIVTE o la TIG.

i) Transferir al útero gametos o preembriones sin las exigibles garantías biológicas o de viabilidad.

j) Revelar la identidad de los donantes fuera de los casos excepcionales previstos por la presente Ley.

k) Crear seres humanos idénticos, por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

l) La creación de seres humanos por donación en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos.

m) La partenogénesis, o estimulación al desarrollo de un óvulo, por medios térmicos, físicos o químicos, sin que sea fecundado por un espermatozoide, lo cual dará lugar solamente a descendencia femenina.

n) La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos, o terapéuticos no autorizados.

o) La creación de preembriones de personas del mismo sexo, con fines reproductores u otros.

p) La fusión de preembriones entre sí o cualquier otro procedimiento dirigido a producir quimeras.

q) El intercambio genético humano, o recombinado con otras especies, para producción de híbridos.

r) La transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal, o la operación inversa, que no estén autorizadas.

s) La ectogénesis o creación de un ser humano individualizado en el laboratorio.

t) La creación de preembriones con espermia de individuos diferentes, para su transferencia al útero.

u) La transferencia al útero, en un mismo tiempo, de preembriones originados con óvulos de distintas mujeres.

v) La utilización de la ingeniería genética y otros procedimientos, con fines militares o de otra índole, para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, del tipo que fueren.

x) Las investigaciones o experimentaciones que no se ajusten a los términos de esta Ley o de las normas que la desarrollen.

3. Cuando las infracciones sean imputables al personal sanitario adscrito a Centros Públicos, la exigencia de responsabilidad se ajustará a las respectivas normas de régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración Pública.

CAPITULO VII**Comisión Nacional de Reproducción Asistida****Artículo 21°**

1. El Gobierno establecerá mediante Real Decreto la creación de una comisión Nacional de Reproducción Asistida de carácter permanente, dirigida a orientar sobre la utilización de estas técnicas, a colaborar con la Administración en cuanto a la recopilación y actualización de conocimientos científicos y técnicos, o en la elaboración de criterios de funcionamiento de los Centros o Servicios donde se realizan las técnicas de Reproducción Asistida, a fin de facilitar su mejor utilización.

2. La Comisión Nacional de Reproducción Asistida podrá tener funciones delegadas, a falta de la normativa oportuna, para autorizar proyectos científicos, diagnóstico, terapéuticos, de investigación o de experimentación.

3. La Comisión Nacional de Reproducción Asistida estará constituida por: representantes del Gobierno y de la Administración; representantes de las distintas Sociedades relacionadas con la fertilidad humana y con estas técnicas; y por un Consejo de amplio espectro social.

4. Una vez fijadas por el Gobierno las competencias y funciones de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, ésta realizará su propio Reglamento, que deberá ser aprobado por aquél.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

El Gobierno, en el plazo de seis meses, y según los criterios que informan la Ley General de Sanidad, regulará y armonizará los términos de esta Ley con respecto a las Comunidades Autónomas.

DISPOSICIONES FINALES**Primera**

El Gobierno, mediante Real Decreto y en el plazo de seis meses contados a partir de la promulgación de la presente Ley, establecerá:

a) Los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los Centros y Servicios sanitarios, así como de los Equipos biomédicos relacionados con las técnicas de Reproducción Asistida, de los Bancos de gametos y preembriones o de las células, tejidos y órganos de embriones y fetos.

b) Los protocolos de información de los donantes y de los usuarios relacionados con estas técnicas, a presentar por los Equipos biomédicos de los Centros y Servicios sanitarios correspondientes.

c) Los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y los usuarios relacionados con estas técnicas, a cumplimentar por los Equipos biomédicos.

d) La lista de enfermedades genéticas o hereditarias que puedan ser detectadas con el diagnóstico prenatal, a efectos de prevención o terapéutica, y susceptible de ser modificada a medida que los conocimientos científicos así lo exijan.

e) Los requisitos para autorizar con carácter excepcional la experimentación con gametos, preembriones, embriones o fetos humanos, y aquellas autorizaciones al respecto que puedan delegarse en la Comisión Nacional de Reproducción Asistida.

Segunda.

El Gobierno, en el plazo de seis meses a partir de la promulgación de la presente Ley establecerá las normas de transporte de gametos y preembriones o sus células, entre el Centro y Servicios autorizados y relacionados con estas técnicas o sus derivaciones.

Tercera.

