

113
2ej

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



Genética, Procreación y Derecho

IMPLICACIONES JURIDICAS EN LAS
NUEVAS FORMAS DE REPRODUCCION
ASISTIDA

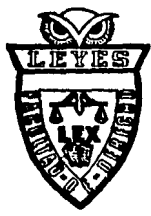
T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A
FLORA FABIOLA BUSTILLOS VARGAS

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CIUDAD UNIVERSITARIA



FACULTAD DE DERECHO 1994
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES





Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

a g r a d e c i m i e n t o s

a Oscar y Flora, mis padres.
por su fortaleza.

a Odra,
por ser mi hermana.

a Adrián y Carlos
por ser mis hermanos.

a Carlos Adrián,
por hermoso.

a Oskar,
por lo que fue.

a Vladimir y Paulina,
por su entusiasmo.

a Ale,
porque lo amo.

a Sebastián Alejandro,
mi bebé,
por lo que es.

a la Escuela Mexicana Americana
por tantos recuerdos.

a la Universidad Nacional Autónoma de México
por mi formación.

a la Facultad de Derecho.
por el periódico mural.

al Instituto de Investigaciones Jurídicas
por el apoyo.

al Dr. Ignacio Galindo Garfias.
por su amistad.

a la Dra. Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña.
por dirigir mi trabajo.

al Dr. José Luis Soberanes Fernández.
por su apoyo.

a mis amigos.
por las experiencias compartidas.

al Prof. Guy Mazet
Vive la France!

**Te valdrá más la sonrisa que la
espada para obtener lo que deseas.**

SHAKESPEARE

A MANERA DE PROLOGO

Cuando me interesé por el tema de la procreación asistida estudiaba el octavo semestre de la carrera de Derecho. El tema me pareció novedoso pues poco se trató al respecto en el curso sobre Derecho de Familia. Comencé el trabajo de investigación un año después. Conforme avancé en la recopilación de datos me sorprendí no solo de la cantidad de artículos que se publicaban en revistas de arbitraje internacional sino de la preocupación que existía por legislar la materia en algunos países, como Suecia, Estados Unidos, Francia, Italia y España así como en Costa Rica y otros países de América Latina.

Al decidir concluir mi trabajo de tesis, no quedé satisfecha en su extensión. Pensé que aún había mucho más que investigar y añadir, pero desgraciadamente el tiempo se volvió importante.

En 1991 formalicé el trabajo de tesis. Ahora, en 1993 que la he concluído, aclaré dudas sobre mis conceptos de la vida del ser humano. A finales de 1992 me embaracé y fue una coincidencia muy especial la que tuve cuando reflexionaba aspectos de la procreación asistida. Al principio, cuando los cambios en mi cuerpo no eran tan evidentes, no concebía la idea de tener un ser vivo dentro de mí. Me era algo extraño de entender. Fue con el tiempo y con el desarrollo de Sebastián, que la ambigüedad tomaba más sentido.

Los científicos, algunos, consideraban que la existencia del nuevo ser comenzaba hasta los catorce días de su concepción, cuando se formaba su sistema neural. Entonces, yo me preguntaba qué era lo que había dentro de mí. Cuál era el significado sustancial de ese ser que se formaba en mí como un ser independiente y único en sí mismo y en relación a los demás.

Tuve muchas dudas sobre el sentido de la ética y el derecho para definir la aparición de la vida y de la persona. Tal vez me siga tomando tiempo en entender qué es la vida y qué somos las personas.

Pensé en los embriones abortados y en los embriones congelados pero cuando mi hijo nació, me pregunté del derecho que tenía para disponer sobre mi cuerpo. También pensé en Sebastián, mi hijo, como el embrión congelado, y me imaginé su vida suspendida por un tiempo frío de espera para llegar a nacer. Realmente me aterroricé en pensar todo lo que mi mente podía imaginar y las cosas que jugaba, muchas veces, haciendo alianza con el apetito científico y tecnológico que existe hoy en día.

En el tiempo de mi embarazo mi mente hacía pausas para reflexionar sobre lo investigado y escrito. La tesis se iba alargando porque era más importante entender y digerir lo que se habla recorrido que decir algo aún sin comprender.

Entonces decidí vivir mentalmente todas las experiencias de la procreación asistida. Imaginé que había sido inseminada con el semen de un donador y quise sentir el desconcierto de una mujer que va a tener el hijo de un desconocido. Pensé en la violación porque cuando una mujer se embaraza por motivo de una violación también desconoce totalmente al individuo que le deja la existencia de ese otro ser que puede nacer. Equiparé la irresponsabilidad de un violador con la irresponsabilidad de un donador a quienes no les importan las consecuencias del nacimiento o paradero de un ser que también es hijo suyo. Entonces pensé que el hijo sería solo mío y que su padre genético no existía e imaginé la cara de ese hijo que preguntaba por su padre. Y entonces, quedaba callada, porque la respuesta iba ser cruel.

Jugué la situación de la procreación asistida en sus diversas variantes. Sebastián tomaba el papel principal de mi comedia, porque no solo era el héroe

sino también la víctima de mi imaginación. Pero Sebastián era feliz y solo manifestaba lo inquieto de su personita dentro de mí.

Finalmente, la naturaleza decidió dar por terminada la historia que vivía con Sebastián. Entonces llegó el momento de la intervención a la que fui sometida para que mi hijo naciera. Desgraciadamente no pude vivir la experiencia de un parto normal pero una vez finalizada la cesárea escuché el llanto de mi hijo que por vez primera sintió lo frío del ambiente externo. Todavía tuve tiempo para pensar en la maternidad subrogada y preguntarme si sería capaz de entregar al hijo de mis entrañas y dolor de ese momento. La respuesta es que lo único que pude sentir de Sebastián fue su aterciopelado rostro junto al mío y la emoción de decir que finalmente, después de tanto tiempo de espera, entendí el milagro de la vida.

Flora Bustillos,
13 de diciembre de 1993.

INTRODUCCION

INTRODUCCION

El presente trabajo de tesis tiene por objeto hacer un estudio sobre el tema de la procreación asistida. Son varios aspectos los que se abarcan; pero lo importante es la reflexión que se puede obtener al estudiar conceptos como el de persona, la naturaleza jurídica del embrión y la dignidad de la esencia humana.

En la procreación asistida son empleados varios métodos para poder realizar la concepción de los hijos. Estos métodos se refieren a la inseminación artificial, la fertilización *in vitro* y a la maternidad subrogada. En el análisis de estos rubros se enfatizan aspectos de tipo interdisciplinario donde se considera que la ingeniería genética pone en riesgo la integridad del ser humano como persona.

Otros aspectos que se analizan son sobre el parentesco que nace entre las personas que solicitan este tipo de ayuda médica con los hijos que nacen por estos medios. Se crean conflictos y ambigüedades en la filiación de los hijos que repercuten tanto en su patrimonio como en su integridad de hijos.

Sobre el estudio que se hace de los embriones congelados o embriones supernumerarios se intenta confrontar una sociedad deshumanizada en proceso de deterioro. La dignidad del ser humano es un valor esencial que debe prevalecer en un orden normativo. Permitir que la vida se suspenda en un tubo de ensayo es permitir que la tecnología imponga sus reglas a la sociedad y la deshumanice.

Quizá se piense que la fantasía que presenta Aldous Huxley en **Mundo Feliz** siga siendo una novela de ciencia ficción pero la realidad se le está acercando. Julio Verne auguró el hombre en la luna y un siglo después el hombre transmitía por televisión dicho acontecimiento. Ahora la situación no es tratar de conquistar otros espacios sino de controlar milenios de generaciones de genética humana. Por el momento solo son experimentos de laboratorio que juegan con el tesoro de la humanidad. Tal vez en algunos años más, el hombre se arrepienta de haber querido controlar sus propios orígenes.

Por eso, la labor de un jurista o un estudioso del derecho, es interesarse por prevenir acontecimientos irreparables para la humanidad. El derecho tiene como principal actor a la persona y la persona será siempre un ser humano. El derecho es el orden y la disciplina de la sociedad. El tema de la procreación asistida implica el interés de lograr la interdisciplina con otras ciencias de estudio.

La familia es el eje de la sociedad. El derecho la protege y la regula con el objeto de mantener el orden en la sociedad. Por eso el derecho debe prevenir los acontecimientos que ponen en riesgo la estabilidad de la sociedad en sus estructuras más importantes como lo es la institución de la familia. Es por esto que no debe haber inestabilidad respecto a la filiación de los hijos.

Es posible encontrar vacíos en este trabajo de investigación; pero el tema de la procreación asistida es muy extenso y siempre amerita reflexiones más profundas. Es un trabajo que no debe considerarse como concluido porque aún hay mucho material por conocer y mayor información que contemplar. Existen congresos que se organizan frecuentemente sobre procreación asistida, genética y derecho. Estos congresos se realizan por lo regular en Europa. Sin embargo,

algunos países de América como Argentina, Costa Rica, Estados Unidos, México, Perú se han interesado por unirse a la preocupación del tema.

Con este trabajo de tesis se espera contribuir al interés y preocupación de importantes tratadistas como lo son Andorno, Barbero Santos, Beuchot, Catherine Labrusse-Riou, Zannoni, Lledo Yagüe, Soto LaMadrid, Vidal Martínez, Albin Eser y otros que buscan el apoyo de los humanistas para entender la importancia de la procreación asistida en las ciencias humanas y contribuir en la obtención de soluciones prácticas para el Derecho.

CAPITULO PRIMERO

I. LA PERSONA

a) Aspectos generales de la persona.

El concepto de 'persona' se estudia desde los romanos hasta la modernidad. Aunque desde aquellos tiempos a la fecha dicho concepto ha cambiado, no es el objeto estudiar su aspecto histórico ni recordar aquellas divisiones que se hacían entre ciudadanos y esclavos. Sin embargo, es importante resaltar algunas cuestiones que dan sustento a la evolución del concepto de 'persona' y los cambios que la humanidad vive actualmente por los avances científicos y tecnológicos que transforman la naturaleza de la reproducción de los nuevos seres humanos.

Actualmente, con la ayuda de la ciencia y la medicina se han logrado superar ciertos obstáculos de tipo reproductivo para la concepción del ser humano. La esterilidad e infertilidad humana ya no son obstáculos insuperables para las nuevas técnicas de procreación asistida. Sin embargo, a pesar de haberse logrado dichos avances, se han creado lagunas y ambigüedades respecto a situaciones jurídicas como en el caso del concepto de 'persona'.

Para objeto de estudio de este capítulo se partirá del momento de la concepción hasta el nacimiento del ser humano, ya que resulta importante saber cuál es la extensión de la 'persona' y qué es lo que el derecho protege. Si nos referimos a la protección del sujeto de derechos o bien, a la protección de la vida o más profundo aún, la protección de la dignidad humana.

a.1) Origen de la persona.

La humanidad, en el derecho romano, se consideró como la base de la personalidad jurídica. Se dio el caso en que había humanidad sin personalidad como fue la situación de los esclavos; pero nunca personalidad sin humanidad. De ahí que el derecho romano designara con el vocablo *caput* al ser humano con estado jurídico, es decir, aquel que gozaba de la libertad, la ciudadanía y la familia. El esclavo, como no era libre, no se le consideró sujeto de derecho, sólo tenía capacidad natural de querer; pero no la capacidad jurídica. No podía poner en movimiento para interés propio, las normas del orden jurídico.¹ Por lo que todo sujeto de derecho era necesariamente un ser humano; pero no todo ser humano era sujeto de derecho.²

La protección al ser humano siguió su evolución dando otro sentido al concepto de 'persona'. Más tarde se profundizó su estudio remontándose al origen griego del concepto y en ese sentido, decía Santo Tomás, se usó el vocablo en las comedias y en las tragedias para representar a algunos hombres famosos como a Hécuba, Medea, Simón o a Cremes.³ Y fue así que la palabra 'persona' era usada para indicar a aquellos individuos que tenían alguna dignidad. De ahí que algunos parten para definir a la 'persona' diciendo que ésta se caracteriza por la propiedad inherente a la dignidad.⁴

1 Cf. Digesto, Libro 4, Título 5, Ley 11 en CERVANTES, Manuel, *Historia y naturaleza de la personalidad jurídica*, Editorial cultura, México, 1932. p. 9.

2 El monstruo, el nacido sin figura humana, aún engendrado por un hombre y una mujer, no era persona y no tenía derecho a la vida social, ni a la protección jurídica por lo que era lanzado al vacío desde la roca de Tarpeya. Cf. Digesto Ley 14, Tit. 1, Libro 3 en CERVANTES, Manuel, *op. cit.* p. 28. Esto era, según Séneca, porque tenían que separar lo bueno de lo inservible y es por eso que a las criaturas deformes las exponían o las ahogaban. Cf. VEYNE, Paul, "El imperio romano" en *Historia de la Vida Privada*, Tomo I, Taurus, Madrid, 1992. p. 23.

3 Cf. MIER Y TERAN, Salvador, "Noción ontológica, jurídica y formal de la persona humana y el derecho a la vida" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, Año 15, No. 15, México 1991. p. 394.

4 Cf. *Suma, Quest, 29 art. 3*, en CERVANTES, Manuel, *op. cit.* p. 24.

En el sentido filosófico se plantearon diversas opiniones al respecto. San Agustín parte de la idea de la substancia de la 'persona', de la substancia *per se* y no respecto a otros, es decir, la persona es por sí misma persona independientemente de su relación con el mundo exterior. En la Edad Media, Boecio expresa que "la persona es la substancia individual de naturaleza racional" (*persona est rationalis naturae individua substancia*),⁵ con ello podría decirse que existe una pertenencia con lo que la persona es y con lo que se relaciona. Las substancias racionales reciben el nombre de persona (Suma Teológica I, XXIX, 1).⁶ El mismo Santo Tomás de Aquino consideró a la 'persona' como una relación substancial, al ser humano como individuo, diferente a otros individuos sustentados en una relación. El término substancia empleado en dos acepciones: substancia como esencia de las cosas (substancia de los seres) o substancia como sujeto (supuesto que subsiste en el género de substancia).

*La persona es substancia en cuanto existe en sí y no en otro, en cuanto es portadora de determinada naturaleza y en cuanto es sujeto de accidentales.*⁷

Es con Descartes que se da la idea de la autoconciencia, de la autorelación. La relación del ser humano consigo mismo, es decir, la identidad personal y la 'persona' como conciencia, la unidad y continuidad de la vida conciente del yo, de ahí su principio "pienso luego existo". Siguió con esta idea John Locke quien consideró a la 'persona' como al ser pensante dotado de razón y reflexión en diferentes tiempos y lugares. La conciencia inseparable del pensamiento como lo esencial de la 'persona', es decir, nuevamente la identidad personal, la relación del ser humano consigo mismo y su conciencia.

⁵ *Ibidem* p. 15

⁶ ANDORNO, Roberto, "Incidencia de la fecundación 'in vitro' sobre la distinción entre personas y cosas" *Persona y Derecho*, No. 26, Universidad de Navarra, España, 1991. pp. 18, 19.

⁷ Cf. Santo Tomás I, q. 29, a. 2. y Sent. d.5, q. 2, a. 1, ad. 2 en MIER Y TERAN, Salvador, *op. cit.* pp. 394, 395.

Leibniz considera a la 'persona' como la identidad física o real seguida de una identidad moral y conciente y Wolff considera que la persona es el ser que puede conservar la memoria de sí mismo, que puede recordarse a sí mismo antes o después. Por su parte, Kant da un criterio de tipo moral en el que la 'persona' puede representar su propio yo lo que la coloca en una posición superior a los demás seres vivientes, es decir, se da la relación con los otros.

Lotze, por su parte, opina que la esencia de la persona no se reclama a una pasada o presente oposición del yo en sus relaciones con el *no yo* sino que consiste en un inmediato *ser por sí*. Esto tal vez quiera decir que la substancia de la persona no se opone a su exterior sino que al ser independiente de este le da mayor sustento a su propia esencia.

Otro filósofo, Renouvier, mantiene la idea de Descartes al decir que la 'persona' es la relación del autoconocimiento inmerso en un universo consigo misma. Pero con Hegel y Marx se da otro punto de vista donde la 'persona' se constituye esencialmente por sus relaciones de producción y de trabajo. Se habla entonces de relaciones entre la naturaleza y los demás para la satisfacción de las necesidades.

Scheier, por su parte, identifica la 'persona' como la relación con el mundo exterior, al 'individuo' como la relación con la sociedad y al 'cuerpo' la relación con el medio ambiente. La 'persona individual' con su mundo individual independientes de su alma y su conciencia siendo la 'persona' un *poder hacer* por medio del cuerpo.

En el mundo actual, a la persona se le identifica según sus relaciones sociales, pero en el sentido jurídico la 'persona civil', según Hobbes, es *aquella a la cual se atribuyen palabras y acciones humanas de otros*. Hegel, considera a la

persona con su capacidad jurídica.⁸ El concepto de persona jurídicamente hablando se refiere a que el ser humano se relaciona con los otros. Es una noción de relación en la sociedad.

Duguít, por su parte, opina que sólo el ser humano es persona y sujeto de derecho cuando éste es conciente de sus actos y existe un derecho objetivo como conjunto de reglas imperativas.⁹

De aquí se partirá para estudiar y entender, no el sentido filosófico ni social de la 'persona', sino la posición que el derecho le otorga. En la actualidad, el ser humano como persona, es el destinatario y el sujeto activo o pasivo del derecho. Propiamente se usa el concepto 'persona' para indicar al ser humano como actor del mundo jurídico.¹⁰ Es por ello que al sujeto de los derechos y los deberes jurídicos se le designa con el término 'persona', es decir, aquel que tiene personalidad jurídica.

Se entiende, en el derecho positivo, que la personalidad jurídica implica ante todo el aspecto patrimonial de la persona física. Es la relación que existe entre el deber jurídico y el derecho subjetivo de los individuos respecto a un patrimonio. Es la acción u omisión humana que se define en un derecho o un deber que se tiene que guardar ante al patrimonio de otro; es decir, el atributo por el que un sujeto puede ser titular o no de ciertos derechos y obligaciones y que al poder ser titular de éstos, tiene la capacidad para poderlos ejercer y adquirir por sí mismo o por interpósita persona. Estos derechos y obligaciones son meramente de aspecto material, porque el patrimonio de las personas es una demostración de lo que se tiene o se puede tener frente a los demás en un orden

8 Cf. *De Homine*, 15, & 1 en ABBAGNANO, Nicolás, *Diccionario de Filosofía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, pp. 909-912.

9 Cf. CERVANTES, Manuel, *op. cit.* pp. 36, 38.

10 Cf. TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di diritto civile*, Edizioni Cedam-Padova, septuagésima edición, Padova, 1986, p. 69.

normativo. Hans Kelsen lo expresa al decir que *la persona jurídica... "tiene" asimismo sus deberes jurídicos y sus derechos subjetivos*, y que tales deberes y derechos son normas jurídicas,¹¹ las cuales, regulan las relaciones patrimoniales entre las personas jurídicas. La personalidad jurídica expresa, en este sentido, la parte material que el derecho hace valer a los individuos en su calidad de sujetos de derecho.

Sin embargo, el atributo de ser sujeto de derechos y obligaciones no solo debe considerar el contenido patrimonial de una relación jurídica, sino que debe extenderse más allá de lo que un sujeto puede o tiene derecho adquirir frente a los demás en el aspecto material. El atributo de ser sujeto de derechos y obligaciones debe expresar que el sujeto adquiere la personalidad jurídica como la relación de dignidad entre un individuo con los demás, y que en ella se contempla la calidad del ser humano como un atributo al que se tiene derecho y se está obligado a respetar. Esto define al sujeto como el titular de derechos y obligaciones pero ante todo, el sujeto es titular de una dignidad humana que se le atribuye por su propia naturaleza porque el derecho la reconoce y la protege sin que haya necesidad de tener capacidad para poderla ejercer.

Entonces se entenderá a la dignidad jurídica¹² de los individuos como el atributo para que un sujeto por ser existente en la naturaleza, sea respetado en su integridad y esencia humana.

De aquí se parte para hacer el estudio de la personalidad jurídica de los individuos y la exclusión de la misma a los *nasciturus* no en el aspecto patrimonial (porque el no nacido es merecedor de ciertos derechos patrimoniales, los cuales

11 KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, U.N.A.M., México, 1983, pp. 109, 110.

12 La *dignidad jurídica* es un neologismo creado con el propósito de hacer énfasis del estudio que se está realizando.

se condicionan a su nacimiento) sino como se menciona anteriormente, en lo que se refiere a su dignidad jurídica.

Se deben distinguir conceptos fundamentales como son el de la personalidad jurídica que muchas veces es confundido con el de capacidad jurídica. La persona desde el momento que nace adquiere la capacidad jurídica para ser sujeto titular de ciertos derechos patrimoniales. Es mediante la capacidad jurídica que la persona adquiere identidad e individualidad en relación con los demás en su calidad de persona porque se le identifica como el sujeto de los derechos y deberes jurídicos.¹³ Anterior a ese atributo concedido por el derecho, existe la personalidad jurídica de la persona, la cual es adquirida desde el momento en que se tiene la formación de un ser humano. La personalidad jurídica es un atributo a partir del cual derivan los elementos característicos que individualizarán a la persona en el mundo jurídico. Si bien, la personalidad jurídica de la persona es una creación del derecho objetivo, esta parte de un derecho natural del ser humano.

El fundamento del derecho es la persona porque, como tal, éste es un conjunto de normas que sirve como instrumento para garantizar los valores jurídicos que corresponden a la persona como sujeto de ellos.¹⁴ De ahí que el concepto de persona sea una noción jurídica. La persona adquiere atributos y cualidades por medio de la personalidad jurídica.¹⁵ Aunque el hombre y la mujer no sean sujetos activos, sí pueden ser sujetos pasivos de derecho por las obligaciones que tienen cuando la ley positiva manda o prohíbe alguna cosa.¹⁶ En derecho, la noción de persona se identifica prácticamente con la noción de

13 Cf. COVIELLO, N., *Doctrina general del derecho civil*, UTEA, México, 1938, p. 155.

14 Cf. GARCIA CALDERON, Manuel, "La persona como base del derecho internacional privado" en *Revista de derecho español y americano*, Año 8, No. 1, II época, Centro de estudios jurídicos hispanoamericanos, julio-septiembre, Madrid, 1963, pp. 29, 30

15 Cf. CERVANTES, Manuel, *op. cit.* p. 11.

16 *Ibidem* p. 39.

personalidad jurídica porque es una noción jurídica que tiene efectos concretos en el dominio del patrimonio.

Se puede decir que 'persona' y personalidad jurídica son inseparables; pero se dan confusiones entre personalidad jurídica y capacidad jurídica. Aparecen autores que por un lado, como Jellinek, dicen que la persona o personalidad es la capacidad de poder ser titular de derechos. Se establece la relación entre un sujeto y otros sujetos y el orden jurídico, porque la personalidad es conferida por el derecho y no por la naturaleza.¹⁷ Sin embargo, dentro de esta confusión, Stintzing comenta que persona y capacidad jurídica son lo mismo, pero al mismo tiempo considera que la capacidad jurídica, que es un atributo, no se debe confundir con el sujeto de derecho que es la substancia, porque sería identificar el sujeto de derecho con el derecho mismo.¹⁸

El concepto jurídico de persona está compuesto por una serie de atributos, considerados como caracteres inherentes e imprescindibles de aquélla...¹⁹

La persona es todo ser humano concebido por sus iguales y que adquiere, de manera automática, la personalidad jurídica por su naturaleza humana y racional.²⁰ La capacidad es un atributo conferido del 'hombre para el hombre'²¹ y ésta parte de la personalidad de la persona que la califica como sujeto de derecho. En este sentido interesa saber, ¿qué es lo que el derecho protege y quiénes pueden ser sujetos de derecho?

17 Cf. Jellinek *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 28 en CERVANTES, Manuel, *op. cit.* p. 33.

18 *Ibid.*

19 DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil, parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, Porrúa, México, 1990. p. 132.

20 Los temas personalidad jurídica y la capacidad jurídica serán tratados más adelante.

21 Se aclara que el término 'hombre' no es aplicado con fines excluyentes del de 'mujer' sino que éste ha sido utilizado de manera universal para ser un calificativo del ser humano. Sin embargo, por sugerencia de la Dra. Alicia Elena Pérez Duarte se ha preferido utilizar el término *ser humano* para no excluir con la palabra *hombre* a la mujer.

Una vez iniciado el tema de la persona y la personalidad jurídica, en el caso del *nasciturus*²², la confusión se vuelve mayor porque el derecho aún no es claro respecto a su personalidad jurídica, aun cuando se debe entender que ésta la ha adquirido no con el nacimiento sino desde el momento de su concepción. La norma establecida en el artículo 22 del Código Civil no es absoluta y deja la puerta abierta para otras confusiones.

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.

La persona tiene atributos que en un momento dado pueden ser parciales, o bien no existir. Esos atributos de la persona o personalidad jurídica sólo califican e identifican al sujeto de derecho. Por eso muchas veces se confunde y se dice que un *nasciturus* no es persona porque aún no ha nacido. Para efectos del derecho, el momento del nacimiento está más enfocado con la capacidad jurídica que no es sinónimo de personalidad jurídica. Esta capacidad jurídica de la persona se otorga para poner en movimiento al sujeto de derecho y hacerlo titular de derechos y obligaciones. El *nasciturus* puede adquirir o no derechos respecto a esa capacidad conferida y se le tiene bajo los efectos de un menor de edad pero con mayores restricciones.

Otras reflexiones que aparecen son en relación a la concepción del ser humano. Hay varias opiniones que estiman que desde el momento en que el ser es concebido se le tiene por persona. Pero hay otras posturas, quizá enfocadas a los avances técnicos y científicos de la medicina, que determinan como punto de partida que el concebido debe ser considerado persona a partir del catorceavo día de su concepción pues el criterio de algunos médicos es que en ese momento

²² El que ha de nacer.

el ser que es concebido ha desarrollado su sistema nervioso o su actividad cerebral.²³

Otros estudiosos del derecho tienen como criterio no considerar al *nasciturus* persona sino hasta el momento en que éste ha nacido o haya cumplido ciertos requisitos de tipo técnico como serían el caso de la viabilidad o bien ser presentado vivo ante del Registro Civil después de 24 horas de haber nacido. La confusión en este sentido es manifiesta pues para efectos de derecho no se está tomando en cuenta la personalidad jurídica del *nasciturus* sino su capacidad jurídica.

En la *Convención Europea de los Derechos del Hombre* se ha estimado que la palabra, utilizada por el artículo 2 de esta Carta, plantea el problema de la definición jurídica de la persona y de la determinación del momento a partir del cual un ser humano se convierte en persona en el sentido jurídico, con todas las dificultades y toda la gama de posibilidades relativas al desarrollo del feto. Pero en derecho alemán, donde la ley fundamental establece que , y como la *Carta Canadiense de los Derechos y Libertades*, en su artículo 1, los tribunales estimaron que hay vida en un ser humano y respecto a la protección, se cuenta a partir del catorceavo día.²⁴ Los médicos que realizaron la primera fertilización *in vitro* investigaron que el embrión²⁵ en el catorceavo día de su existencia

23 Esto se sustenta en que después del catorceavo día, el óvulo ya fecundado no es posible que sufra divisiones o fusiones, y en ese momento, se puede hablar de la individualidad del no nacido, porque antes, el óvulo fecundado puede dividirse y nacer gemelos, o bien, que dos óvulos fecundados puedan unirse en uno solo. Cf. PACHECO ESCOBEDO, Alberto "El derecho a la vida y el aborto" en *Revista de Investigaciones Jurídicas* en Escuela Libre de Derecho, Vol. 15, No. 15, México, 1991. p. 495.

24 Cf. ROBERT, Jacques, "La biologie et la génétique face aux incertitudes du droit" en *Génétiqque, procréation et droit*, p. 383, en CASTELLI, Mireille D., "Les manipulations génétiques et le droit" en *Revue Générale de Droit*, Vol. 19, No. 1, Montreal, 1988. p. 23.

25 En 1968 nueve naciones reunidas en 1966 en Londres (Dinamarca, Finlandia, República Federal de Alemania, Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica) establecieron que el término *pre-embrión* designa la división celular progresiva desde la fecundación hasta catorce días después, cuando finaliza el proceso de implantación de aquél y aparece en él la línea neural primitiva. En el Informe Warnock y el Informe Palacios, se considera que hasta que son cumplidos los 14 días en el embrión humano, no se completa la información hereditaria, que es cuando aparece la cresta neural. Por lo que este plazo marca una etapa en que el embrión no siente dolor. Por otra parte, el término *embrión* propiamente dicho señala el origen e incremento

desarrolla el tubo neural y la aparición de los sentidos. El Tribunal Constitucional de la República de Alemania, en sentencia de fecha 25 de febrero de 1975 estableció que *según los conocimientos fisiológicos y biológicos, la vida humana existe desde el decimocuarto día siguiente a la fecundación.*²⁶

En el *Reporte Benda*, preparado por un comité presidido por el presidente de la Corte constitucional de Alemania opinó que:

*Tratándose de vida humana no nacida [...] la cuestión estaba en saber si el óvulo fecundado debía ser considerado como detentor de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos. La respuesta a esta cuestión no era del todo necesaria. Misma si se estima que el embrión en los primeros estados de su desarrollo no detenta aún algún derecho, no se puede negar que el óvulo fecundado de una mujer por el espermatozoide de un hombre detenta una forma específica de la vida humana -y no una vida vegetativa- y en tanto sea un sujeto humano en potencia, el es digno de protección.*²⁷

Con los temas de la personalidad y la capacidad del *nasciturus* se trata de visualizar mejor por qué, para efectos de derecho, es necesario ubicar su naturaleza jurídica ya que será desde este punto de partida donde se podrá entender mejor su calidad de persona y la importancia de proteger su dignidad.

Si se parte del principio que dice que el orden jurídico y social tiene como presupuesto tácito la consideración de la persona como 'fin' de todas las

de la organogénesis o formación de los órganos humanos cuya duración es de unos dos meses y medio, que deben agregarse al período de preimplantación. El concepto de *feto* se reserva para la fase más avanzada del desarrollo embrológico, se designa con éste término al embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente, preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del nacimiento. Cf. BANCHIO, Enrique Carlos, "Status jurídico del *nasciturus* en la procreación asistida" en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Vol. 29, Córdoba, Argentina, 1990, p. 440. El embrión es el organismo durante los primeros estados de desarrollo. En la especie humana se considera que la fase embrionaria dura desde la fecundación hasta las seis semanas; a partir de las seis semanas desde la fecundación, el embrión pasa a denominarse feto, hasta el momento del nacimiento. Cf. BARRAGAN, Vella Patricia, "La reproducción humana asistida, marco jurídico" en *Jus*, No. 3, diciembre, Durango, 1991, p. 2. Según la legislación alemana, el embrión es la célula del huevo ya fertilizado desde el momento de la fusión del núcleo, y cada célula aislada es capaz de dividirse y desarrollarse en un individuo (humano). Cf. ESER, Albin "Embryo experimentation: legal aspects in a comparative perspective" en *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 21, No. 3, noviembre, Pretoria, Sudafrica, 1988, p. 362.

²⁶ BANCHIO, Enrique Carlos, *op. cit.*, p. 441.

²⁷ *Reporte Benda* de Alemania, reporte de un grupo de trabajo común, ministerio federal de la Investigación y la Tecnología, y del ministerio de Justicia (Alemania) p. 6, en CASTELLI, Mirella D., *op. cit.* p. 25.

instituciones y actividades sociales,²⁸ interesa saber cómo el derecho protege la vida y la dignidad humana al ser elementos inherentes al individuo, sujeto de derechos.

Para poder entender mejor el objeto de estudio, hay otros puntos de partida. Es necesario estudiar la vida humana desde el momento de la concepción pero también es necesario enfocar el problema de manera más específica. Como el tema se refiere a la procreación asistida, éste se tiene que desarrollar desde el momento en que se habla de material genético, es decir, de los gametos que dan origen a la vida humana. Se tiene que hablar de la importancia que tanto el óvulo como el espermatozoide tienen para el logro de la vida humana y en consecuencia de la visualización de valores éticos y morales que sustentan la dignidad de la persona.

Por un lado, el concepto de persona se enfoca no sólo hacia la protección del ser en vías de nacer sino también en la protección del ser que está en vías de su formación y desarrollo. De ahí, que la idea 'del no nacido' o *nasciturus* puede distinguirse en sentido estricto del embrión puesto que el primero ha adquirido la vida humana y sólo se espera su nacimiento al mundo exterior, mientras que en el segundo se espera un acercamiento a la formación de la vida humana.

a.2) Naturaleza jurídica del *nasciturus*.

La pregunta surge cuando se quiere saber a partir de qué momento el *nasciturus* es considerado persona, si cuando es fecundado, transplantado o segmentado, o bien, si el huevo no fecundado es un objeto meramente biológico.

Jérôme Lejeune opina que el status biológico del *nasciturus* comienza desde el momento de la concepción porque en ese momento dispone de toda la

28 ANDORNO, Roberto L., op. cit. p. 12.

información necesaria y suficiente para expresar todas las cualidades innatas en el individuo. Cada nuevo ser concebido recibe una combinación completamente original que no se ha producido antes y que nunca más se volverá a producir.²⁹

Juan Rostard dice que:

*Todo lo que el hombre llegara a ser, está ya, embrionariamente en aquel punto de partida (fecundación) porque así lo tiene ordenado su propio código genético, que lleva en sí el ser humano virtualmente nacedero.*³⁰

En el caso del feto humano se cumple la exigencia aristotélica de que lo que está en potencia próxima pertenezca a la misma especie de lo que está en acto y lo generó, "todo lo que se genera llega a ser algo a partir de algo y por obra de algo que es de la misma especie". El feto humano pertenece a la misma especie del adulto que lo engendró, "como el hombre se engendra del hombre".³¹

Se puede decir que los óvulos y espermatozoides una vez que han sido extraídos son jurídicamente cosas; pero respecto al gameto humano, se trata de una substancia con potencialidad reproductiva con toda la información genética codificada de la persona de quien proviene, por lo que le son aplicables los derechos de la personalidad.³²

Anteriormente se habló de las distintas opiniones sobre el *nasciturus* como sujeto de derecho. Pero no se hizo referencia a la posición que guarda el embrión

29 Cf. LEJEUNE, Jérôme, "Le médecine face aux nouvelles techniques de procréation. La vie prénatale, biologie, moral et droit" en *Actes de Colloque National de Juristes Catholiques*, p. 58, recordado por Pierre Kaiser en Documentos sobre el embrión humano y la procreación médicamente asistida en *Jurisprudencia*, No. 5681, Julio 18, Argentina 1990, p. 3 nota 7, en BANCHIO, Enrique Carlos, *op. cit.* p. 438.

30 Juan, Rostard, Premio Nobel de Biología, dice que la integridad del ser humano, con todas sus potencialidades está presente en el óvulo fecundado, ver, *Algo más sobre el derecho a nacer*, E.D. tomo 117, p. 421. en BANCHIO, Carlos Enrique, *op. cit.* p. 443.

31 Cf. Aristóteles, *Metafísica*, IX, 8, 1049, b 18 en BEUCHOT, Mauricio. "Sobre el derecho a la vida" en *Revista de Investigaciones jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, Año. 15, No. 15, México 1991, p. 355.

32 ZANNONI, Eduardo, La genética actual y el derecho de familia, Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia 1987 en *Lecciones y Ensayo*, No. 49, p. 62, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.B.A., 1988 en RIZZO, Gabriel Leonardo, "La fecundación *in vitro* y los embriones supernumerarios" en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, Vol. 51, No. 2, agosto, Buenos Aires, 1991, p. 63.

en este sentido. Se toma como principio que la dignidad de la persona no solo parte de la idea del ser formado sino también del ser en vías de formación. Es una necesidad no tomar en cuenta que el ser humano tiene un origen que se deriva de la unión de los gametos de sus padres.

El embrión humano, cuya naturaleza biológica lo dota de ciertas características exclusivas de un ser pensante o racional, no debe ser objeto sino sujeto de protección porque dependiendo de la postura que el derecho adopte, se derivarán ciertos límites que pondrán en advertencia a los avances científicos de la ingeniería genética.

La independencia jurídica del *nasciturus* en relación con la madre es un dato constatado a través del procedimiento de fertilización *in vitro* o fecundación ectogénica. Esta comprobación de la modernidad viene a confirmar que el *nasciturus* no resulta ser una víscera o parte del organismo de la madre.³³ El embrión no es un objeto de derecho porque el embrión es un ser humano independiente de su madre ya que habrá cosas que no sean dañinas a la salud de ella, pero pueden ser mortales para el desarrollo y nacimiento del embrión. En este caso, *el concebido es un ser autónomo que no pertenece al organismo mismo de la madre*. La criatura tendría autonomía propia, lo que se confirma *por los avances de la biología que ha logrado desarrollar artificialmente el embrión, en las llamadas criaturas in vitro o de probeta*.³⁴ Esta comprobación de la modernidad viene a confirmar que el *nasciturus* no resulta ser una víscera o parte del organismo de la madre.³⁵

33 BANCHIO, Enrique Carlos, *op. cit.* p. 444.

34 CRUZ PONCE, Usandro, "El *nasciturus*" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año 23, No. 67, enero-abril, México 1990, pp. 34, 35.

35 Cf. BANCHIO, Enrique Carlos, *op. cit.* p. 444.

Ojalá no llegue el momento en que la ciencia sustituya el ambiente materno por otro que sea artificial, y el embrión evolucione sin estar sumergido en el seno materno.³⁶

Ulpiano opinó que el no nato, como persona, estaba sometida a la patria potestad y que éste desde antes de nacer tenía derechos y obligaciones como el vivir con su padre y obedecerle, también estimó que el no nacido era parte de la madre por lo que no era posible intervenir en su cuerpo sin su autorización, en este sentido, se negó a autorizar el aborto.³⁷

La cuestión no es si se considera o no al embrión como un ser humano porque éste lo es. No es conveniente ver al embrión como una simple *excrecencia* del cuerpo maternal pues es compararlo con un órgano o una proliferación de células, o como un tumor o un cáncer. Los biólogos³⁸ opinan que hay un nuevo ser desde la fecundación que aparece como un individuo único e imprevisible. Este ser contiene en sus cromosomas toda la información y todos los caracteres de la persona humana que llegará a ser.

Habrá que distinguir la persona como sujeto de derecho de la persona como el ser que ha adquirido naturaleza humana. El sentido ontológico de persona es diferente al sentido jurídico de persona. Sin embargo, tal distinción es inadecuada porque ambos sentidos enfocan su significado estricto en el ser humano, nunca a algo que sea ajeno a dicha naturaleza.