El Gobierno, en el plazo de un año contado a partir de la promulgación de esta Ley, regulará la creación y organización de un Registro Nacional informatizado de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, con las garantías precisas de secreto y en forma de clave.

a) El Registro Nacional consignará, asimismo, cada hijo nacido de los distintos donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras, y su localización territorial en cada momento, siempre que sea posible.

b) Si en el Registro Nacional o en los Centros o Servicios en los que se realizan las técnicas de Reproducción Asistida se tuviere conocimiento de que han fallecido los correspondientes donantes, la muestra donada pasará a disposición de los Bancos que las utilizarán en los términos acordados con aquellos y en base a esta Ley.

Cuarta.

El Gobierno, en el plazo de seis meses a partir de la promulgación de esta Ley, regulará los requisitos de constitución, composición, funciones y atribuciones de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, y su homólogas regionales o en los Centros y Servicios.

Palacio del Congreso de los Diputados, 20 de octubre de 1988.- El Presidente del Congreso de los Diputados, Félix Pons Irazazábal.

CONCLUSIONES

1). Los avances en las distintas ciencias, en especial la Biomedicina, han desarrollado diversas técnicas que influyen profundamente en el Derecho. Dentro de tales progresos se encuentra la inseminación artificial en seres humanos y sus técnicas afines. Dichas tecnologías, han revolucionado los conceptos tradicionales de filiación y parentesco, que son pilares fundamentales en la estructuración del Derecho de Familia. Debiendo de aplicarse como terapia para los casos de infertilidad, que por otros medios no podrían solucionarse. Así también, tales técnicas son aconsejables para evitar enfermedades genéticas e infecciones transmisibles por vía hereditaria, que a la larga pudieran afectar a la especie humana. Coadyuvando a la consecución del derecho a la procreación, como un derecho humano que logra el desarrollo pleno de las potencialidades del individuo.

2). Es necesario subsanar la disociación que se origina entre el avance de la Ciencia y el Derecho vigente, en virtud de la práctica de la inseminación artificial en seres humanos y sus técnicas afines. Para ello se requiere hacer una revisión de la normatividad existente, a fin de cubrir el vacío jurídico en que se encuentra. Toda vez que, el uso indiscriminado de la misma, al no ser regulado por el derecho; tendería a traer consecuencias negativas para la sociedad. Por el contrario, serían mayores los beneficios que podría brindar a la familia y a su entorno social, de existir una adecuada legislación. Derivada de la creación de normas que regulen sus principios, prácticas y efectos.

3). Las impugnaciones que se hacen en contra de la ejecución de la inseminación artificial en seres humanos, por cuestiones de tipo moral, están siendo superadas a partir de la práctica permanente que de ella se hace en los países desarrollados; de su difusión en los medios masivos de comunicación y de la transformación de la mentalidad social. A pesar de ello, en Latinoamérica -y particularmente en nuestro país- han sido pocas las contribuciones de los autores en Derecho, respecto al análisis de la temática en estudio; por lo que, sólo existen bases mínimas para establecer una doctrina latinoamericana, respecto a los efectos jurídicos de esta alternativa de reproducción.

4). El consentimiento del esposo o concubinario para la práctica de la inseminación artificial en la esposa o concubina, es un factor fundamental para la creación de la paternidad de los hijos que genéticamente tienen otro ascendiente. Dando lugar a la formación de la filiación consensual, originada por el ánimo procreacional de quien otorga el referido consentimiento. La ausencia de tal consentimiento, para el caso de que la pareja estuviera unida en matrimonio, trae como consecuencia una falta de lealtad y honestidad para con el cónyuge, lo que constituye una injuria grave, la cual podría ser considerada como una causal de divorcio.

5). La inseminación artificial "*in vitro*" y el congelamiento de preembriones, constituyen una práctica biomédica que se encuentra permitida por la ley; en atención al principio de derecho que establece que para los ciudadanos "todo lo no prohibido está permitido". El resultado jurídico de las técnicas mencionadas, es diverso al del "*nasciturus*", en cuanto a que este

último se encuentra implantado dentro del seno materno. El contrato de maternidad subrogada, deberá ser prohibido en nuestra legislación, en virtud de que el objeto del mismo es ilícito y contrario al interés público. Originando diversas obligaciones, que al ser cumplidas, entrañarían una conducta eventualmente delictuosa.