36 Cf. SERRA, Angelo, "Fondamenti biologici del diritto alla vita del neoconceptio" en *Jus, Rivista de scienze giuridiche*, Milán, año 22, fasc. 3-4, julio-diciembre, 1975, p. 357 en CRUZ PONCE, Lisandro, *op. cit.* p. 35.

37 Cf. *Disgestio*, XXV, IV, 1, en PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *op. cit.* p. 489.

38 El genoma humano es la información genética del ser humano que lo individualiza y esta información está contenida en el conjunto de genes que a través de los gametos de los padres y antepasados se transmiten. Cf. VELAZQUEZ, Antonio, ensayo sobre "Manipulación genética y el futuro del hombre", p. 7. para la Conferencia en el Colegio Nacional, ciclo: Los fundamentos neurobiológicos de la mente., México, julio de 1993.

La individualidad del embrión aparece en él porque no es absolutamente dependiente de la madre. Su esencia no está disminuida (no se es más o menos ser humano) sino son los accidentes, que no corresponden a la naturaleza, los que pueden ser defectuosos.³⁹

La concepción marca el inicio de una posible vida en el mundo del derecho. El embrión es una carga de material genético propio y esto le da individualidad. "El embrión es humanamente algo"; tiene el poder de convertirse en una persona humana y jurídica.⁴⁰ El embrión es substancia racional, la que no es en potencia sino en acto. Existen varios grados de potencia y potencialidad. La potencia subjetiva que según Santo Tomás, es aquella en la que de la posibilidad (óvulo-semén) se llega a algo más concreto (feto ya implantado) -un individuo-. Lo concreto contiene una mayor virtualidad para llegar a ser lo que se espera de su naturaleza, con tal que no se impida el proceso esencial de su esencia. El individuo ya viene informado para ser lo que es. Es una potencialidad próxima y no meramente posible.⁴¹

La potencialidad para razonar es una característica del embrión humano. Su cerebro se condiciona con elementos necesarios para tener la posibilidad futura de poder discernir y pensar. El embrión desde que existe es un ser en relación constante con su mundo exterior, es decir, tiene relación jurídica con otros aunque no haya la voluntad o conciencia de actuar.

Su característica racional existe porque no le es atribuida como un mero accidente latente. La racionalidad nace con el embrión la cual será enriquecida como vaya evolucionado dicho ser. A un recién nacido, aún cuando sus primeras

39 MIER Y TERAN, Salvador, *op. cit.* p. 396.

40 BOZA DIBOS, Beatriz, "Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del derecho: reflexiones en torno a la reproducción humana asistida" en *Derecho*, No. 45, diciembre, Lima, 1991. p. 94.

41 BEUCHOT, Mauricio, *op. cit.* p. 353.

manifestaciones son de tipo instintivo no se le excluye su racionalidad, la cual se irá ilustrando según su relación con el mundo exterior.

La situación del embrión es como la del ser humano que duerme y está en estado de inconsciencia; pero que tiene la potencialidad para razonar aun cuando no lo esté haciendo en el momento. Habría que considerar a partir de qué instante el cerebro humano tiene el desarrollo pleno para poder concebir ideas, instintos, sentimientos o sensaciones. Tal vez sea desde el mismo instante de su formación.

Salvador Mier y Terán dice que *"es de la naturaleza del hombre razonar, y mientras duerme no razona. Y no por ello decimos que el ave no es ave cuando no vuela, ni que el hombre no es hombre cuando está inconsciente"*.⁴² Se piensa que el embrión es una persona en acto y no en potencia porque posee naturaleza racional humana la cual no es en potencia sino en acto.⁴³ Se identifica la conciencia con la persona humana pero no debe confundirse que si no hay autoconciencia no existe ser humano. Sin embargo, esta naturaleza racional no se manifiesta sino hasta el momento de su nacimiento. Si el embrión es una persona en potencia, el derecho no puede ser un derecho en potencia porque este lo es en acto. Si un derecho no existe, este no se puede exigir⁴⁴ y no puede ser bien jurídico la inexistencia.⁴⁵

Lo que el Código Civil plantea es que el concebido tiene vida humana pero no es persona y sólo en lo que pueda serle favorable se le atribuirá la calidad de sujeto de derecho,⁴⁶ es decir, que el embrión posee naturaleza humana pero

42 MIER Y TERAN, Salvador, *op. cit.*, p. 397.

43 ANDORNO, Roberto L., *op. cit.*, p. 17.

44 HOYOS, Iba Myriam, "La dimensión jurídica de la persona humana" en *Personas y Derecho*, No. 26, Pamplona, 1991, p. 186.

45 CUPIS, Adriano de, "La persona humana en el derecho privado" en *Revista de Derecho Privado*, septiembre, Madrid, 1957.

46 BOZA DIBOS, Beatriz, *op. cit.*, p. 85.

júricamente no es persona, aun cuando se presume su naturaleza racional que se comprueba cuando éste ha nacido viable⁴⁷. Se dice que cuando se llega a ser persona jurídicamente, existe una voluntad y una conciencia de los actos y relaciones con otras personas. En el caso de los incapaces o quienes se encuentran en estado de interdicción, para efectos de derecho, se les tiene como individuos que carecen de voluntad o conciencia de sus actos y no por eso dejan de ser sujetos de derecho.

Se sabe del desprendimiento de embriones de los úteros de las mujeres y que posteriormente son implantados en los úteros de otras personas, o bien, la creación de embriones en tubos de ensayo que son congelados para un mejor momento. Quizá sea necesario insistir en decir que los embriones son sujetos de derecho y no objetos de derecho y que es por medio de su personalidad jurídica la protección jurídica que les corresponde. Porque aunque no es tema de estudio el aborto, si es importante hacer congruente un orden normativo que por un lado prohíbe el aborto y por otro permite se hagan prácticas abortivas con fines de asistencia procreacional o terapéutica.

Cuando se habla del catorceavo día como punto de partida para considerar la individualidad del embrión, se puede pensar que antes de ese periodo, el material genético puede ser utilizado para realizar cualquier clase de manipulación en seres humanos y así considerar que los óvulos fecundados pueden ser objeto de experimentación.⁴⁸

47 Un sujeto es viable cuando es capaz de conservar la vida después de su nacimiento. Se habla de viabilidad propia como la posibilidad natural de seguir viviendo. En el caso del recién nacido surgido de un embarazo normal, es decir, de una vida intrauterina sólida que le aporte capacidad de subsistencia. Quiere decir que el parto ha de tener lugar después de ciento ochenta días del momento de la concepción y que antes de ese lapso, no siendo en la normalidad posible que sobreviva el feto. La viabilidad impropia implica la posibilidad del recién nacido de vivir de manera extrauterina haya o no sido parte de un embarazo o nacimiento normal. Se atiende a la fuerza vital del recién nacido. Cf. DOMINGUEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.* p. 155.

48 Cf. PACHECO, Alberto, *op. cit.* p. 495.

Por su parte, la Ingeniería Genética plantea varias hipótesis sobre la naturaleza del embrión:

1. El embrión como persona, como cuasi persona, o como persona anticipada (doctrinas sobre la personalidad del embrión).
2. El embrión, sin tener la calidad de persona, como sujeto de derechos.
3. El embrión no considerado persona ni sujeto de derechos sino objeto susceptible de dominio posible de acciones y operaciones.
4. El embrión como una entidad *sui generis* que escapa de las calificaciones anteriores y que éste participe a la vez con la calidad de sujeto y objeto de derechos.⁴⁹

Sobre este asunto, lo importante está en no hacer del embrión un material de laboratorio. Quizá no se podrá decir, según el derecho, que se trata de una en el sentido jurídico pero ciertamente se trata de un ser nuevo, independiente de sus progenitores, padre y madre, y de un ser humano por ser de la especie a la que pertenece.⁵⁰

Los embriones seguirán siendo cosas en tanto el derecho no defina su situación jurídica. Los embriones humanos deben pasar al mundo jurídico como sujetos de derecho y no objetos de derecho. Mauricio Beuchot opina que

*...el feto es persona potencial en cuanto a la manifestación...no tanto que es una persona potencial en potencia o persona potencial cuanto que es una persona ya en acto primero, con un potencial a manifestar.*⁵¹

49 Cf. BARRAGAN, Velia Patricia, *op. cit.* p. 3.

50 CASTELLI, Mireille D., *op. cit.* p. 25.

51 BEUCHOT, Mauricio, *op. cit.* p. 354.

No se trata de cosificar al embrión, sino darle un lugar y una figura dentro del ámbito jurídico. La cosa es en sentido filosófico todo aquello que existe en el mundo de lo real o ficticio que se puede concebir por la mente humana. En la física es todo aquello que tiene naturaleza corpórea.⁵²

El embrión para el mundo jurídico es una cosa, es un objeto de derecho. Un embrión es un ser humano en sentido general y en sentido específico es un individuo que aún no ha llegado a su perfeccionamiento corporal; pero aún así no se puede hablar de personas imperfectas.

"¿Cómo hará valer jurídicamente su derecho a la vida un óvulo fecundado que se encuentra en el claustro materno?" La idea es que sería una tercera persona quien haría valer ese derecho lo que en el derecho romano se conoció como *curator ventris nomine*.⁵³

Aunque los sujetos de derecho estén obligados en respetar la vida futura del embrión, estos actúan de manera pasiva cuando se trata de no ocasionar algún daño al ser en formación y de manera activa cuando se trata de proporcionar lo necesario a quien está gestándolo para que se logre una sana formación del producto de la concepción.

El embrión ha sido sometido a terribles riesgos como la clonación, el criomacemamiento, la eugenesia y las experimentaciones que manipulan la información genética y afectan su dignidad humana. La persona tiene su inicio con la concepción y por ello, ésta debe ser protegida por el Derecho.

52 COVIELLO, N., *op. cit.* p. 269.

53 Cf. RÓDER p. 23 en VON JHERING, Rudolf, *Bromas y veras en la jurisprudencia*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978, p. 31. "Cuando el padre moría dejando a su mujer grávida se le nombraba un curador llamado *curator ventris*, para salvaguardar los derechos del *nasciturus* en la herencia paterna". ARTILES, Sebastián, *Derecho romano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978, p. 20 en CRUZ PONCE, Lisandro, *op. cit.* p. 48.

El *nasciturus* es persona porque el derecho que lo protege no es relativo sino absoluto. No puede haber personas en sentido parcial.

b) La personalidad jurídica

Habrá que distinguir en principio que el concepto de 'persona' ha de referirse al ente o sujeto, la 'personalidad' como la aptitud para que la persona sea sujeto de las relaciones jurídicas y que los conceptos de 'personalidad' y 'capacidad' no deben ser sinónimos, puesto que si la personalidad es la aptitud para ser sujeto de derecho, la capacidad es la aptitud para poder como sujeto de derecho de relaciones jurídicas, ser titular de derechos y obligaciones.⁵⁴

Como se ha mencionado, la base del reconocimiento de la personalidad parte de varias ideas. Que ésta se adquiere desde el momento de la concepción, al momento del nacimiento o cuando el nacido tiene aptitud para vivir separadamente del claustro materno.⁵⁵ Existen varias teorías al respecto. Se tienen la teoría de la concepción, la del nacimiento, una ecléctica, la de la viabilidad, y una psicológica. Estas teorías vienen a marcar, por ende, el inicio de la persona como ser individual dotado de capacidad jurídica.⁵⁶

b.1) Teoría de la concepción.

Tiene como principio que el concebido existe de forma independiente, por lo que antes de su nacimiento debe tener la calidad de ser sujeto de derechos al que se le pueda hacer ser centro actual y efectivo de imputación de relaciones

⁵⁴ *Ibidem* p. 44.

⁵⁵ PINA, Rafael de, *Derecho civil mexicano*, Porrúa, Vol. I, México, 1978. p. 209.

⁵⁶ Cf. CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español común y foral*, Tomo. I, Vol. 2, Décimoprimer edición, Reus, Madrid, 1975. pp 100 y ss. en DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.* pp. 141-146.

jurídicas.⁵⁷ Esta teoría está basada en materias interdisciplinarias como la embriogenia, la fisiología y la psicología, para afirmar que el ser humano existe desde la concepción. En la genética moderna se opina que el óvulo fecundado ya es vida humana y sólo necesita del ambiente idóneo para poder desarrollarse.⁵⁸ Se piensa que los órganos reproductores femeninos son biológicamente externos a la mujer y que el óvulo es fecundado fuera de la madre siendo ella una especie de *probeta* para que el óvulo fecundado se desarrolle satisfactoriamente.

La doctrina francesa⁵⁹ coincide en decir que la personalidad jurídica de las personas físicas se inicia con la concepción. Un ejemplo de esta postura es cuando se otorgan ciertos derechos al concebido y no nacido. El *nasciturus* goza de la capacidad para ser sujeto de derecho cuando se trata de ser heredero o donatario. En un proyecto de ley presentado a la Asamblea Nacional francesa del 18 de mayo de 1984 se destaca el principio al reconocimiento de la personalidad jurídica del hijo desde el momento de la concepción.⁶⁰

El Código Civil argentino en su artículo 63 dice que *son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno*. Su artículo 70 establece que *desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas*. Sin embargo, también hay la posibilidad de concebir seres humanos fuera del claustro materno.⁶¹ El artículo 51 del mismo ordenamiento califica como persona de existencia visible a todo ente que presente signo característico de humanidad sin distinción de cualidades o accidentes.⁶²

57 Cf. BANCHIO, Enrique Carlos, *op. cit.* pp. 431-454.

58 Cf. PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *op. cit.* p. 494.

59 Cf. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, "Les procréations assistées: état des questions" en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Año 86, No. 3, julio-septiembre, París, 1987. p. 477.

60 Cf. NOVILLO SARAVIA, Lisardo, "Procreación asistida" en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Vol. 29, Córdoba, Argentina, 1990 p. 201.

61 Cf. BANCHIO, Enrique Carlos, *op. cit.* p. 437.

62 RIZZO, Gabriel Leonardo, *op. cit.* p. 65.

La postura de algunos juristas argentinos, como Lisardo Novillo⁶³ y Carlos Banchio⁶⁴, es que no se puede negar la calidad de personas a los concebidos puesto que el propio ordenamiento argentino acepta que los concebidos puedan adquirir ciertos derechos a través de la representación. De esta forma, sólo las personas pueden ser representadas ya que la nada no es susceptible de representación.⁶⁵

Rojina Villegas opina que el embrión humano tiene personalidad antes de nacer en ciertas cuestiones de derecho como en la capacidad para heredar, para recibir legados y para recibir en donación. Que esta capacidad de goce no debe ser suprimida en su totalidad en el ser humano sino condicionada a su nacimiento y viabilidad, porque todo ser humano es persona.⁶⁶

Nuestro Código Civil en su artículo 1314 menciona que se necesita la personalidad jurídica del heredero para adquirir por testamento, es decir que éste esté concebido en el momento de la muerte del autor de la herencia, o bien, estar concebido y ser viable al nacer. En este sentido, se menciona la existencia de la personalidad jurídica del concebido que va a heredar. El artículo 1377 dice que

...el hijo póstumo tendrá derecho a percibir Integra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa.

Por su parte, el artículo 1638, sobre las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta, establece:

63 La opinión que este autor se enfoca para el caso de la congelación de embriones, donde dice que esta técnica es un manipuleo del embrión, y que el embrión es una persona desde el momento mismo de la concepción. Cf. NOVILLO, Lisardo, op. cit. p. 203.

64 Este autor opina que el *status* jurídico del *nasciturus* es de la calidad de sujeto de derechos como el centro actual y efectivo de imputación de relaciones jurídicas. Cf. BANCHIO, Carlos, op. cit. p. 445.

65 Cf. CRUZ PONCE, Lisandro, op. cit. pp. 55, 56

66 Cf. VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano, introducción y personas*, Porrúa, Sexta edición, Tomo I, México, 1987. pp. 434 y ss.

Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del juez que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo.

En el artículo 1640 del mismo ordenamiento se menciona la figura del curador de vientre que puede ser un médico o una partera.

...al aproximarse la época del parto, la viuda deberá ponerlo en conocimiento del juez, para que lo haga saber a los interesados. Estos tienen derecho de pedir que el juez nombre una persona que se cerciore de la realidad del alumbramiento, debiendo recaer el nombramiento precisamente en un médico o en una partera.

En el caso de la donación, el artículo 2357 establece:

Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337.

Fue en el Derecho romano que se dio la posibilidad de nombrar heredero al *nasciturus* y que éste recibiera donaciones antes de su nacimiento. Mediante un tutor de vientre se lograba ese derecho al no nacido.⁶⁷ En la legislación romana la criatura en gestación adquiría una posición especial porque se le consideró como una persona futura, una esperanza.⁶⁸

Se podría decir en este caso, que el *nasciturus* adquiere la personalidad jurídica desde el momento de la concepción y que ésta está condicionada a la llegada de su nacimiento viable. Es una personalidad condicionada porque el concebido, que tiene vida intrauterina adquiere capacidad para ser titular de ciertos derechos, los cuales no son en potencia sino están subordinados a una condición resolutoria. Los concebidos son personas por nacer que pueden adquirir algunos derechos antes de su nacimiento como si ya hubieren nacido.

67 Cf. PACHECO, Alberto, *op. cit.* p. 490, 491.

68 Cf. CRUZ PONCE, Lisandro, *op. cit.* p. 36.

Estos derechos se considerarán como inexistentes si el concebido no nace vivo los que pasarían de inmediato a otros sujetos de derecho.⁶⁹

J. Arias Ramos y J.A. Bonet⁷⁰ opinan que aun cuando el derecho romano protegió al concebido respecto a sus intereses hereditarios y su futura persona, no lo reconoció como sujeto de derecho sino hasta el momento de su nacimiento. Al *nasciturus* se le protegía pero no se le reconoció la personalidad jurídica.⁷¹

Actualmente ésta postura está fuera de tiempo. El no nacido tiene una capacidad jurídica condicional, aun así, la capacidad jurídica sólo es aplicable a sujetos de derecho. Habría que preguntar qué fue lo que el derecho romano protegió en el *nasciturus*. Por lo que se puede interpretar es que no se reconoció la personalidad jurídica al no nacido porque éste aún no existía, es decir, faltaba el nacimiento para su existencia. Por otra parte, si éste no existía entonces, uno se pregunta, ¿cómo podría protegerse lo inexistente?.

Diez Picazo opina que:

Si la personalidad individual, piensan algunos autores, no comienza hasta el momento del nacimiento, en buena lógica esto tendría que significar que entre la concepción y el nacimiento existen unos determinados bienes y derechos que carecen de sujeto. Como hablar de derecho sin sujeto parece una contradicción, se hace preciso crear artificialmente un soporte durante la interinidad de tales derechos. Se piensa que la herencia o la masa de bienes y derechos destinados a los concebidos constituye un patrimonio afecto o destinado a un fin, que se convierte, en cuanto tal, en persona jurídica. Este punto de vista no parece admisible. Aunque el derecho positivo admite la personificación de determinados grupos sociales y de masas de bienes, la atribución de carácter de persona jurídica parece que ha de proceder de manera expresa de la ley.⁷²

69 Cf. SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Vol. 3, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1948 p. 28 en DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.* p. 149.

70 Cf. ARIAS RAMOS J., y ARIAS BONET J. A., *Derecho romano*, Decimaquinta edición, Tomo I, Madrid, 1970, p. 58, en CRUZ PONCE, Lisandro, *op. cit.* p. 38.

71 *Idem*.

72 DIEZ PICAZO, Luis, *Sistema de derecho civil*, Tonos, segunda edición, Vol. I, Madrid, 1978, p. 278, en CRUZ PONCE, Lisandro, *op. cit.* p. 42.

b.2) Teoría del nacimiento.

La personalidad para algunos autores depende del nacimiento.⁷³ En esta teoría se plantea que es partir del momento del nacimiento cuando el feto tiene vida independiente de la madre y no antes ya que resulta difícil determinar el momento de la concepción. Se dice que el nacimiento es el fundamento y el inicio de existencia del sujeto y de su personalidad por lo que ambas coinciden. Antes del nacimiento, el sujeto no existe y no adquiere personalidad, ni derechos. Una necesidad del feto que se separa del claustro materno es que éste debe nacer vivo. Se opina que el *nasciturus* es un ser humano *in fieri*, una *spes hominis* cuyos derechos dependen de su nacimiento. Es a partir del nacimiento como se adquiere la existencia del sujeto de derechos.

Desde el momento en que la legislación tiene por nacido al concebido, éste entra bajo la protección de la ley y se le condiciona su capacidad de goce para ser heredero, donatario o legatario. Basta que nazca y sea viable para tener por cumplida la condición suspensiva a la que está sometido por la norma. La mayor parte de la legislaciones adopta esta postura en sus códigos civiles.

Sin embargo, se está tratando de una condición resolutoria negativa porque la condición suspensiva implica que el concebido no es persona sino hasta su nacimiento y no antes. Es entonces contradictorio hablar de una condición suspensiva cuando al concebido se le tiene por persona antes de su nacimiento viable ya que puede ser sujeto de derecho cuando se habla de herencia, donación, legado y reconocimiento. Por ello, el concebido adquiere la personalidad jurídica y basta la aparición de una condición resolutoria negativa (no nazca viable) para que desaparezca su personalidad. En este sentido, todas

73 CUPIS, Adriano, *op. cit.* pp. 863, 867.

las personas al momento de la muerte dejan de ser personas y por lo tanto pierden su personalidad jurídica.⁷⁴

Galindo Garfias coincide en decir que el *nasciturus* forma parte de la persona de la madre y por ello, el no nacido no es persona aún. Que la persona se inicia con el nacimiento y termina con la muerte, aun cuando la legislación no sea clara y haga interpretar que la personalidad jurídica se adquiere antes del nacimiento de la persona. En este sentido el Derecho se reserva los derechos que el concebido gozará a partir de su nacimiento y que será a partir de ese momento cuando adquirirá la capacidad jurídica. Piensa que en todo caso existe una condición suspensiva (el nacimiento) de la cual depende la personalidad jurídica del *nasciturus* y por consiguiente el goce definitivo de esos derechos.⁷⁵

Gutiérrez y González opina que para que el concebido pueda heredar éste requiere haber nacido.⁷⁶ La postura contraria a la *teoría de la concepción* establece que no solo es necesario que el embrión haya sido concebido antes de la muerte del autor de la herencia sino que logre ser viable, es decir, haya nacido, lo que significa sólo una garantía al concebido pues la suerte corre en cuanto él pueda continuar satisfactoriamente su desarrollo, y de ello depende su nacimiento. El embrión puede heredar pero mientras no haya nacido no puede hacerse suyo del derecho de la herencia. Es decir, es un derecho incompleto. El embrión, se comprueba, necesita nacer y no solo ser concebido. Puede heredar al ser concebido pero de nada sirve el testamento si éste *nasciturus* no nace. Es una condición, un acontecimiento que es cierto y temporal, pero puede darse que el acontecimiento no se logre satisfactoriamente.

74 Cf. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op. cit.* p. 437.

75 Cf. GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, Porrúa, Séptima edición, México, 1985, pp. 310 y ss.

76 GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *El patrimonio (pecuniario y moral)*, Porrúa, Tercera edición, México, 1990, p. 532.

Savigny⁷⁷ opina que se trata de una ficción legal equiparar al concebido con el nacido por la superposición de conceptos abstractos como 'persona', 'personalidad', 'sujeto de derecho' y 'capacidad jurídica'. Pothier considera que los no nacidos son reputados como existentes. En el artículo 725 del Código Napoleón, se expone que *no es necesario que la criatura haya nacido para que sea hábil para suceder*.

b.3) Teoría ecléctica.

Es una teoría que en principio reconoce la personalidad jurídica desde el momento del nacimiento; pero también reconoce ciertos derechos al concebido. La laguna de esta teoría es considerar al concebido como ya nacido para ciertos efectos legales. Se concede la personalidad jurídica a partir de un atributo que es la capacidad jurídica, es decir, que para que haya personalidad jurídica se presupone la existencia de la capacidad jurídica. Nuestro código civil en su artículo 22 mantiene esta postura:

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.

Santos Briz considera que respecto al *nasciturus* se da la fórmula de la ficción romana donde la capacidad es anticipada para lo que a éste le favorezca. Porque al considerar al feto susceptible de derechos desde la concepción se está condicionando su capacidad al nacimiento.⁷⁸

77 Cf. SAVIGNY, *Sistema de Derecho Privado Romano* (traduc. de J. Mesía y Manuel Poley, Madrid, 1879, tomo II, p. 63 y s.) en ROJINA VILLEGAS, *Compendio de derecho civil, introducción, personas y familia*, Porrúa, México, 1962, p. 76.

78 Cf. SANTOS BRIZ, Jaime, "Derecho civil", *Revista de Derecho Privado*, Tomo I, Madrid, 1978, p. 369. en CRUZ PONCE, Lisandro, *op. cit.* p. 46, 47.

b.4) Teoría de viabilidad.

El reconocimiento de la personalidad jurídica requiere no solo que el producto de la concepción haya nacido vivo, sino también existe el requisito de la viabilidad. Son dos presupuestos los que se piden para considerar al *nasciturus* con capacidad jurídica, que nazca vivo y que sea capaz de vivir. El artículo 337 del Código Civil hace este señalamiento al indicar que:

Para efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil...

b.5) Teoría psicológica o de la conciencia o sentimiento de la personalidad.

Esta teoría considera que la personalidad jurídica debe ser adquirida por el individuo que tiene autoconciencia de su personalidad jurídica, antes no debe ser capaz de derechos. Pero reconoce que el individuo debe ser sujeto de derecho desde que nace vivo y es viable.

García Máynez dice:

Todo derecho es la facultad jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derecho sin titular es contradecirse. La noción de deber encuéntrase ligada inseparablemente al concepto de persona; entre ellos hay una relación del mismo tipo que la que existe entre las ideas de substancia y atributo.⁷⁹

b.6) La personalidad jurídica como atributo natural de la persona.

La existencia de un derecho supone la existencia de un titular de ese derecho. La personalidad es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones

79 GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, 39a edición, México, 1988. p. 283.

en general⁸⁰ y la capacidad se refiere a determinados derechos y obligaciones a los que se es apto jurídicamente para poder ejercerlos y ser titular de los mismos.⁸¹ Esta personalidad jurídica se adquiere por el simple hecho de tratarse de un ser humano que va desde su concepción hasta su muerte. La personalidad jurídica se compone de un conjunto de caracteres cuyo objetivo es lograr funcionalidad y eficacia jurídica en la personalidad de los sujetos.⁸²

...Se tiene personalidad jurídica porque se es persona...ser sujeto de derechos y obligaciones depende de la personalidad jurídica; de esa personalidad depende ser persona para el Derecho. Ello significa que ser persona está condicionado a tener personalidad jurídica, se es persona porque se tiene dicha cualidad; no se tiene personalidad porque se sea persona sino al contrario, se tiene el carácter de persona por tener personalidad jurídica...⁸³

En el orden jurídico se traduce como personalidad jurídica a la personalidad como valor natural del ser humano y es lo que se llama persona para el derecho positivo. La persona no depende ni de la edad ni de la condición psicológica.

...La personalidad puede permanecer bajo el umbral de la conciencia, como en el que duerme...puede no estar desarrollada todavía, como en la niñez...incluso es posible que la personalidad no se manifieste en general en los actos, por faltarle los necesarios presupuestos físico-psíquicos como sucede en los enfermos mentales...puede incluso estar escondida, como en el embrión, pero ya está puesta en él y tiene sus derechos...⁸⁴

El inicio de la vida jurídica se da con el inicio de la vida física y el derecho positivo es claro al establecer que la capacidad jurídica se adquiere en el momento de nacer. Antes de ese momento no existe el presupuesto que hable de derecho al nacimiento. El embrión es un ser que existe y tiene vida independiente

80 PINA, Rafael, *op. cit.* p. 208.

81 GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *op. cit.* p. 531.

82 Los atributos de la personalidad jurídica son la capacidad (tanto de goce como de ejercicio), el estado civil, el patrimonio, el nombre, el domicilio y la nacionalidad. Cf. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.* pp. 165.

83 *Ibidem* p. 130

84 Cf. GUARDINI, Romano, *Procreación por el hombre*, Madrid, 1965, p. 179 en ANDORNO, Roberto, *op. cit.* p. 22.

y propia; pero el derecho da las atribuciones derivadas de la personalidad jurídica a los individuos que han nacido.⁸⁵

*...si se niega que el individuo sea titular de derechos y obligaciones, no sólo se niega la existencia de la personalidad jurídica del hombre, sino la existencia misma del derecho...*⁸⁶

Conviello opina que antes del nacimiento el feto no tiene personalidad jurídica.⁸⁷ Si las leyes penales, por ejemplo, protegen la vida del embrión contra cualquier intento de aborto, además de reservarle ciertos derechos mediante las leyes civiles, el orden positivo le está reconociendo su personalidad jurídica. Tal vez, lo que Conviello quiso decir es que antes del nacimiento no hay capacidad jurídica en el feto, la cual, si ésta no es virtual puede resultar potencial.⁸⁸ Cupis considera que desde el momento de la separación del seno materno, el sujeto es capaz respecto a algunas relaciones fundamentales.⁸⁹

Los derechos de la personalidad tienen por objeto el goce de bienes fundamentales de la persona como la vida y la integridad física.⁹⁰ Pero el embrión no goza del derecho a la vida, sino se habla de un derecho al nacimiento lo que es muy distinto cuando se habla de persona la cual no ejerce su derecho al nacimiento porque esta defiende su derecho a la vida.

Existe una personalidad natural (la del embrión) que se traduce en una personalidad jurídica (la de ser sujeto de derechos). Es por medio del nacimiento como se adquieren ciertos derechos del concebido quien aún no es capaz de adquirir alguna obligación.⁹¹

85 CUPIS, Adriano de, *op. cit.* p. 866.

86 CERVANTES, Manuel, *op. cit.* p. 40

87 Cf. COVIELLO, N., *op. cit.* p. 159.

88 *Idem.*

89 Cf. CUPIS, Adriano de, *op. cit.* p. 864.

90 GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *op. cit.* p. 683.

91 CUPIS, Adriano de, *op. cit.* p. 866.

La potencialidad racional del embrión debe ser protegida. Todo ser humano desde el momento que es concebido tiene personalidad jurídica. Como se indicó anteriormente, el Código Civil confunde el derecho (personalidad jurídica) con el atributo (capacidad jurídica). La capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento; pero la personalidad jurídica se adquiere desde el momento de la concepción. El artículo 22 del Código Civil debería decir:

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, adquiere la personalidad jurídica para ser capaz respecto de los derechos que le corresponden.

En ese momento, capacidad jurídica y personalidad jurídica serían considerados como dos conceptos distintos y uno subordinado del otro.

En este sentido, el artículo 70 del Código Civil argentino menciona que:

Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubieran nacido. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuere por un instante después de estar separados de su madre.

Sin embargo, lo que el derecho protege en el concebido es la esperanza de vida futura, la vida latente que espera nacer en el mundo objetivo. El que no está concebido, es decir, el óvulo aún no fecundado, no debe existir y mucho menos obtener el derecho a la vida. La vida le pertenece al ser humano como persona porque esta vida es existente para el derecho objetivo.⁹²

La personalidad jurídica del *nasciturus* no se puede concebir como un derecho incompleto o parcial, por el contrario, debe considerarse una personalidad jurídica absoluta que hace de su derecho un ideal alcanzable e ilimitado. Es conveniente aceptar la idea que dice que el ser humano tiene

92. *Ibidem* p. 867

personalidad jurídica desde su concepción, porque es en ese momento cuando surge un nuevo ser viviente. Cualquier acto contra ese nuevo ser no sólo va en contra de la vida humana sino también atenta contra la esencia de la humanidad.⁹³ La posición optada resulta de un análisis que se hace sobre las nuevas formas de reproducción asistida. El uso de los embriones ha sido desmesurado. Actualmente la vida de muchos de ellos se encuentran en estado de congelación que ponen en riesgo la salud del material genético que los componen. Y por otra parte, se atenta contra la dignidad de los mismos cuando son expuestos a prácticas que distan de cualquier propósito u objetivo que vaya en pro de la humanidad. La manera más eficaz de proteger la dignidad de la persona es protegiendo su propio origen y éste se halla en la concepción del nuevo ser humano en vías de ser viable. En el embrión no solo hay vida humana sino que también existe un proceso donde se concibe su propia personalidad.

c) La capacidad

La capacidad es un atributo de las personas físicas, da por supuesta la personalidad jurídica porque la personalidad es en sí, la aptitud para ser sujeto titular de derechos y obligaciones, es decir, de relaciones jurídicas, y la capacidad es la aptitud de la persona para ser titular de esos derechos y obligaciones, lo que no significa que sean una misma institución jurídica.⁹⁴ La capacidad es la aptitud que tiene el sujeto para poder ejercitar sus derechos y contraer y cumplir las obligaciones. La personalidad jurídica es anterior a la capacidad porque ésta es sólo un atributo de la primera.

Existen dos clases de capacidad: la capacidad de goce o capacidad jurídica y la capacidad de ejercicio o capacidad de obrar. En el primer caso se

⁹³ Cf. DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.* p. 153.

⁹⁴ *Ibidem* p. 166.

trata de la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones pero es por medio de quien ejerza la patria potestad o bien, un tutor o un curador como podrá hacerlos valer. En el segundo caso se trata de la aptitud del sujeto para ejercitar sus derechos y contraer y cumplir sus obligaciones en forma personal o por derecho propio, es decir, sin necesidad de un tutor o un curador.

c.1) La capacidad jurídica o de goce

La capacidad jurídica consiste en la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones.⁹⁵ Se entiende que hay el elemento necesario para la existencia de un derecho cuando existe una persona como sujeto de ese derecho. No se dan derechos sin sujeto, pero puede darse un derecho cuyo sujeto actual se ignora que existe.⁹⁶ Entonces, la persona denota el papel jurídico que el hombre o mujer desempeñan, es decir, los diversos estados o situaciones jurídicas en que pueden encontrarse.

c.2) La capacidad de ejercicio

El estudio de la capacidad de ejercicio parte del presupuesto que existe a las limitaciones de la misma, es decir, a la incapacidad de hecho, la cual se clasifica en natural y legal. El Código Civil en el artículo 450 menciona que tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad.*
- II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos.*
- III. Los sordomudos que no saben leer ni escribir.*
- IV. Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.*

⁹⁵ Cf. COVIELLO, N., *op. cit.*, p. 157.

⁹⁶ *Idem*

c.3) La capacidad jurídica del nasciturus.

Respecto a este punto, el concebido no es apto para ejercer su capacidad, sólo es apto para gozarla. La idea del artículo 22 del Código Civil es que el individuo concebido, no nacido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido. Esto implica, en principio, el reconocimiento de su personalidad jurídica, y en consecuencia, su capacidad jurídica, la cual, es condicionada, como se mencionó anteriormente, a una condición resolutoria negativa. En este sentido, el mismo ordenamiento confirma la idea de la condición cuando en su artículo 337 hace mención del individuo concebido pero no nacido para considerar nacido al feto que es desprendido del seno materno y vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil.

El Código Civil de Perú en su numeral 1 establece que la vida humana comienza con la concepción. El artículo 28 del Código Civil de Paraguay establece que la persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción (para adquirir bienes por donación, herencia o legado) pero el artículo 48 (a) menciona que como necesaria la correspondiente representación.

c.4) Diferencia entre personalidad jurídica y capacidad jurídica.

Barbero Santos y Trabucchi coinciden en que la personalidad jurídica y la capacidad jurídica no son sinónimos. En cuanto a la primera, ésta no es posible de medición alguna, es abstracta y general. No se puede ser más o menos persona, en cambio, sí se puede ser más o menos capaz. La personalidad es plena y no limitada.⁹⁷ La personalidad es la titularidad potencial de una serie

⁹⁷ Cf. BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho Privado*, Tomo I, sexta edición. EGEA, Buenos Aires, 1967. p. 190. en A. DOMINGUEZ, MARTINEZ, Jorge Alfredo, *op. cit.* p. 169.

indeterminada de relaciones jurídicas, la capacidad jurídica es la medida que delimita los contornos de la personalidad.⁹⁸

d) Fin de la persona.

La capacidad de las personas físicas se pierde con la muerte y es el momento en que también termina la personalidad jurídica. Se ha afirmado que la personalidad jurídica continúa después de la muerte del *de cuius* y que ésta sobrevive en los herederos.⁹⁹

d.1) La capacidad *post mortem*

Uno de los planteamientos discutidos sobre las nuevas formas de procreación asistida es la posibilidad de continuar la vida jurídica de una persona fallecida haciendo uso de su material genético. Esto puede presentarse mediante la congelación de gametos para aquellos que desearon tener descendencia y que por alguna razón les fue imposible acceder a ella de manera natural. Puede darse el caso que alguna de las partes falleciera y dejara depositado el material genético en un centro o banco de congelación de semen, óvulos o embriones.

En el capítulo siguiente se ampliará la información sobre el tema relacionado a la procreación asistida que es realizada *post mortem*. Sin embargo, es prudente ubicar el concepto de persona para no permitir la ambigüedad respecto al momento en que un ser humano extingue su personalidad jurídica.

⁹⁸ Cf. TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de Derecho civil*, Revista de derecho privado, Decimoquinta edición, Tomo I, Madrid, 1967, p. 78, n. 2. en DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge A., *op. cit.* p. 169.

⁹⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, Porrúa, quinta edición, Tomo IV, México, 1981. pp. 37 y ss.

d.2) La muerte como causa de terminación de la persona.

Nuestra legislación establece que una persona deja de existir desde el momento de su muerte. Esto se fundamenta en el artículo 22 del Código civil que a la letra dice: *La capacidad jurídica de las personas físicas...se pierde por la muerte...*

Sin embargo, si se hiciera uso del semen congelado de alguien que ha muerto, da posibilidad de continuar la "descendencia" de aquel ser fallecido así como de ciertos conflictos de filiación y sucesiones.

Ante todo existe un aspecto moral, en el cual, no habría respaldo familiar para el origen del nuevo ser. El padre o madre genéticos no tendrían ningún tipo de responsabilidad social respecto al producto de la concepción. En el deseo de procrear se debe tener no sólo la responsabilidad de ser padre o madre biológicos sino más importante aún, la responsabilidad que entraña el ser padre o madre sociales (lo que significa el dar alimentos, educación, amor). Esto significa que el deseo no debe ser parcial y se sobrevalore sólo el aspecto genético de la paternidad o maternidad. La decisión de tener un hijo después de la muerte carece de cualquier espíritu de fraternidad. El menor concebido después de la muerte de alguno de sus progenitores no solo es un acto que atenta contra la dignidad y la integridad del hijo, sino que es una conducta egoísta que sólo confunde la estabilidad de lo que es el núcleo familiar.