6). El contrato innominado de inseminación artificial en seres humanos, analizado a través de la legislación vigente en el Distrito Federal, es un contrato permitido por la ley, pero impugnado por las jerarquías eclesásticas; en especial la iglesia católica. Dicho contrato, sus técnicas afines y pactos relacionados, podrían ser regulados en la actual Ley General de Salud. Realizando agregados en el Código Civil, en las disposiciones referentes al parentesco y a la filiación; que remitan en cuanto a su especialidad, a lo dispuesto en la ya referida Ley General de Salud.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- ARAYA, José L. "Concebido", "Concepción", Enciclopedia Jurídica Omeba, T. III, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1975, pp. (571- 575) y (578-580).
- BONNECASSE, Julien. "Elementos de Derecho Civil", 3 Tomos, Edit. José M. Cajica Jr., Puebla, México, 1945.
- CONTI, Luigi. "Inseminazione Artificiale". (Medicina legale) Novissimo Digesto Italiano, Edit. por Antonio Azara e Ernesto Eula, Tomo VII, Torino, Italia, 1960.
- DIEZ DIAZ, Joaquín. "Los Derechos Físicos de la Personalidad. Derecho Somático", Edit. Santillana, Madrid, 1963.
- DIAKOV, V. "Historia de la Antigüedad. Roma". Tr. G. Lledo, Edit. Grijalbo, México, 1966.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Filialción", Diccionario Jurídico Mexicano, Edit. Porrúa-U.N.A.M., Tomo IV (E-H), México, 1985,
- GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto. "Derecho de las Obligaciones", 4ª Ed. Edit. Cajica, Puebla, México, 1971.
- "El patrimonio pecuniario y moral, o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio", 2a. Ed., Edit. Cajica, Puebla, México, 1982.
- HAGGARD HOWARD, W. "El Médico en la Historia", Edit. Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1943.
- HALACY, Daniel Stephen. "La Revolución Genética", Edit. Nuevo Mar, México, 1977.
- IBARROLA, Antonio de. "Derecho de Familia", Edit. Porrúa, México, 1978.
- ITZIGSOHN DE FISCHMAN, María E. "Filialción", Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XII (Fami-Gara), Edit. Bibliográfica Argentina, 1975.

- MAFFIA, Jorge O. "Parentesco", Enciclopedia Jurídica Ormeba, T. XXI (Opci-Peni), Edit. Bibliográfica Argentina, 1975.
- MORETI, Jean-Marie y Olivier de Dinachín. "El Desafío Genético", Edit. Herder, Barcelona, 1985.
- MUÑOZ, Luis. "Derecho Civil Mexicano", T. I, Derecho de Familia, Edit. Modelo, México, 1971.
- MONTERO DUHALT, Sara. "Derecho de Familia", Edit. Porrúa, México, 1985.
- PETIT, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano", Edit. Epoca, México, 1977.
- PINA, Rafael de. "Elementos de Derecho Civil", T. I, Introducción Personas, Familia. Edit. Porrúa, México, 1978.
- PLANIOL, Marcel y George RIPERT. "Tratado Elemental de Derecho Civil", T.I y T.II, Cárdenas Editor, México, 1981 y 1983 (Respectivamente).
- RAMBAUD, Raymond. "El Drama Humano de la Inseminación Artificial", Edit. Impresiones Modernas, México, 1953.
- RAMSEY GUADARRAMA, Paúl. "El Hombre Fabricado", Ediciones Guadarrama, Madrid, 1973.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano", Edit. Porrúa, México, 1976.
- RORVIK, David M. "A su Imagen, el Niño Clónico", Edit. Argos, Barcelona, España, 1978.
- SANCHEZ VAZQUEZ, Adolfo. "Ética", Edit. Grijalbo, México, 1973.
- SOTO LAMADRID, Miguel Angel. "Biogenética, Filiación y Delito" Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1990.
- STILL, Henry. "Hombres Hechos por el Hombre Mismo", Edit. Diana, México, 1976.
- TRABUCCHI, Alberto. "Inseminazione Artificiale" (Diritto Civile), Novissimo Digesto Italiano, Tomo VII, Tipografia Sociale Torinese. Torino, Italia, 1960.

WEINBERG, Roy D. "Laws Governing Family Planning", Océana Publications Inc. Nueva Orleans, E.U.A. 1968.