No debe permitirse la procreación de hijos una vez disuelto el vínculo matrimonial por causa de muerte de alguno de los cónyuges.¹⁰⁰ Se presenta la imposibilidad de cualquier tipo de reestructuración familiar. ¿Cuál sería entonces el objetivo o finalidad de seguir procreando cuando lo que existe es solo semen u

100 NOVILLO SARAIVA, Lisardo, *op. cit.* p. 208.

óvulos que están totalmente desvinculados de los miembros que hubieran integrado la familia?

II. La dignidad ante las nuevas técnicas de procreación asistida.

a) La dignidad de la persona.

El estudio de las nuevas técnicas de procreación asistida, sobre todo respecto a la fertilización *in vitro*, hace pensar que la vida y la dignidad del ser humano debe estudiarse por el derecho positivo con otro enfoque que fundamente la calidad del embrión. Por este motivo, darle calidad plena de persona, en el sentido jurídico, facilita la tarea de proteger la dignidad de la persona y por ende de la humanidad.

Mary Warnock opina que no se necesita determinar cuándo comienza la vida sino desde cuándo importa moralmente y por qué, es decir, a partir de qué momento la vida tiene importancia moral.¹⁰¹ Adriano de Cupis piensa que de esta respuesta depende la valoración del modo y del grado de humanidad de ese mismo orden positivo. Que al decir humanidad se trata de adherir a aquellas exigencias humanas que son inherentes al valor puesto por la naturaleza en el ser humano.¹⁰²

a.1) Características que dignifican a la persona.

La noción de persona va asociada a la de *dignidad*, esto desde el significado etimológico que dieron los griegos cuando el actor como sujeto desempeñaba "un papel", una dignidad.¹⁰³

101 WARNOCK, Mary, "In Vitro Fertilization: The Ethical Issue", en *Philosophical Quarterly*, No. 33, 1983, p. 238 en BOZA DIBOS, Beatriz, *op. cit.* p. 97.

102 Cf. CUPIS, Adriano de, *op. cit.* p. 863.

103 MIER Y TERAN, Salvador, *op. cit.* p. 394.

El ser humano por su condición de persona, de existir en sí y por sí, posee una dignidad que se manifiesta de la siguiente manera:

1. Racionalidad: La persona por el solo hecho de conocer, no se limita a su propio ser: no lo entiende hasta el ser de sus objetos, solo existe en lo que conoce (pienso luego existo- Descartes).

2. Libertad: Es un presupuesto esencial de la responsabilidad ética y jurídica de la persona y es lo que esencialmente lo distingue de los seres irracionales

3. Interioridad: El ser humano es el único ser que es capaz de recoger sobre sí mismo, sobre su mundo interior' y no solo exterior como los seres irracionales.¹⁰⁴

La persona, ser humano, es un ser racional capaz de establecer relaciones de apropiación con las cosas y de comunicación con las demás personas, porque naturalmente está relacionado.¹⁰⁵ La persona humana tiene como suyo la disposición de obrar en determinada forma.¹⁰⁶

Se debe admitir que la libertad de cada uno, libertad que parte del principio del respeto al ser humano, tiene límites. La libertad de cada persona termina donde empieza la de otros. En suma, esta restricción de la libertad comienza en la libertad del respeto que se debe tener al ser humano. Esto con el propósito de delimitar si es o no permisible el hecho de hacer manipulaciones genéticas en los seres humanos y los embriones. Es decir, el respeto a la vida humana y el respeto al ser humano.

104 ANDORNO, Roberto, *op. cit.* pp. 20, 21

105 HOYOS, Iva Myriam, *op. cit.* p. 165, 166.

106 *Ibidem* p. 167.

*...la libertad y el honor, o sea la dignidad personal, forman parte de la existencia moral de la persona...*¹⁰⁷

Santo Tomas de Aquino dijo que la persona significa una cierta naturaleza con un modo de existir, que la naturaleza intelectual es de todas las naturalezas la más digna y de igual modo lo es aquello que es existente por sí.¹⁰⁸

La dignidad de la persona va enfocada directamente con su naturaleza racional, en éste caso, el embrión humano adquiere desde su concepción dicha naturaleza que lo dignifica. Es mediante la racionalidad que el ser humano toma parte del mundo exterior y el universo para apropiarse de él y reconocerse a sí mismo. La conducta de la persona le permitirá adquirir la libertad de actuar de acuerdo a su origen ontológico, sin embargo, puede que esta conducta no sea adecuada, es decir, no sea condigna al ser substancial propio de la persona y exista un rompimiento con su naturaleza.¹⁰⁹

a.2) La dignidad del nasciturus.

El embrión es un ser humano cuya estructura ontológica le permitirá ser actor de su propia vida cuando la haya adquirido. Tomándose en cuenta los variados usos que se le pueden dar al embrión en investigaciones científicas, es tangible que el embrión en cualquier caso no sea considerado como un ser que tiene vida propia y mucho menos puede ser que se considere la existencia humana que le es inherente.

El embrión es un ser que tiene individualidad en tanto que sus características genéticas le son propias y no dependen de otro, es decir, posee

107 CUPIS, Adriano de, *op. cit.* p. 868.

108 Cf. AQUINO, Sto. Tomás de, *De potentia*, q. 9., n. 3 en MIER Y TERAN, Salvador, *op. cit.* p. 397.

109 *Ibidem* p. 401.

todas las potencialidades de un ser humano y lo único que requiere es su desarrollo.¹¹⁰ No existe en el derecho la existencia de seres humanos-cosas¹¹¹.

a.3) Los avances científicos ante la dignidad del ser humano

Tal parece que los avances científicos y tecnológicos muchas veces van encaminados al saber por el saber sin tener una finalidad clara en su contenido ético y moral. De las prácticas realizadas con propósitos de procreación asistida, se han desviado los objetivos planteados y por ende el sentido de dichas investigaciones. Hoy en día, de forma clandestina y sin ningún propósito humanitario se realizan experimentos que tienen por objeto la búsqueda de resultados sin propósitos de tipo terapéutico como sería en este caso el ayudar a parejas estériles o infértiles para procrear. Sin embargo, los embriones son objeto de dichas experimentaciones lo que provocan una terrible deshumanización que atenta contra el origen mismo del ser humano sea en su sentido ontológico y deontológico.

Todos los biólogos coinciden en decir que el material fetal es indudablemente humano; pero falta indagar el criterio jurídico sobre a partir de qué momento la unión de ese material genético se considerará objeto de protección.¹¹²

La reflexión del tema es tan discutido que ha ocasionado diversas posturas que probablemente continuarán en el eclecticismo general. Quizá el tema de

110 ESER, Albin, *op. cit.* p. 377.

111 ANDORNO, Roberto L. *op. cit.* p. 18.

112 Sobre las etapas de la fecundación aparecen distintas situaciones para su estudio. Una primera etapa se tiene desde el momento de la fecundación hasta el sexto día al no haberse iniciado la anidación, el ser humano se encuentra en una fase de "preembrión transportable. Una segunda etapa se considera a partir del sexto día de su vida donde se inicia la interacción con la mucosa uterina hasta que culmina su anidación al décimo segundo día, momento en que el "preembrión" es transportable. La tercera etapa es a los catorce días cuando se ha formado el disco embrionario, aquí comienza la etapa embrionaria. Una cuarta etapa se da a los veintidós días donde se inicia la formación del sistema nervioso. Cf. BARRAGAN, Vela Patricia, *op. cit.* p. 3.

estudio sobre si el embrión deba ser sujeto de derecho o no puede resultar una discusión bizantina; pero, tomando en cuenta la actual situación que guarda la ciencia respecto al derecho, de esta discusión pueden surgir nuevas opiniones que seguramente se sustenten en la dignidad de la persona.

b) El progreso científico y el *nasciturus*

Los usos a los que es sometido el embrión son los siguientes:

1. Para el caso en que la implantación tiene como objeto una investigación terapéutica;
2. Para la experimentación humana cuando el objeto no es la implantación sino es el tema de la investigación.
3. Cuando el embrión se convierte en el objeto de la investigación sin importar qué clase de investigación es, a lo que se le denomina "experimentación orientada a la producción de embriones".¹¹³

Esto da como resultado que los científicos hagan lo que deseen, incluyendo la destrucción de los embriones.

Como es diferente la relación que existe entre una mujer y un embrión en la preñez, la cual no existe en el caso de una posible vida en un tubo de ensayo que va a ser implantado,¹¹⁴ hace suponer que los científicos hacen lo que desean con una producción extracorporal de embriones que aún no han sido implantados. Esto significa que mientras el embrión no haya sido implantado en el útero de la mujer, no existe una interrupción en el embarazo en términos de derecho penal.¹¹⁵

113 ESER, Albin, *op. cit.* 357.

114 *Ibidem* p. 538.

115 *Idem*

En este caso se observa que el aborto es provocado por la ciencia pues queda claro que éste ocurre fuera del seno materno.

En el Derecho alemán, esto se trata de controlar por medio de un auto control ético dentro de la comunidad de investigación. Esta autorregulación incluye la "Guía para investigar en fetos que se encuentran en la etapa de los primeros tres meses de desarrollo", la que es investigada por el Consejo Científico de la Cámara Federal Alemana de Físicos.¹¹⁶ Esta Cámara establece que la investigación de embriones humanos debe estar bajo un control formal de procedimiento, en principio, la producción de embriones humanos por el simple propósito de investigarlos debe estar prohibida. En todo caso, la investigación en embriones humanos, previa la presunción de experimentos en animales y alto grado científico y estándares metodológicos de procedimiento, puede permitirse con la idea de que tiene como meta mediata o inmediata un beneficio clínico en el sentido profiláctico, de diagnóstico o avances terapéuticos.¹¹⁷

b.1) Limitaciones a la procreación asistida.

Las reglas específicas que existen en Alemania son las siguientes prohibiciones en general:

- 1. La prohibición de no dañar a los embriones que están bajo la fertilización *in vitro*.** Se refiere al daño que se puede ocasionar a los embriones o fetos en su salud y que pueda ser origen de un aborto.
- 2. La prohibición contra la producción de embriones para propósitos de investigación.** Esto en el caso de que alguien fertilice una célula (huevo-cigoto) humano extracorporalmente para cualquier otro propósito que no sea el de

¹¹⁶ *idem*.

¹¹⁷ *ibidem* p. 359

transferirlo a una mujer. Lo que significa que la producción de embriones por el solo hecho de investigarlos está prohibida y cuya única excepción sería una justificación por necesidad.

3. La **prohibición a la ectogénesis**, lo que significa que más allá de la experimentación orientada a la producción de embriones, no deben ser extendidos los periodos naturales de su nidación para ser posteriormente implantados en una mujer. Esto quiere decir, que cualesquiera que hayan sido los propósitos por los cuales se produjeron éstos, no se debe permitir su desarrollo en tubos de ensayo por un tiempo mayor de los 14 días después de la fertilización. El dilema está en si se deben destruir esos embriones que no van a ser implantados o bien congelarlos.

La inobservancia de estas reglas hace considerar la responsabilidad criminal de quienes quebrantan estos principios sin el permiso de las autoridades estatales correspondientes por hacer uso extracorporal de embriones y la producción de los mismos para experimentos o cualquier otro propósito que no sea su transferencia (transplante).¹¹⁸

Se puede obtener un permiso especial, las excepciones deben ser hechas a la prohibición contra experimentación de embriones sobrantes. Se necesita un permiso concedido por las autoridades competentes. De otro modo, sería ilegal la producción extracorporal de embriones que no tuvieran por objeto su transplante.

El uso abusivo que se hace a los embriones y fetos es también un acto criminal, que se le equipara con el comercio y experimento de estos después de un aborto.

118 *Ibidem* p. 360.

4. La prohibición sobre la alteración del embrión en sus células humanas, porque este tipo de investigación y avance tecnológico no está encaminado hacia el uso terapéutico futuro. El patrimonio genético de un individuo no le pertenece, por lo que toda manipulación debe ser posible si ésta es útil a la colectividad.¹¹⁹

5. La prohibición contra la clonación que particularmente está dirigida a investigadores cuyas experimentaciones distan de cualquier ética o no representan alguna solución terapéuticas.

Con los avances de la ingeniería genética se ha hecho posible el aislamiento de los genes hereditarios individuales para lograr que se multipliquen, que se determine su estructura molecular, que se combinen los genes de un organismo vivo con los de cualquier otro, incluso con los de otra especie. Estos mismos métodos pueden ser utilizados para elaborar esquemas genéticos completos de los individuos y crear seres idénticos entre sí con el objeto de fabricar quimeras, híbridos y alterar la esencia de la vida humana.¹²⁰

Esto se conoce como clonación o partogénesis¹²¹ y consiste en:

*... extraer del óvulo fecundado el núcleo que es donde se encuentra el código genético y sustituir el embrioblasto por el de cualquier otra célula del cuerpo que tiene una dotación cromosomática completa, del tal modo que el nuevo ser engendrado será idéntico al donante de la célula que sustituye el núcleo del óvulo fecundado.*¹²²

119 Cf. ROBERT, M., intervención en el Congreso de Genética procreación y derecho con la ponencia "Génie génétique, transfert de gènes dans la cellule, texte synthétique" p. 100 en CASTELLI, Mirelle D. op. cit. p. 21.

120 Cf. BARBERO SANTOS, Marino, op. cit. p. 171.

121 "Una población de células derivadas de un antecesor común se denomina clon, y todas las células de un clon tienen idéntica dotación genética, de modo que en veinticuatro horas, una sola bacteria puede originar millones de células idénticas, que contendrán del gen humano original, entonces se dice que dicho gen ha sido sometido a clonación... los plásmidos presentan otra propiedad, también muy valiosa para los biotecnólogos: son capaces de producir copias de sí mismos. Una vez en el interior de una célula bacteriana, un plásmido puede multiplicarse por sí solo hasta elaborar algunas docenas de copias. Si el plásmido contiene un gen humano, entonces dicho gen queda multiplicado de la misma forma que el resto de la molécula... Puesto que la bacteria que alberga el plásmido también crece y se divide, toda célula hija recibirá algunos plásmidos que puedan duplicarse a sí mismos... Antes de que transcurra mucho tiempo, una sola bacteria puede haber originado millones de descendientes". PRENTIS, Steve, *Biotecnología*, SALVAT, Navarra, 1989, p. 45.

122 GARDENAS QUIROS, Carlos, "Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación extraterina" en *Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 42, diciembre, Lima, 1988, p. 38.

Esto comenzó en Oxford cuando un biólogo logró la reproducción de ranas con este método¹²³ (también se ha hecho con plantas). En 1952 el Instituto para la Investigación del Cáncer en Philadelphia produjo clones de sapos.¹²⁴

Se tiene el dato más reciente del 21 de octubre de 1993. A las 20:00 horas se dio a conocer en un noticiero de la ciudad de Washington D.C. que la Universidad de Georgetown había logrado por vez primera un clon humano.

6. La prohibición contra el desarrollo de quimeras e híbridos. Este tipo de manipulación puede ser realizada en el ser humano y supone:

*[...] la integración de la quimera (célula modificada) dentro de un óvulo fecundado, de tal manera que el gene extraño se asocia y se integra químicamente en los cromosomas del óvulo y que el individuo que en se da como resultado es producto de sus propios gametos y de ese gene extraño.*¹²⁵

b.2) El uso de la genética terapéutica

Dentro de los tipos de manipulaciones que pueden ser aplicadas están aquellas que tienen por objeto, ya sea en un individuo completamente formado, infante o adulto, realizar la modificación de células de la médula ósea o las células de ciertas glándulas que permitan corregir las deficiencias genéticas como la hemofilia. Estas manipulaciones genéticas en individuos completamente formados no causan ningún problema ético porque la manipulación de las células somáticas permiten corregir una enfermedad de origen genético y permite a la persona de no sufrir los síntomas de la enfermedad. Se trata de un tratamiento experimental, la persona que se somete debe dar su consentimiento.

123 ZANNONI, Eduardo, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina (proyecciones jurídicas)*, ASTREA, Buenos Aires, Argentina, 1978, p. 24.

124 TRIBE, Laurence, *Technology Assessment and the Fourth Discontinuity: the limits of Instrumental Rationality*, 46 Southern Cal. L.R. 1973, p. 617, ss, en BOZA DIBOS, Beatriz, *op. cit.* p. 77.

125 Cf. M. Gros, *Intervención sobre en Génétique, procréation et droit*, Actes del coloquio, Paris, Hubert Nyssen edit., 1985, p. 92 en CASTELLI, Mirelle D. *op. cit.* p. 9.

En este caso, se trata de introducir un gene sin el motivo de remplazarlo por otro. Esta manipulación y la introducción de este nuevo gen no modificaron en nada los caracteres hereditarios y la cadena ADN de la persona a quien se le introducen células modificadas.

Otro tipo de manipulación es la que va encaminada a una modificación genética de las células reproductoras y de los embriones antes del estado de la diferenciación de las células. Esto ocasionaría una modificación del código genético de cada una de las células que compusieron al menor que va a nacer así como de sus células reproductivas. En este sentido, se puede decir que no solamente la persona sometida a este tratamiento va a ser modificada sino también toda su descendencia. La manipulación de embriones y células reproductivas son las que por la gravedad del problema deben ser tomadas con mayor interés.¹²⁶

En la Guía de investigación de embriones humanos (Guidlines for Research on Early Human Embryos)¹²⁷ se establecen las siguientes restricciones generales para la investigación:

1. La investigación en embriones humanos debe ser llevada a cabo en los límites de un formal control del procedimiento.
2. En principio, la producción de embriones únicamente para propósitos de investigación deben ser prohibidos. Esta prohibición de cualquier forma, no tiene excepciones.
3. De otro modo, la investigación en embriones humanos - presumiendo previos experimentos en animales y altos standards científicos y metódicos de procedimiento- deberán ser permitidos en el sentido de que 'tengan como meta un inmediato o mediato beneficio clínico en el sentido de profilaxis, diagnóstico o avances terapéuticos'.

¹²⁶ *Ibidem* p. 10.

¹²⁷ Sobre el uso de los embriones extracorporales existe un auto control dentro de la comunidad investigadora que se incluye en la guía de investigación de *Early Human Embryos* desarrollada por el Consejo Científico de la Cámara Federal Alemana de Fisicos. Cf. ESER, Albin, *op. cit.*, p. 358.

b.3) La protección a la dignidad del nasciturus.

El artículo 18 del Código civil de la Baja Canadá o el artículo 1 del Código Civil de Québec hicieron aplicar disposiciones relativas a la inviolabilidad de la persona humana en la experimentación sobre el embrión. El contenido de los artículos es el siguiente: *Todo ser humano posee personalidad jurídica*, el artículo 1 del Código civil de Québec precisa: *El [embrión] tiene el pleno goce de los derechos civiles.*

En Québec la noción de persona en sentido jurídico es definida en el Código civil porque ésta noción está ligada al hecho de que todo ser humano sea titular de la personalidad jurídica.

El respeto a la dignidad de la persona en su esencia ---los genes humanos--- significa respeto a la persona, la cual, puede ser considerada según las dimensiones orgánicas, psíquicas y simbólicas. Estas tres dimensiones de la dignidad humana son inherentes en la persona y deben ser valuadas sin precio y sin edad. En el contexto internacional se ven los peligros de la interpretación de la dignidad humana que concierne al derecho de no alterar la herencia genética. La dignidad no existe independiente del individuo. Si se asume que el gen humano, incluyendo la información que contiene, es más que un sustrato para la existencia de la persona humana, entonces la libertad individual se convertiría en el centro de la dignidad humana.¹²⁸

No hay duda de la necesidad de legislar a futuro la protección inherente a la dignidad y la propia preocupación de los individuos con respecto a su herencia genética. La necesidad de una previa autorización para cualquier uso de

¹²⁸ KNOPPERS, Bartha María, "Human dignity and genetic heritage" en *Law Reform Commission of Canada, Protection of Life Series*, Ottawa, 1991, p. 30.

materiales genéticos o información es un paso importante para asegurar el respeto a la dignidad humana en el contexto médico. Estos derechos serían una herramienta poderosa para que la dignidad de la persona será respetada en el área de la genética humana.

b.4) Los embriones supernumerarios

En la fecundación *in vitro*, los embriones son considerados como cosas por lo que en los procesos, muchos no llegan a nacer y otros son destruidos. Se trata de los embriones supernumerarios, es decir, de los embriones que no fue posible implantarlos en el útero de alguna mujer.

El caso de los embriones que surgen en laboratorio muchas de las veces, sino la mayoría, son destruidos pues no existe un destino final para ellos. Se les considera como sobrantes y por ello son sometidos a técnicas de congelamiento a altas temperaturas para lograr su supervivencia estacionada.

El congelamiento de embriones tiene por objeto crear reservas para el caso en que algún intento de fecundar a la mujer fracase.¹²⁹ De cualquier manera, si el intento es exitoso, estos embriones pasan a un terreno *sui generis* para el mundo jurídico. Se entiende que estos embriones supernumerarios son sacrificados en pro de alguno que llegará a nacer. Si el fin no justifica los medios, entendiéndose como fin la procreación, ¿en qué plano jurídico se está protegiendo a los otros embriones? Otra cuestión es si se deben implantar todos los embriones que resulten de una fecundación *in vitro*, y para el caso, determinar la responsabilidad a los mismos, o bien, seguir permitiendo que los investigadores continúen realizando prácticas que muchas de las veces no tienen como fin la procreación.

¹²⁹ Cf. RIZZO, Gabriel Leonardo, *op. cit.* p. 67-69.

Lisardo Novillo opina que

El ordenamiento jurídico positivo no puede, pues, legitimar esta técnica de procreación, que por sí constituye un agravio a la dignidad del ser recién concebido, porque es manipulado, congelado, sometido a experimentos y destruidos... por lo que es menester una norma legal específica...haciendo extensiva la penalidad prevista para el aborto a todos aquellos que con el fin de propagar la vida artificialmente manipulen, congelen o destruyan embriones humanos o hagan experiencias en ellos que no tengan como finalidad salvaguardar la vida...La fecundación in vitro es un procedimiento lesivo...de la dignidad del nasciturus, que además se presta para experiencias genéticas que pueden ser atentatorias a la perdurabilidad de la especie humana.¹³⁰

Los embriones supernumerarios, es decir, los sobrantes, serán destruidos porque no se desea continuar el desarrollo de la vida que ha sido congelada por tiempo indefinido. No se debe permitir la conservación de los embriones porque implica la destrucción de los mismos cuando estos ya no van a ser implantados en el útero de alguna mujer. Estos son sometidos a un sacrificio.

Se dice entonces que el aborto *in vitro* atenta contra la dignidad del ser humano.¹³¹ Este aborto *in vitro* se puede disminuir y mejor aún, eliminar, cuando sólo sean fecundados los óvulos que se implantarán, así se podrían rescatar todos los embriones que resultaren de la fecundación *in vitro* y no serían sacrificados.¹³²

Otro uso que se piensa hacer de los embriones sobrantes (o fetos) es para el trasplante de células u órganos con el fin de reparar y transplantarlos en adultos (en el caso de diabetes y lesiones en las células de la piel) o bien las células del embrión son transplantadas en el cerebro humano con el objeto de curar la enfermedad del parkinson.¹³³

130 NOVILLO SARAIVA, Lisardo, *op. cit.* pp. 205, 206.

131 Cf. HARRIS, John, "Should we experiment on embryos?" *Birthrights, law and ethics at the beginnings of life*, Routledge, Londres, 1990, p. 86.

132 Cf. RIZZO, Gabriel Leonardo, *op. cit.* pp. 68-75.

133 HARRIS, John, *op. cit.* p. 87.

Cuando se trató sobre la naturaleza jurídica de los embriones, se reflexionó sobre su situación jurídica. Se ha expuesto que los embriones son personas por nacer, aún cuando por su propia naturaleza no sean viables. No se puede decir que el embrión congelado sea un *nondum concepti*, es decir, que no esté ni concebido ni nacido, porque el embrión existe como una realidad biológica. Tampoco se puede decir que sea un *nasciturus* en el sentido literal de la palabra porque no se encuentra en el útero de la mujer.¹³⁴ Pero lo cierto es que el destino de los embriones sobrantes o supernumerarios es alarmante. Estos son congelados a temperaturas muy altas para tenerlos en un ambiente de supervivencia estacionada que puede durar hasta diez años o más. Los embriones supernumerarios son utilizados como reservas para los intentos de implantación de otros embriones. El éxito radica en lograr el desarrollo de alguno de ellos en el vientre de una mujer. Seguramente los embriones sobrantes serán depositados en la basura o utilizados para experimentos. En cambio, los embriones eliminados en el intento de implantación en el útero materno, tuvieron la suerte de ser los hijos deseados aún cuando no llegaron a nidificar.

En este caso se plantean situaciones que afectan el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano.¹³⁵ Aun cuando no existe el derecho a obtener la vida (a la creación), se tiene el derecho a seguir siendo, porque no puede ser sujeto de derechos el que no es creado;¹³⁶ pero el embrión es un ser que tiene vida y por lo tanto es existente, al menos, para el mundo de la genética.

Se entiende que la dignidad de la persona toma como principio el respeto que se debe dar a su origen substancial, es decir, al embrión, el cual debe ser

134 Cf. LLEDO YAGÜE, Francisco, "Acciones de filiación" en *Colección jurídica-profesional*, La ley, Segunda edición, Madrid, 1987. pp. 3245-246.

135 ANDORNO, Roberto L., *op. cit.* p. 14.

136 CUPIS, Adriano de, *op. cit.* p. 866

dignificado cuando se le respeta en su información genética y su origen humano. La dignidad de la persona va más allá de considerar si el embrión tiene o no derecho a su nacimiento, lo que hace presuponer que para obtener ese derecho es que ya tiene vida (aunque ésta dependa de su propia madre o algún otro mecanismo).

Se debe prohibir jurídicamente la congelación de embriones y en consecuencia la inseminación post mortem.¹³⁷ Si la bioética¹³⁸ es el tratado de los principios fundamentales del comportamiento humano, es necesario reflexionar si realmente con las técnicas de procreación asistida, se está en pro de la realización de actos que vayan busca del bien común.¹³⁹

c) Protección a los derechos humanos del embrión.

La dignidad de la persona parte de los derechos humanos, derechos inherentes a la condición humana, preexistentes y reconocidos por las leyes positivas.¹⁴⁰ Los derechos que derivan de la dignidad del ser humano son derechos que no fueron otorgados ni concedidos por un sistema legal, fueron derechos declarados para que el ser humano, la persona, tuviera la libertad de hacer defensa de su dignidad.¹⁴¹

Juan Pablo II menciona que:

*Toda persona es un fin en sí misma...La dignidad de la persona puede ser protegida sólo si la persona es considerada inviolable desde el momento de la concepción hasta su muerte natural.*¹⁴²

137 NOVILLO SARAVIA, Lisardo, *op. cit.* p. 208.

138 Bios-vida; etos-ethika, moral.

139 Cf. VELAZCO SUAREZ, Manuel, *Bioética y derechos humanos*, CNDH, México, 1992. p. 5.

140 Cf. HERVADA, Javier, *Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho en Persona y Derecho*, Tomo IX, Pamplona, 1982. p. 244, en MIER Y TERAN, Salvador, *op. cit.* pp. 442, 443.

141 El 20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 1386 (XIV) proclamó la Declaración de los Derechos del Niño. *...el niño, por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento...*

142 Juan Pablo II, "Misión de la Universidad, Defender la dignidad de la persona humana" en *L'osservatore romano* del 2 de julio de 1989, Universidad de Upsala, Suecia, en BANCHIO, Enrique Carlos, *op. cit.* p. 446.

El criolmacenamiento se puede prestar para experimentos genéticos que atentan a la perdurabilidad de la especie humana.¹⁴³

*El Consejo de Europa en varias recomendaciones establece que el embrión y el feto se deben beneficiar en todas las circunstancias del respeto debido a la dignidad humana considerando que desde la fecundación del óvulo la vida humana se desarrolla de manera continua.*¹⁴⁴

c.1) Aspectos internacionales.

Dentro de los principios de las leyes internacionales de derechos humanos, el tema de la dignidad humana y la herencia genética es de mucho interés en relación a la protección y uso que se da al material genético humano. La Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo de 1982 fue la primera en situar la noción de la dignidad de la persona humana específicamente en el contexto de la ingeniería genética humana. Esta Asamblea consideró el derecho de heredar el modelo genético que no debe ser artificialmente cambiado, protegiéndose el derecho de la vida y la dignidad humana en los artículos 2 y 3 de la Convención Europea en Derechos Humanos.¹⁴⁵

En la recomendación de 1982 sobre ingeniería genética, el Consejo Europeo reconoció específicamente una excepción a la recomendación de prohibición general en la ingeniería genética humana. Esto fue para prevención y terapia donde era necesario una 'demostración científica y clara'.¹⁴⁶

143 NOVILLO SARAVIA, Lisarda, *op. cit.* p. 206.

144 El Congreso de Viena de la Asociación Internacional de Derecho Penal de octubre de 1989 opinó que la vida humana debía ser protegida desde la fecundación sin tomar en cuenta la existencia de la personalidad en el embrión o que este posea o no derechos fundamentales propios. Lo cual surgió por el temor que se está originando por la producción deliberada de embriones para fines no terapéuticos, fuera del claustro materno, intervenciones que producirían su muerte; o las manipulaciones sobre el genoma humano o código genético, susceptibles de ser hechas hasta la anidación. Cf. BARBERO SANTOS, Marino, "Ingeniería genética y fecundación asistida: consideraciones político criminales" en *Derecho Penal y criminología*, Vol 13, No. 44, mayo-agosto, Bogotá, 1991. pp. 170, 171.

145 (1955) 213 U.N.T.S. 221 (Convención Europea de Derechos Humanos).

146 Recomendación 1100 aprobada en 1988 sobre el uso de embriones y fetos humanos.

En 1986, de acuerdo a reportes nacionales se presentó la necesidad de respetar los embriones humanos. La Asamblea procedió a la Recomendación 1046 en el uso de embriones humanos y fetos para propósitos de diagnóstico, terapia, ciencia, industria y comercio. Recomienda que los embriones humanos y fetos deben ser tratados con el debido respeto a la dignidad humana.¹⁴⁷ Finalmente, en 1989, en la Recomendación 1100 en el uso de embriones humanos y fetos para propósitos de investigación, la Asamblea Parlamentaria reiteró su apoyo a las propuestas anteriores en aquellas recomendaciones.

c.2) Resoluciones sobre el respeto a la herencia genética.

En un contexto médico, la tercera Asamblea de la Asociación Mundial Médica adoptó el Código Internacional de Ética Médica en 1949.¹⁴⁸ La Asamblea sostuvo que una de los deberes imperativos de los médicos es proveer servicios competentes "con compasión y respeto a la dignidad humana". La Declaración de Lisboa respecto a los derechos de los pacientes habla del derecho a morir dignamente. Los parámetros como el del Consejo Internacional para Organizaciones de las Ciencias Médicas (CIOMS) que siguieron de 1984 sobre la protección de los sujetos humanos se basa en la dignidad inherente a la persona humana.

Esta Asamblea Parlamentaria, en sus recomendaciones de 1989, sostuvo que debe existir un derecho de no alterar la herencia genética.¹⁴⁹ Lo que se

147 Consejo de Europa, P.A., Sesión 38, Pt. II, Texto adoptado, Recomendación 1046 (1986) en el Uso de Embriones Humanos en Fetos para propósitos de Diagnóstico, Terapia, Ciencia, Industria y Comercio, s. 10.

148 Este Código fue reimpresso en las Declaraciones Éticas Médicas (1984). Este Código se basó en la Declaración de Ginebra y revisado en la 35ava Asamblea de la Asociación Mundial Médica. Cf. KNOPPERS, Bartha Maria, *op. cit.* p. 24.

149 Consejo Europeo, P.A., Sección 40, Pt III, Texto adoptado, Recomendación 1100 (1989) en el uso de embriones humanos y fetos en investigación científica, s. 2: "Tomándose en cuenta la recomendación 934 (1982) del debate de la Asamblea del Consejo Parlamentario de Europa y sus propuestas para la aplicación de la Ingeniería genética en la base al respeto de la herencia genética del ser humano, la cual no deberá ser obstaculizada con individuos, salvo para propósitos de una clara y científica demostración preventiva y terapéutica..."

especificó en la recomendación de 1981 es que este derecho pertenecería a las 'futuras generaciones', presumiendo a los menores ya concebidos pero no nacidos, a los embriones *in vitro* o en congelación y para aquellos menores aún no concebidos.

También la Asamblea del Parlamento del Consejo de Europa recomendó recientemente límites a los propósitos de la experimentación y terapia genética. De este modo, la asamblea prohibiría las más extremas posibilidades de ingeniería genética tales como la clonación de los individuos y las manipulaciones genéticas no terapéuticas para propósitos de sexo o selección de raza:

*embriones humanos y fetos deben ser tratados en todas las circunstancias dentro del respeto debido a la dignidad humana.*¹⁵⁰

c.3) La discriminación racial.

No se trata de prohibir o permitir las nuevas técnicas de procreación asistida sino de establecer los límites de éstas para no sobrepasar la línea ética y moral de la sociedad. El temor más común que se presenta es aquel en el cual se busca el perfeccionismo genético. Una política de genocidio que tiene como propósito atentar contra la 'pureza racial'. Esta errónea división entre razas o naciones y bases genéticas tiene su origen con la política nazi de la Segunda Guerra Mundial que consideró asociaciones entre el Holocausto y eugenesia y se esperaba que el ideal eugenético fuera puesto a descansar después de la guerra.¹⁵¹

150 Recomendación 1046 (1986) del Consejo de Europa, P. A., Sesión 38, Pt. II, sobre el uso de embriones humanos y fetos para propósitos de diagnóstico, terapia, ciencia, industria y comercio.

151 KNOPPERS, Bartha Mana, op. cit. p. 52.

En los Estados Unidos en 1970¹⁵², siete estados promulgaron leyes mandando el ocultamiento de la población negra para la desaparición celular de estos rasgos. Por lo menos en cinco de estos estados, las licencias de matrimonio fueron negadas a aquellos que no quisieran participar. Una década después, un banco de espermas establecido en California ofrece gametos de 'superior' calidad. Y en Canadá, como en los Estados Unidos, algunas leyes de este tipo no fueron abrogadas sino hasta finales de los años 70. Una de las áreas sobre selección genética o perfeccionismo se ha debido formular en las tecnologías de reproducción.

Estas técnicas hacen posible y accesible el material genético humano en la forma de gametos (óvulo y esperma) y embriones humanos. De conformidad con todos aquellos reportes internacionales publicados hasta la fecha, un reciente Proyecto de Trabajo de la Ley de Reforma de la Comisión de Canadá sugiere la prohibición a las más extremas maneras de experimentación genética en embriones humanos.¹⁵³

c.4) El Código de Nuremberg.

Al embrión se le debe hacer beneficiario de las consecuencias que son tiradas por el *Código de Nuremberg*¹⁵⁴ del respeto debido a los seres humanos. En el artículo primero se establece que la persona interesada en contribuir en una experimentación debe aportar voluntariamente su consentimiento, es decir, debe tener la total capacidad legal para ello.

152 *Ibidem* pp. 53 y ss.

153 Ley de Reforma de la Comisión de Canadá, *Crímenes contra el feto*, Proyecto de Trabajo 58 (Ottawa: La Comisión 1989) y *Experimentación biomédica que envuelve a sujetos humanos*, Proyecto de Trabajo 61 (Ottawa: La Comisión 1989).

154 Le Code de Nuremberg 1947-1987, *Ethique médicale et droits de l'homme, la fabrique du corps humain*, Actes Sud et INSERM, 1988, Paris, 1988, p. 41-42.

Por otro lado, la persona que va a ser sometida, antes de aceptar, debe conocer suficientemente la naturaleza, la duración y el objeto como las consecuencias o resultados de los experimentos a realizarse en ella, con el objeto de que pueda medir su decisión.

Este primer artículo marca la total desventaja a la que el embrión es sometido puesto que al carecer de voluntad propia o capacidad legal, se le considera como un objeto propio de la ciencia y no como un sujeto digno de respeto científico. Se debe decidir en función del interés, no de la raza humana pero sí del embrión por sí mismo.¹⁵⁵

¹⁵⁵ CASTELLI, Mirelle D., *op. cit.* p. 25.

CAPITULO SEGUNDO

I. La procreación asistida in vivo.

a) Presentación del tema.

La procreación asistida es una técnica utilizada por la medicina para auxiliar a parejas estériles o infértiles que desean tener hijos y que por razón de algún impedimento natural no les es posible engendrarlos. Esta técnica no viene a sustituir la naturaleza del hombre sino facilitar y vencer algunas deficiencias que el cuerpo humano sufre.

Los trámites administrativos y burocráticos para la adopción de menores son otra razón por la cual las parejas han preferido recurrir a la procreación asistida, además de la posibilidad que ésta ofrece de poder tener una verdadera descendencia sanguínea ya que algunas personas también temen de las enfermedades que los menores padezcan como sería el caso del SIDA y de otras enfermedades transmisibles. La procreación asistida busca condiciones óptimas para el desarrollo embrionario.

Sin embargo los problemas reales que se plantean son de tipo ético y moral cuando los avances tecnológicos y científicos han ido más allá del auxilio a la procreación en los seres humanos y se han rebasado límites que vulneran a la dignidad humana. En este sentido puede decirse que la procreación asistida no ha cumplido su función.

a.1) La inseminación artificial.

La inseminación artificial tiene como finalidad ayudar a parejas estériles e infértiles que no pueden tener hijos y los desean, o bien, sustituir en algún

momento las condiciones naturales para que el desarrollo embrionario sea más óptimo.