REVISTAS

ANDREWS, Lori B. "*¿De Quién Soy Hijo?*" *Psychology Today/ Español*, Año 1, No. 2, Nov. 1986, Madrid, España, pp. 10-17.

BATLLE, Manuel. "*La Eutelogenesia y el Derecho*", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Año XCII, No. 6, Jun. 1949, Madrid, España, pp. 657-671.

BERMUDEZ, Guillermo. "*Ingeniería Genética. ¿Edad de Oro o Apocalipsis?*", *Información Científica y Tecnológica*, Vol. 6, No. 90, Marzo de 1984, México, pp. 47-50.

BONNET, E.F.P.. "*Fecundación Extracorpórea "In Vitro". Consideraciones Médico Legales*". *La Prensa Médica Argentina*, Vol. 67, No. 11, 1980, Buenos Aires, Argentina, pp. 535-547.

CUADROS VILLENA, F. "*Ciencia y Procreación*", *Revista Internacional de Derecho Contemporáneo*, No. 2 de 1985, Bruselas, Bélgica, pp. 13-19.

CUELLO CALON, Eugenio. "*En Torno a la Inseminación Artificial en el Campo Penal*". *Revista Jurídica Veracruzana*, Tomo XII, Mayo-Junio, 1961, No. 3, Xalapa, Veracruz, México, pp. 129-145.

CHANDLER, Harry S. "*A Legislative Approach To Artificial Insemination*", *Cornell Law Review*, Vol. 53, No. 2, 1968, Ithaca, N.Y., E.U.A., pp. 497-513.

"*Esterilidad y Enfermedades Comunicadas por Vía Sexual: un Desafío para la Salud Pública*", (s.a.) *Population Reports*, (Temas Sobre Salud Mundial), Serie L, No. 4, Sept. 1984, Baltimore, Maryland, U.S.A..

"*Filiación Post Mortem*", (Nota Editorial) *Revista Internacional de Derecho Contemporáneo*, No. 2 de 1984, Bruselas, Bélgica, pp. 73-79.

- FLORES GARCIA, Fernando. *"La Inseminación Artificial en la Especie Humana"*, Criminalia, Año XXI, No. 6 Jun. 1955, México, pp. 343-378.
- GARCIA MENDIETA, Carmen. *"Fertilización Extracorpórea: Aspectos Legales"*, Ciencia y Desarrollo. (CONACYT), Año XI, No. 65, 1985, México, pp. 31-40.
- GONZALEZ OSEGUERA, Felipe. *"La Inseminación Artificial de la Mujer ante el Derecho Mexicano"* Foro de México, No. 97, Abril 1961, México, pp. 29-60.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, J.J. *"¿Es Lícita la Fecundación Artificial Humana?"*, Criminalia, Año XXVIII, No. 12, Dic. 1962, México, pp. 736-740.
- GÖRAN, Ewerlöf. *"La Inseminación Artificial. Debates y Legislación"* Actualidades de Suecia, No. 329, Feb. 1985, Svenska Institutet, Estocolmo, Suecia, pp. 2-11.
- GUZMAN, Aurea Violeta. *"La Inseminación Artificial ¿Materia de Conciencia o de Derecho?"* Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Vol. XIV, No. 1 Sept.-Dic. 1979, Santurce, Puerto Rico. pp. 37-54.
- HARRIS, Lindsey E. *"Artificial Insemination and Surrogate Motherhood. A Nursery full of Unresolved Questions"*, Willamette Law Review, Vol. 17, 1981, Salem Oregon, E.U.A. pp. 913-952.
- HOWARD, Charles B. (For The Minnesota State Bar Association) *"Artificial Insemination -Its Socio- legal Aspects"* Minnesota Law Review, Vol. 33 1949, Minn. E.U.A. pp. 145-146.
- KELLER, Bárbara L.. *"Surrogate Motherhood Contracts in Louisiana: to Ban or to Regulate?"*, Louisiana Law Review, Vol. 49, No. 1, Sept. 1988, Baton Rouge, Louisiana, E.U.A. pp. 147-192.
- KRAUSE, Harry D. *"Artificial Conception: Legislative Approaches"* Family Law Quarterly, Vol. XIX, No. 3, Fall 1985, Chicago, Ill., E.U.A. pp. 185-206.
- LABRUSSE-RIOU, Catherine. *"La Filiation et la Médecine Modern"* Revus Internationale de Droit Comparè, No. 2, año 39, Abril-Junio 1986, Cahors, Francia, pp. 420-441.

- LEAL, Abelardo A. *"La Eutelegenesia"*, Foro de México, No. 101, 1961. México, D.F., pp. 20-27.
- LEON FEIT, Pedro. *"Distintos Aspectos del Problema de la Inseminación Artificial en Seres Humanos. Su Interés Jurídico, Especialmente en Cuanto a la Filiación"*. Cuadernos de los Institutos, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, No. 87, 1966, Córdoba, Argentina, pp. 39-71.
- LE RIVEREND Y BRUSONE, Eduardo. *"Paternidad sin "padre""*, (Hijos Creados Mediante Inseminación Artificial). *Revista Cubana de Derecho*, Año XXIX (Nueva Serie), No. 1, Enero-Marzo 1957, La Habana, Cuba. pp. 6-69.
- LOI, María Leonarda. *"Observaciones con Respecto al Caso Parpalaix"* *Revista Internacional de Derecho Contemporáneo*, No.1 de 1985, Bruselas, Bélgica, pp. 101-109.
- MARCUS-STEIFF, Joachin. *"Dossier: El índice de éxitos de la Fertilización In Vitro, Falta de Transparencia y Auténticas Mentiras"* Mundo Científico (Versión en Castellano de LA RECHERCHE), Vol. 10, No. 108, Dic. 1990 Barcelona, España. pp. 1268-1280.
- PANATT KILING, Natacha. *"La Inseminación Artificial y su Posible Reglamentación a Través de un Instrumento Internacional"*, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, No. 2, junio-agosto 1989, Santiago, Chile, pp. 523-532.
- PATITO, José Angel y Otros. *"La Fecundación Artificial In Vitro y la Ingeniería Genética. Aspectos Médico-Legales"*. *La Prensa Médica Argentina*, Vol. 68, No. 18, 1981, Buenos Aires, Argentina, pp. 800-804.
- PEREZ TAMAYO, Ruy. *"Fertilización Extracorpórea: Aspectos Morales y Filosóficos"*. *Ciencia y Desarrollo*. Año XI, No. 65, 1985, México, pp. 31-40.
- REVILLARD, Mariel. *"Legal Aspects Of Artificial Insemination and Embryo Transfer in French Law."* *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 23, abril 1974, Londres, Inglaterra, pp. 383-396.
- RICO LARA, Manuel. *"La Inseminación Artificial (sus Problemas Morales y Jurídicos)"*. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad*

- de Madrid, Vol. XII, Núms. 31-32, 1968, Madrid, España, pp. 139-157.
- SEDILLO LOPEZ, Antoinette. *"Privacy and the Regulation of the New Reproductive Technologies: A decision-making approach"*, *Family Law Quarterly*, Vol. XXII, No.2, Summer 1988, Chicago, Illinois, E.U.A. pp. 173-224.
- SOCORRO, Emilio Simón. *"Inseminación Artificial Humana"*, *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Zulia*, No. 51, 1977, Maracaibo, Venezuela, pp. 223-230.
- SOTO REYNA, René. *"Aspectos Médico-Legales de la Inseminación Artificial en Seres Humanos"*, *Revista Editorial del Supremo Tribunal del Justicia*, Nos. 20-21, Oct. 1985-Marzo 1986, Durango, Durango, México, pp. 37-45.
- STUMPI, Andrea E.. *"Redefining Mother: A Legal Matrix for New Reproductive Technologies"*, *The Yale Law Journal*, Vol.96, No. 1 Nov. 1986, New Haven, Connecticut, E.U.A. pp. 187-207.
- TERRY, Nicolás P. *"Alas Poor Yorick", I Knew Him ex Utero: The Regulation of Embryo and Fetal Experimentation and Disposal in England and the United States"*, *Vanderbilt Law Review*. Vol. 39, No.3, Abril 1986, Nashville, Tennessee, E.U.A. p. 57-84.
- TORRES RIVERO, Arturo Luis. *"Derecho de Familia y Desarrollo, Actas Procesales del Derecho Vivo"*, Vol. IX, Nos. 26-27, 1973, Caracas Venezuela, pp. 214-221.
- VENTURATOS LORIO, Kathryn. *"Alternative Means of Reproduction: Virgin Territory For Legislation"*, *Louisiana Law Review*, Vol. 44, 1984, Baton Rouge, Louisiana, E.U.A.
- VERA HERNANDEZ, Julio César. *"Inseminación Artificial en Seres Humanos, Incidencias Jurídicas"*, *Foro de México*, Nos. 82 a 88 (artículos seriados), enero-junio 1960, México.
- VIGNEAU, Daniel. *"A Propos de Embryons Surnuméraires: Observations sur L'avant-Projet de Loi Relatif Aux Sciences de la Vie et Aux Droits de L'homme"*. *Annales de L'université Des Scences Sociales De Tolouse*, T. XXXVII, abril de 1989, Tolouse, Francia. pp. 167-184.