*La inseminación artificial es un método o artificio distinto de los usados por la naturaleza para lograr introducir el esperma en el interior de los órganos genitales de la mujer.*¹

También se opina que a esta práctica se le debe denominar "procreación asistida" porque su finalidad es lograr asistir la fecundación cuando ésta no es posible por medios naturales como lo sería en la relación sexual.²

Lo que se busca es facilitar el encuentro de los espermatozoides con el óvulo y lograr que éste se fecunde.³ Este método se utiliza para incorporar el semen en el interior del canal genital femenino por medios distintos de la eyaculación intravaginal. Como no existe encuentro sexual (cópula o coito), es decir, no se da la eyaculación intravaginal, se dice que es una reproducción asexual.⁴ Sin embargo, sin la necesidad de conjunción carnal, se da la unión de dos células germinales procedentes de un hombre y una mujer.⁵

El hombre deposita sus espermias en un banco, los cuales serán esterilizados para utilizarlos cuando éste desee procrear. La inseminación artificial como técnica de reproducción artificial permite que el semen pueda ser fecundado mucho tiempo después de su eyaculación por congelamiento. Posteriormente es introducido en el canal vaginal, en el útero o las trompas de Falopio durante el periodo fértil del ciclo ovárico de la mujer cuando es factible que se produzca la fecundación del óvulo maduro.

1 SOTO LAMADRID, Miguel Angel *Biogenética, Noción y delito (la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho)*, ASTREA. Buenos Aires, 1990. p. 19.

2 Cf. VIDAL MARTINEZ, Jaime, *Las nuevas formas de reproducción humana*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1988. p. 119.

3 Cf. NAVARRO, Santiago, CMF Rvdo, *Problemas médicos-morales*. COCULSA, Madrid, 1954. p. 249, HAGGARD, Howard, *El médico en la historia*. Sudamérica. Buenos Aires, 1943. p. 360; RAMBAUD, Raymond, *El drama humano en la inseminación artificial*. 1953. p. 14. Cf. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *El patrimonio*. Ed. Porrúa, Tercera edición, México, 1990. pp. 495-503.

4 *Idem*.

5 SOTO LA MADRID, Miguel Angel, *op. cit.* p. 20.

a.2) Antecedentes de la inseminación artificial.

Los primeros antecedentes que se tienen sobre el uso de técnicas especiales para la procreación asistida se encuentran a nivel de animales. En 1322 un jeque árabe colocó una esponja en la vagina de una yegua en celo y así fecundó a sus yeguas con semen de caballos. En el siglo XVII Malphigui y Bieffiena realizan experimentos en gusanos de seda y en el siglo XVIII Jacobi y Welthein logran la fecundación artificial de huevos de peces.⁶

En el año de 1462, Juana de Portugal, esposa de Enrique IV de Castilla, se dice fue inseminada artificialmente dando a luz a 'Juana la beltraneja'. No existen pruebas definitivas al respecto. En 1799 el escocés John Hunter logra, en una mujer, la primera inseminación artificial que se tiene certeza. En 1868 la "*Abeja Médica*", revista médica dedicada a la divulgación científica, da cuenta de diez casos en donde la inseminación artificial se practicó con éxito. En 1911, Roelhelder da parte de 65 experimentos de los cuales 31 resultaron positivos. En 1942, Seymour y Koerner interrogaron a treinta mil médicos en los Estados Unidos de América y lograron saber de 9,489 embarazos logrados por medios artificiales.⁷

a.3) Principales causas por las que se realiza la inseminación artificial.

Es una medida preventiva cuando el riesgo atenta la fertilidad masculina a causa de tratamientos agresivos, o bien, como medida paliativa cuando existen malformaciones orgánicas o secuelas neurológicas.

Existen varias causas que dan origen al uso de este método como son:

⁶ Cf. CARDENAS QUIROS, Carlos, Según Votta y Baldessarri en "Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina" en *Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 42, Lima, 1988. pp. 12, 13.
⁷ Cf. NAVARRO, Santiago, *op. cit.* p. 14, en GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *op. cit.*, pp. 495-503.

- la esterilidad (en personas afectadas de origen inmunológico o bien, se haya originado en un tratamiento químico o radioterapéutico o en forma accidental y han dejado previamente su semen congelado en un 'banco o depósito'),⁸

- la falta de semen apropiado (en varones oligoostenospermicos, es decir, hombres cuyo líquido seminal contiene un bajo número de espermatozoides y de reducida mortalidad o puede darse el caso que un hombre padezca de azoospermia, es decir, que no produce espermatozoides o padece de espermatismo)⁹

- existencia de malformaciones genitales (en

sujetos con problemas anatómicos o sexológicos que les impide realizar adecuadamente el acto sexual -sobre las epispadias del varón y a las anomalías vaginales de la mujer, es decir, de impotencia del hombre o vaginismo en la mujer-),

- anomalías cromosómicas,

- incompatibilidad de RH,

- trastornos endócrinos o del metabolismo,

- aplasia ovárica,

- atresias vaginales que impiden la introducción adecuada del pene.¹⁰

8 Cf. SOTO LAMADRID, Miguel, *op. cit.* p. 24.

9 *Ibidem*, p. 25.

10 Cf. CARDENAS QUIROS, Carlos, *op. cit.*, p. 15.

La inseminación efectuada con el espermatozoides del marido o del concubino corresponde a la necesidad de engendrar y que ésta no es posible por la hipofertilidad del hombre o por la esterilidad que se le detectó después de un tratamiento de quimioterapia.¹¹ En el caso de las mujeres no estériles cuando presentan problemas endócrinos o del metabolismo que originan secreciones vaginales que neutralizan los espermatozoides.¹²

b) Clasificación de la inseminación artificial según los sujetos que intervienen.

La inseminación artificial se presenta como homóloga o heteróloga. En el caso de la inseminación homóloga, ésta puede realizarse *inter vivos* o *post mortem*. Respecto a la inseminación heteróloga pueden presentarse varias situaciones como son el caso de la inseminación por conveniencia y la inseminación confusa o mixta.

b.1) Inseminación artificial homóloga.

La inseminación artificial homóloga (IAC inseminación artificial-cónyuge) consiste en que los componentes genéticos -óvulo y espermatozoides fértiles- existen en el marido y la mujer: la inseminación áurica facilita el encuentro para lograr la fecundación.¹³ En el primer caso (IAC) se trata del semen que pertenece al marido y que es introducido en el útero de la esposa.

b.2) Inseminación artificial heteróloga.

La inseminación artificial heteróloga (inseminación artificial-donante) consiste en que uno de los componentes genéticos de la fecundación -espermatozoides-

11 Cf. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, "Les procréations assistées: état des questions", *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 86, núm. 3, París, 1987, p. 461.

12 Cf. ZANNONI, Eduardo, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, ASTREA, Buenos Aires, 1978, p. 43.

13 *Ibidem*, p. 44.

fértil- está ausente, falta. La inseminación lo aporta, lo introduce 'desde fuera'.¹⁴ La inseminación artificial heteróloga (IAD)¹⁵ se realiza con el esperma de un tercero, es un remedio a la esterilidad de la pareja o a la presunción de una enfermedad genética que de origen a un menor anormal.

Esta inseminación rompe el principio de la presunción *juris tantum* de la paternidad del marido (*pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*, Paulo). El presupuesto biológico desaparece cuando genéticamente el hijo concebido es de un tercero.¹⁶

Es en los años 50 donde se toman las primeras decisiones de jurisprudencia respecto a esta materia. El cuestionamiento se basaba en la existencia o no del adulterio,¹⁷ por ello, es necesario el consentimiento¹⁸ tanto del cónyuge o concubino como el de la mujer para ser inseminada con el semen de otro.¹⁹

La voluntad procreacional es del marido (o concubino) y no del donante del semen dado que éste lo proporciona de manera impersonal. Se debe proteger a la mujer y al menor de un posible desconocimiento de paternidad por parte del cónyuge una vez que con anterioridad haya manifestado su voluntad para aplicar la inseminación heteróloga a su mujer.

14 *Ibidem*, pp. 30, 31.

15 En la inseminación artificial donante, el concepto 'heteróloga' es poco preciso en la biología dado que no se trata de una inseminación entre especies distintas como sería el caso de un intento de hibridación entre nuestra especie y el chimpancé, sino que se trata de un elemento ajeno al matrimonio o concubinato como opción para conservar y asegurar la especie. Cf. SOTO LAMADRID, Miguel, *op. cit.* p. 22.

16 Cf. ZANNONI, Eduardo, *op. cit.* p. 32.

17 Cf. LOI, María Leonarda, "Observaciones con respecto al caso Parpalaix" en *Revista Internacional de Derecho Comparado*, No. 1, Bruselas, 1985. p. 107.

18 "El consentimiento es el núcleo habilitante de esta práctica...supone cierto amparo legal para el facultativo en el supuesto que el proceso tuviera que ser visto en los Tribunales de Justicia". Cf. VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p. 131.

19 "Tendría cierto apoyo legal el hecho de haber reunido los consentimientos de todos los implicados, salvo el hijo, naturalmente. Pero habría cierta responsabilidad frente al hijo, si el Equipo Médico destruye todas las pruebas de la identidad del donante, o mezcla semen de distinta procedencia, con lo que puede hacerse imposible la identificación de aquél". Cf. VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p. 121.

Se presentan dos situaciones muy distintas entre ellas para aplicación de esta técnica: la inseminación como remedio a la esterilidad de una pareja o la inseminación de conveniencia.²⁰

c) Modalidades de la inseminación artificial homóloga.

Estas se presentan cuando la inseminación artificial homóloga es realizada *inter vivos* o *post mortem*.

c.1) Inseminación artificial homóloga *inter vivos*.

No presenta problemas éticos dado que se realiza con el espermatozoides del esposo o del concubino; el hijo está jurídicamente y biológicamente relacionado con su padre y madre.²¹ El problema ético que se presenta es respecto a la transformación de la naturaleza para poder concebir. La Iglesia Católica expresó en 1949 la desaprobación del uso de métodos no naturales donde el Papa Pío XII, en un discurso para médicos católicos dijo:

...Es superfluo observar que el elemento activo (de la fecundación) no puede ser jamás procurado lícitamente por actos contra la naturaleza". En 1951 confirma lo dicho agregando que "el acto conyugal en su estructura natural, es una acción personal, una cooperación simultánea e inmediata de los cónyuges...El acto conyugal ordenado y querido por la naturaleza, es una cooperación personal a la que los esposos, al contraer matrimonio, se otorgan mutuamente el derecho"²², es decir, que las funciones orgánico-sexuales en el matrimonio son inseparables.

Se dan tres situaciones en el esposo o cónyuge que lo imposibilitan para poder procrear: la impotencia, la esterilidad o ambas. Si éste es impotente pero no estéril y ha accedido en la extracción de su semen para ser practicada la inseminación, entonces, se le acreditará la paternidad. Sin embargo, se afecta el

20 Cf. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, *op. cit.* p. 642.

21 *Ibidem*, p. 461.

22 Cf. ZANNONI, Eduardo, *op. cit.* pp. 45, 46.

principio de la presunción de la paternidad legítima que recae en la pareja de la mujer que concibió al hijo.

Si uno de los fines del matrimonio, además de la procreación, es el mantener relaciones sexuales exclusivas entre los cónyuges (o concubinos) puede darse el caso en que el marido desconozca la paternidad del menor por razón de impedimento material para mantener relaciones sexuales con su esposa durante el periodo legal de la concepción. En este caso la esposa puede acreditar que la fecundación se obtuvo mediante inseminación artificial con esperma del marido,²³ aún cuando haya sido alegada, por parte del esposo, la imposibilidad material de cohabitar con su mujer.

El artículo 325 del Código Civil menciona que el marido puede desconocer a los hijos cuando demuestre que durante los primeros ciento veinte días de los treientos que precedieron al nacimiento, le fue físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer. Quizá habría que agregar una excepción a éste artículo cuando el hecho que demuestra ese impedimento haya sido superado mediante la inseminación artificial o cualquier otro procedimiento.

c.2) Inseminación artificial homóloga realizada *post mortem*.

Se presenta cuando la mujer desea ser inseminada con el semen de su pareja después de la muerte de éste gracias al depósito de espermias que se realizó con anterioridad y de la fecundación *in vitro* con el óvulo conservado de la mujer y el semen de su pareja, después de que ella muere.²⁴ La práctica se desea con mayor frecuencia cuando muere el hombre y la mujer ha quedado sola y sin descendencia de su pareja. En estos casos, la mujer quiere ser inseminada

²³ *Ibidem*, p. 31.

²⁴ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., *La familia en el Derecho, relaciones jurídicas paterno filiales*, Segunda edición, Porrúa, México, 1990, p. 26.

o fecundada con el semen de su esposo o concubino cuando aquel en vida dejó en un banco de semen congelado la información genética de su persona.²⁵

La certeza de un hecho natural se convertiría en algo totalmente ambiguo. En consecuencia, los alcances de la filiación serían otros pues se abriría la posibilidad de extender el término de los trescientos días posteriores a la disolución del matrimonio para estimar que el nacimiento de un menor, en este caso, pueda ser considerado como hijo de sus progenitores.

Donde la inseminación artificial *post mortem* no procede, simplemente implicaría la destrucción del material genético en el momento del fallecimiento del marido. Quizá la viuda podría pedir la recuperación de ese material o bien donarlo para casos de parejas que lo requirieran. En este sentido, el derecho se mantendría estable y claro en sus preceptos. No habría cambios esenciales en la normatividad ni en los conceptos. Más adelante se tratará el precedente de este tipo de inseminación con el conocido caso *Parpalaix*.

d) Modalidades de la inseminación artificial heteróloga.

Se presentan dos variantes como grados de intervención de terceros con la inseminación por conveniencia o la inseminación confusa o mixta.

d.1) Inseminación artificial de conveniencia.

Se le llama *inseminación artificial de conveniencia* aquella que reclama la mujer que no desea un padre para su hijo. La idea planteada es el rechazo al rompimiento de los esquemas patriarcales de la familia sin tener en cuenta el

²⁵ En algunas situaciones el marido tuvo la precaución de almacenar su semen en el caso de que sufriera alguna operación quirúrgica y quedara estéril. Sin embargo, después de su fallecimiento habría que interpretar la intención que tuvo de utilizar esos elementos para la inseminación artificial de su esposa. Cf. VILLENAS CUADROS, F., "Sobre la inseminación post-mortem" en *Revista Internacional de Derecho Contemporáneo*, No. 2, Bruselas, 1985. p. 65.

derecho a la maternidad. En este sentido, concebir una familia monoparental cambia la imagen que se ha tenido sobre la integración familiar. Por consiguiente, ello implicaría un giro y una diferente visión de los esquemas sociales donde la presencia de un padre ha servido para consolidar un concepto de familia y de sociedad.

Recientemente las mujeres, en particular las solteras, desean la maternidad y reclaman por el proceso de ser inseminadas. Pero 'en materia de procreación asistida el primer principio a respetar es ayudar a parejas estériles' y no se permite la inseminación de la madre soltera por respetar el derecho del menor a tener sus dos padres,²⁶ lo que significa la idea de un rechazo a la familia monoparental.

Generalmente en Europa es deseada esta variante por parejas de lesbianas.

En España se ha propugnado el derecho de la mujer sola a ser inseminada artificialmente, incluso con cargo a los presupuestos de la Seguridad Social.²⁷ En Francia, la mayoría de especialistas de la infancia, consideran que no es admisible ayudar a una mujer que desea, sean cuales sean los motivos, crear una familia monoparental. La madre daría nacimiento a un 'medio huérfano' que no tendría más parientes que los de su madre si ésta fallece y si no existieren, se tendría que recurrir a un centro de asistencia para menores.

Lledó Yagüe opina que sólo las parejas casadas deberían ser beneficiadas por este tipo de técnicas para mantener la estabilidad que institucional, formal y objetivamente comporta el vínculo conyugal.²⁸

26 Cf. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, *op. cit.* pp. 464-65.

27 Cf. VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p. 147.

28 Cf. Lledó Yagüe, en la ponencia "La genética actual y el Derecho de familia, Tapia, octubre 1987, en VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p. 126.

Aproximadamente se estima que 300,000 niños han nacido bajo esta concepción y 30,000 más son esperados cada año. En 1987 aproximadamente 172,000 mujeres experimentaron la inseminación artificial.²⁹

d.2) Inseminación artificial mixta o confusa.

Una tercera variante, que en realidad se considera dentro de la misma inseminación heteróloga dada la presencia del elemento externo que es donado, es la inseminación artificial confusa, mixta o combinada. En esta categoría se hace la mezcla de espermatozoides de dos ó más personas, es decir, del cónyuge o concubino de la mujer a inseminar y de uno o varios donantes.

En este caso, se utiliza una mezcla de espermatozoides de dos o más personas, usualmente del marido o cónyuge de la mujer que va a ser inseminada y de uno o varios donantes.³⁰

El objeto es dar mayor legalidad a esta práctica dado que abre la posibilidad a la pareja de la mujer de considerarse el padre del hijo, o suponer que tal vez lo sea³¹. La figura del donante es decisiva ya que al aplicar esta modalidad se tuvo certeza de que los espermatozoides del marido no eran lo suficientemente fértiles; pero una vez combinados con los de un donador, se da la esperanza de la concepción con alguno de ellos.

El problema que surgen con estas prácticas es en el caso psicológico; el hijo estaría interesado en investigar -si se entera de la heteroinseminación- la identidad del padre genético. Las mujeres inseminadas lo han intentado cuando a

29 Cf. GORDON, Linda, *Woman's body, woman's right, birth control in America*, Penguin Books, New York, 1990. p. 464.

30 Cf. SOTO LAMADRID, Miguel, *op. cit.* pp. 22, 23.

31 *Idem.*

veces se mezcla el semen de varios hombres o se procura por todos los medios el anonimato del donador.

El principal objetivo es ofrecer a éste último la ilusión de que quizás uno de sus propios espermatozoides sea el que fertilice el huevo.³²

e) Procedimientos para realizar la inseminación artificial.

Se conoce la existencia de bancos de conservación de espermatozoides humanos, y de embriones, lo que se conoce como criopreservación.

e.1) Conservación del espermatozoides por congelación.

El espermatozoides se conserva en nitrógeno líquido. Se selecciona el espermatozoides para que sea diluido en un medio crioprotector variable. Después de 30 minutos se acondiciona en laminillas cerradas de 0.25 ml, las que se cierran por el polvo de albúmina y se les numera con un solo color. Las laminillas se colocan verticalmente en un contenedor de nitrógeno líquido a -196° C. Para que esto se pueda llevar a cabo, es necesario que en la prueba de descongelación haya por lo menos un 20% de espermatozoides móviles en trayecto directo en el espermatozoides descongelado.³³

e.2) Centros de conservación de espermatozoides humanos (CECOS).

En Francia existen veinte Centros de Estudios de Conservación del espermatozoides humano (CECOS) creados desde 1973 que utilizan exclusivamente espermatozoides congelados. Esta práctica es utilizada por ciertos países como Suecia y Canadá porque la tasa de éxito es mayor.³⁴ En España, en la Proposición de Ley

³² *Ibidem*, p. 27.

³³ Cf. SHERMAN, "Intérêt de la congélation du sperme en vue d'IAC", *Comptes-rendus du premier symposium international sur l'IAC et l'hypofertilité masculine*. Bordeaux 6-7, mayo, 1978, p. 132 en HEELEIN, Susanne, *Contribución al estudio de la Inseminación artificial con espermatozoides del cónyuge*, UNAM, México, 1991. p. 22.