ZARATE T., Arturo y Carlos. McGREGOR S. **"Fertilización Extracorpórea: Aspectos Legales"**, Ciencia y Desarrollo. (CONACYT), Año XI, No. 65, 1985, México, pp. 25-30.

PERIODICOS

L'OSSERVATORE ROMANO. Año XIX, No. 11, 15 de marzo de 1987, Ciudad del Vaticano.

Le'Monde, Marzo 3 de 1990, p. 12, París, Francia.

CONFERENCIAS

AYALA, Aquiles. **"Montaje de Tecnología para la Fertilización In Vitro"** Conferencia Sustentada en el "Curso Sobre Avances en Biología de la Reproducción", de la Asociación Mexicana para el Estudio de la Fertilidad y la Reproducción, 1985, México, D.F..

CRAVIOTTO, María del Carmen. **"Fecundación Artificial"**, Conferencia Sustentada en el Seminario Salud y Derechos Humanos, (U.N.A.M, Organización Panamericana de la Salud, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Secretaría de Salud) Julio de 1991, México, D.F.

CERVERA AGUILAR, Roberto. **"Inseminación Artificial en el Consultorio"**. Conferencia Sustentada en el "Curso Sobre Avances en Biología de la Reproducción", de la Asociación Mexicana para el Estudio de la Fertilidad y la Reproducción, 1985, México, D.F.

DIAZ MÜLLER, Luis. **"Bioética y Derechos Humanos"**, Conferencia Sustentada en el Seminario Salud y Derechos Humanos, (U.N.A.M., Organización Panamericana de la Salud, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Secretaría de Salud). Julio de 1991, México, D.F.

VAZQUEZ BENITEZ, Efraín. **"Aspectos Éticos y Morales de la Fertilización In Vitro y del Transplante de Embriones"**, Conferencia Sustentada en el "Curso Sobre Avances en Biología de la

Reproducción", de la Asociación Mexicana para el Estudio de la Fertilidad y la Reproducción, 1985, México, D.F.

LEGISLACION

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, (5 de febrero de 1917) Edit. Porrúa, México, 1992.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de marzo de 1928, en vigor a partir del 1º de octubre de 1932, Edit. Porrúa, México, D.F., 1992.

LEY GENERAL DE SALUD, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de febrero de 1984, Edit. Porrúa, México, 1991.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, en materia común y para toda LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de agosto de 1931, Edit. Porrúa, México, 1992.

REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACION PARA LA SALUD, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 6 de enero de 1987, Edit. Porrúa, México, 1992.

CODIGO CIVIL ITALIANO (Código Civile), Annotato con la giurisprudencia della cassazione, Edit. Dott. A. Giuffrè, Milano, Italia, 1978.

CODIGO CIVIL ESPAÑOL, Edic. Universidad y Cultura, Madrid, España, 1987.

CODIGO PATERNAL DE SUECIA, Expedido en el Palacio de Estocolmo el 10 de junio de 1949. (vigente). Versión fotocopiada distribuida por la embajada de Suecia en México. (s/e).

LEY SOBRE INSEMINACION DE SUECIA, (1140) en vigor a partir del uno de marzo de 1985. (vigente) versión fotocopiada distribuida por la embajada de Suecia en México. (s/e).

CODIGO CIVIL FRANCES, (Code Civil) Promulgé le 5 mars 1803, Petits Codes Dalloz (Jurisprudence Générale Dalloz) Paris, Francia. 1982-1983.

FUNDAMENTOS DE LA LEGISLACION DE LA UNION DE REPUBLICAS SOCIALISTAS SOVIETICAS Y DE LAS REPUBLICAS FEDERADAS SOBRE EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA", tomado de "Leyes y Reglamentos Fundamentales de la U.R.S.S.", T. II. Edit. Progreso, Moscú, 1983.