³⁴ Cf. RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.* p. 461.

publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, en el artículo 10 establece que el semen podrá criopreservarse en Bancos de gametos autorizados durante un tiempo máximo de cinco años. No así los óvulos con fines de reproducción asistida, en tanto no haya suficientes garantías sobre su viabilidad después de su congelación.³⁵

Se tiene conocimiento de estos centros desde 1943 en los Estados Unidos de Norteamérica que utilizaron el esperma fresco o conservado por un tiempo corto. Actualmente se considera que es más ventajoso tener semen congelado que semen fresco por las siguientes razones:

1. mayor disposición de semen en caso de ausencia de donante,
2. tiempo suficiente para analizar las muestras y así poder seleccionar el sexo del hijo,
3. almacenamiento, acumulación y concentración de muchas muestras del marido para poder incrementar el número de espermatozoides progresivamente móviles,
4. tratamientos in vitro de esperma de baja calidad que pueda ser utilizado en inseminaciones artificiales adecuadamente sincronizadas,
5. preservación de semen antes de una vasectomía o antes de una terapia quirúrgica, química o radiológica por problemas de cáncer,
6. un examen microbiológico del semen para detectar enfermedades que se transmiten por vía sexual.³⁶

e.3) El caso *Parpalaix*.

Se dio el conocido caso *Parpalaix* de la viuda francesa, Corinne Parpalaix, quien solicitó judicialmente que se le devolviera el esperma congelado de su marido Alain, muerto en 1983 de cáncer en los testículos.³⁷ Demandó a los CECOS por no haber sido inseminada con el semen depositado por su marido fallecido.³⁸ A consecuencia de ello, en 1984, el Tribunal de *Grande Instance* de

35 Cf. VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.*, p. 130.

36 Cf. ZIPORYN, Terra, "Inquietudes médico sociales sobre la reproducción humana artificial", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 13, No. 2, Santiago, 1986, p. 290.

37 Cf. CARDENDAS, Carlos, *op. cit.* p. 20.

38 Cf. VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p. 147.

Créteil resolvió favorablemente la solicitud. Se practicó la inseminación pero no habían suficientes espermatozoides para que ella lograra el embarazo.

La decisión consistió en restituir el espermatozoides porque la naturaleza jurídica de los acuerdos entre el señor Parpalaix y el CECOS eran lícitos y la "cosa" no era destinada al comercio; sino que la secreción que contenía el germen de la vida era destinada a la procreación humana.³⁹ El criterio del Tribunal estableció que el contrato había creado en CECOS una obligación de conservación y de restitución del donante, o de entrega a aquella persona para quien el espermatozoides estaba destinado y que

*...ni las condiciones de conservación o de entrega del espermatozoides de un marido fallecido, ni la inseminación de su viuda están prohibidas, ni siquiera organizadas por un texto legislativo o reglamentario. Por otra parte, estas no contrarían el derecho natural ya que uno de los fines del matrimonio es la procreación...*⁴⁰

Finalmente el Tribunal que resolvió la situación de la señora Parpalaix decidió no permitir dicha práctica y consideró que no era apropiado permitir que las viudas fueran inseminadas con el semen de sus esposos fallecidos.

Existe una ley australiana que autoriza la inseminación *post mortem* hasta el sexto mes después de la muerte del cónyuge, pero que no es admitida en la ley sueca entrada en vigor del 1o. de marzo de 1985.⁴¹

Afortunadamente son escasas este tipo de situaciones donde las mujeres desean concebir hijos de personas fallecidas. Los problemas jurídicos que se presentarían de la inseminación artificial homóloga *post mortem* es la concepción y/o nacimiento del hijo después de la muerte del marido.

39 Cf. LOI, Marie Leonarda, *op. cit.* p. 102.

40 *Ibidem*, p. 103.

41 *Ibidem*, pp. 106, 109.

Este precedente es un ejemplo de los alcances a los que se puede llegar con el uso de estas nuevas formas de asistir la procreación.

CECOS ha atendido a las madres mediante tratamiento psicológico para desaparecer en ellas el deseo de hacerse inseminar, aspecto que ha logrado que las demandas presentadas contra dicho Centro hayan disminuido o no sido continuadas.⁴² La decisión de los tribunales franceses en estos casos es de obligar a los Centros la devolución del esperma a la viuda.⁴³

La proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida admitía en su artículo 10,8 la inseminación intracorporal homóloga en los gametos o pre-embriones para ser utilizados *post mortem* de uno de los miembros en el supuesto que la pareja fallecida de la mujer hubiere consentido por escritura pública o testamento que su material reproductor pudiera ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer, tal generación produciría los efectos legales que derivan de la filiación matrimonial. No en otro caso.⁴⁴

El Comité *Ad hoc* de expertos en bioética (CAHBI-AD HOC) no recomienda la utilización de gametos de personas muertas para fines de procreación artificial.⁴⁵

f) Requisitos para realizar la inseminación artificial.

En Francia, CECOS, establece ciertos requisitos para poder donar espermatozoides. Entre los cuales se encuentran la gratuidad de la donación,

42 Cf. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. *op. cit.* p. 642.

43 Cf. VIDAL MARTINEZ, Jaime. *op. cit.* p. 130

44 Cf. BARBERO SANTOS, Marino. "Ingeniería genética y fecundación asistida: consideraciones político criminales", en *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 13, No. 44, mayo-agosto, Bogotá, 1991. p. 179.

45 Cf. BARRAGAN, Patricia, "La reproducción humana asistida: marco jurídico", *JUS*, No. 3, diciembre, Durango, México, 1991. p. 4.

límites de la donación de gametos, antecedentes sanguíneos o clínicos del donador, el secreto de la donación.

f.1) La gratuidad en la donación.

La donación del esperma es un don de 'pareja a pareja', la gratuidad es la regla porque permite respetar el principio en que el cuerpo humano está fuera del comercio⁴⁶. Establece que las fuerzas genéticas no pueden ser objeto de algún contrato (por lo que la donación excluye toda idea de ser remunerada). Es por ello que el sistema para obtener semen consiste en que los interesados deben persuadir a algunos amigos para que hagan una donación al banco de esperma y así evitar el riesgo de tener pocos donantes.⁴⁷

En España se abonan pequeñas cantidades de dinero que podrían estimarse como la manera de compensar gastos, y que se justifican con el depósito que se hace para cubrir la crioconservación.⁴⁸

f.2) Historial clínico del donador.

Otro requisito, además de la gratuidad de la donación⁴⁹, es que los donadores no deben disimular u ocultar, cualesquiera que fueren, sus

46 Un artículo publicado por la Prensa Asociada en *The News World* del 27 de marzo de 1992, dice que el gobierno francés, enfrentando cuestiones éticas derivadas de los avances médicos, ha establecido un código que restringe la inseminación artificial heteróloga y prohíbe la venta de órganos. Sólo se permite que por medio de la Corte se hagan pruebas genéticas para determinar los progenitores de una persona. Se considera que la propuesta de estas reglas es de lo más clara y avanzado por alguna nación respecto a la ética biomédica. El diario *Libertation* comenta que estas normas definirán la relación entre ciencia, moral y filosofía para fortalecer la protección del individuo. Este código, se espera, prohibirá 'cualquier operación que envuelva al cuerpo humano o un producto de éste en casos en que la ley no establezca lo contrario'.

47 Cf. Warnok Report, punto 4.27 en BOZA, Beatriz, "Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del derecho: reflexiones en torno a la reproducción humana asistida" en *Derecho*, No. 45, diciembre, Lima, 1991. p. 25.

48 Cf. VIDAL MARTINEZ, Jaime, op. cit. pp. 128, 130.

49 Solo La Madrid plantea "si estas sustancias pueden estar en el comercio, es decir, si pueden transmitirse por vía gratuita u onerosa, ya que 'estar en el comercio' no es un término mercantilista, sino que hace referencia al tráfico jurídico, a la posibilidad de que una cosa emigre de un patrimonio a otro. Por lo que toca a los gametos y, con el debido respeto, a los embriones humanos separados del organismo, no existe ningún impedimento físico para que los particulares se apropien de ellos. Su naturaleza no impide, pues, que estén en el comercio...Las legislaciones sobre trasplantes que sólo permiten la cesión gratuita de estos elementos...en realidad están permitiendo, aunque en forma restringida, el comercio jurídico de estas piezas y tejidos anatómicos; prohíben su venta, es decir, los declaran intransmisibles por vía onerosa, pero no impiden realmente su comerciabilidad, puesto que la donación es una forma de transmisión jurídica, y todos sabemos que sólo pueden donarse las cosas que forman parte de nuestro patrimonio". Cf. SOTO LAMADRID, Miguel, op. cit. p. 288.

antecedentes. Los donadores deben ser casados⁵⁰ y padres de familia para evitar los casos de donación de aquellos que desean sólo comprobar su fecundidad.

f.3) Límite de donación de espermias de un mismo donador.

En principio, los espermias de un mismo donador sólo pueden ser utilizados para cinco embarazos con el fin de evitar riesgos de consanguinidad⁵¹ ya que un solo donador podría engendrar 156 hijos cada año. Se dió el caso de un médico residente de la Universidad de Georgetown que donó esperma para fecundar a 33 mujeres en el Distrito de Columbia.

La Sociedad Norteamericana de Fertilidad fija un límite de 15 hijos por donante en embarazos con alumbramiento exitoso en todo el Estado; pero sólo se aceptan 5 donaciones de un mismo donador de esperma en una misma localidad pequeña. El objeto es evitar posteriores relaciones consanguíneas, es decir, entre medios hermanos.

f.4) El secreto de la donación.

Actualmente se debate sobre la cuestión del secreto. Por un lado se piensa que para poder ayudar en la integración familiar de las personas que se someten a la inseminación artificial, lo más adecuado tanto para la pareja como para el menor, es desconocer cualquier dato sobre la persona que hizo la donación del material genético. Pero por otro lado, se considera que es muy importante para esa familia que se está integrando, tener conocimientos respecto al historial clínico del donador, pues de esta forma se podrían tomar decisiones y tener control médico de aquellas enfermedades que son hereditarias.

50 En España la única consecuencia adicional que se puede añadir a la situación de casado del donante, cuando no contaba con el consentimiento del cónyuge, era su apreciación como violación grave de deberes conyugales, y, por ende, causa de separación. Cf. VIDAL MARTINEZ, Jaime *op. cit.* p. 124.

51 Cf. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline *op. cit.* p. 462.

Se plantea que el secreto es una construcción *ad hoc* que se aparta de la normativa vigente en relación con la protección de la intimidad de las personas.⁵²

En Suecia, una ley del 1º de marzo de 1985, decide que los donadores de espermias sean mencionados en los documentos administrativos para que los menores nacidos por este método tengan acceso, si lo desean, a su mayoría de edad. Con esto se pretende que cada uno conozca sus orígenes sin importar la rareza de los donadores o bien, que el conocimiento del donador ayude a la medicina preventiva y permita cuidar y curar la predisposición a enfermedades del menor a nacer.

Los psicólogos que trabajan en CECOS consideran prudente no decir al hijo la verdadera identidad del donador; pero revelar progresivamente respuestas sólo a las preguntas que él haga para que ame a su padre social como si fuera su padre biológico.

f.5) El consentimiento de la pareja.

Son criterios sobre el reconocimiento y la impugnación de la paternidad del hijo nacido mediante la inseminación artificial heteróloga. Por un lado existe la postura sobre la legitimidad del hijo que nace de la inseminación artificial dentro del matrimonio o concubinato, cuando éste existe; y por otro lado, la postura de la impugnación y no reconocimiento de ese hijo como legítimo cuando no hubo el previo consentimiento del hombre para que se realizara dicha práctica.

CECOS considera que el consentimiento del padre es importante para poder llevar a cabo la inseminación. Exige que la pareja que desea ser inseminada sea casada porque en caso de desconocimiento de la paternidad el

52 Cf. VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.*, p. 134.

marido puede hacerlo en el término de seis meses, mientras que el concubino puede declarar su desconocimiento durante los diez años.⁵³

En Argentina la única manera en que el marido puede ejercer acciones para desconocer la paternidad es cuando la inseminación heteróloga ha sido practicada sin su consentimiento aun cuando hubiera la posibilidad material de tener relaciones sexuales en el periodo legal de la concepción.⁵⁴

En el Derecho español vigente, los hijos habidos por mujer casada se atribuyen en principio al marido. El marido puede impugnar la paternidad del hijo si se le atribuye una que no le corresponde, como sería en el caso de la inseminación artificial con semen de donador, al igual que si hubiese sido fruto de un adúlterio.⁵⁵

Vidal Martínez considera que es necesario el consentimiento de la pareja de la mujer para poder atribuirle la paternidad legal del hijo habido por ella. Que el consentimiento que pudo haber prestado la pareja de la mujer, en favor de la inseminación, no tiene, a su juicio, virtualidad para impedirle, posteriormente impugnar su paternidad ficticia.⁵⁶ en el sentido de ser una paternidad que no existe y no se desea.⁵⁷ En este supuesto, a la pareja de la mujer se le podría exigir una indemnización si con anterioridad consintió en asumirla.

Cuello Calón dice⁵⁸ que debe existir represión penal si una mujer se insemina con semen de un donador y no hubo consentimiento del marido para

53 Cf. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline *op. cit.* p. 463.

54 ZANNONI considera que esta conducta de acción (haberse realizado la inseminación) o de omisión (no haber consultado al cónyuge) constituye el delito de adúlterio (denominado también como adúlterio casto). Cf. ZANNONI, Eduardo *op. cit.* p. 32.

55 Cf. VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p. 150.

56 *Ibidem*, pp. 149-150.

57 *Idem*.

58 Cuello Calón argumenta diciendo que: "...de igual modo que cuando una adúltera concibe por obra de su correo; en ambos casos la diferencia está en la manera de efectuarse la concepción, pero en ambos entran clandestinamente en la familia elementos extraños originando incalculables perjuicios". Cf. CUELLO CALON, Eugenio, *Tres temas penales: El aborto criminal, el problema de la eutanasia y el aspecto penal de la fecundación artificial*. Bosh, Barcelona 1955. p. 194-196, Cf. en FLORES,

ello, dado que se considera una ofensa al esposo o concubino, a quien se le está imponiendo una paternidad no verdadera.

El principio de paternidad legítima implica, en estas circunstancias, sólo el hecho biológico o genético de la procreación dado que, en este caso, la voluntad procreacional del cónyuge está sometida a un hecho externo a él.⁵⁹ Y se entiende que

...la disociación deliberada entre la paternidad biológica y la legal no atiende a los intereses del hijo...⁶⁰

La idea principal es que en la inseminación artificial heteróloga, el elemento fundamental en la pareja, es el consentimiento, es decir, la voluntad mutua de la pareja para concebir un hijo por estos medios. De otro modo, traería como efecto el desconocimiento del hijo y en todo caso podría ser motivo para la disolución del matrimonio.

Es por ello la necesidad de legislar, en este caso, para que ni el marido, ni la mujer, ni el donante del semen tengan legitimación para impugnar la paternidad atribuida al marido, sino que sea el hijo quien goce de esa posibilidad. Y en tal supuesto, se debería persistir la paternidad legal asumida por el consentimiento y entonces la filiación habría de quedar sometida a lo que sería la adopción.⁶¹

II. La procreación asistida *in vitro*.

a) Presentación del tema

La fecundación artificial es otro método de las técnicas de procreación asistida. Requiere mayor costo que la inseminación artificial. En este caso la

Fernando, "La inseminación artificial y sus efectos en el Derecho Civil mexicano con un proyecto de legislación estatal". *Ensayo para el Concurso Anual de Investigación Jurídica Dr. Honoris Causa Abelardo A. Leal*, Nuevo León, México, 1968, p. 17.

59 Cf. ZANNONI, Eduardo *op. cit.*, pp. 34, 35.

60 VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p. 148.

61 Cf. Montés Penadés ponencia presentada en el II Congreso Mundial Vasco: "El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana", en VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p. 132.

inseminación se realiza fuera del claustro materno. Se extrae el óvulo de la mujer y se le 'baña' con semen dentro de una bandeja de vidrio.⁶² La concepción del embrión ya no se realiza dentro de la mujer sino en el exterior con el uso de las 'probetas'. Se trata de mejorar las condiciones de unión de los gametos como del desarrollo de los mismos en un ambiente no natural sino artificial.

a.1) La fecundación artificial.

La fecundación artificial extracorpórea *in vitro* o 'bebe probeta' es una técnica mediante la cual se provoca el encuentro del óvulo de la madre fuera de su cuerpo, con el esperma de padre.⁶³ Es la posibilidad de congelar embriones humanos sin que pierdan la esperanza de vida.⁶⁴

Se dice que la fecundación *in vitro*

*...consiste básicamente en reproducir, con técnicas de laboratorio, el proceso de fecundación del óvulo que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio, cuando obstáculos insuperables impiden que este fenómeno se realice intra corpore.*⁶⁵

a.2) Antecedentes de la fecundación artificial.

La práctica comenzó con animales. Se tienen del siglo pasado algunos conocimientos remotos sobre ectogénesis (gestación en tubo de ensayo) realizada en conejos. En el siglo XIX, Schenk fertilizó artificialmente óvulos de coneja en un tubo de ensayo. Posteriormente los científicos Austin, Blandau, Chang, Pavlok y otros, perfeccionaron la utilización *in vitro* de animales.⁶⁶ En los años 40 y 50 se lograron fecundaciones *in vitro* pero no se pudo prolongar la vida del embrión más de cinco o seis días. Pero en realidad las primeras prácticas

62 Cf. FLORES, Fernando, *op. cit.* p. 7.

63 Cf. VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p. 155.

64 *Ibidem* p. 158.

65 SOTO LAMADRID, Miguel, *op. cit.* p. 33.

66 Cf. CARDENAS, Carlos, *op. cit.* p. 22.

realizadas con el método de fecundación extraterina las realizaron Merkin y J. Rock. Ellos fertilizaron con espermatozoides un ovocito extraído de las trompas de Falopio de una mujer.⁶⁷

Se conoce el caso del primer bebé de probeta nacido entre el 25 ó 26 de julio de 1978 en un laboratorio del Hospital General de Oldham, Inglaterra. Lesley Brown, inglesa de 32 años, es conocida como la madre de Louise Joy Brown, el primer "bebé de probeta" en el mundo. Lesley Brown fue concebida fuera del seno materno mediante la fecundación de su óvulo.⁶⁸

El problema de la señora Brown fue esterilidad por obstrucción de las trompas de Falopio. Se le extrajo un óvulo maduro que fue fecundado *in vitro* con esperma de su esposo, John Brown. El huevo o cigoto fecundado fue implantado en el útero donde se cumplieron en forma exitosa las etapas de desarrollo fetal con un bebé de 2, 300 kgs.

Este acontecimiento se realizó por los doctores Patrick Steptoe, ginecólogo, y Robert Edwards, fisiólogo.⁶⁹ El doctor Edwards planteó la posibilidad de investigar al embrión hasta el catorceavo día de su vida, cuando se ha desarrollado el tubo neural y la aparición de los órganos de los sentidos.⁷⁰

67 *Ibidem*, p. 24.

68 Cf. ZANNONI, Eduardo, *op. cit.* p. 19 y Cf. SOTO LAMADRID, Miguel, *op. cit.* p. 35.

69 Cf. ZANNONI, EDUARDO, *op. cit.* p. 20.

70 Posteriormente, a partir de aquel suceso se dio origen a más nacimientos de este tipo; el 3 de octubre de 1979 nació en Calcuta, India, el niño Durga Agarwal, después de haber mantenido los médicos el óvulo congelado 53 días. En Jerusalén nacen los primeros trillizos de probeta. En 1983 nace en Inglaterra Clare Fareswaw, primer bebé gestado *in vitro* por un matrimonio mixto: una inglesa rubia y un jamaicano negro. Posteriormente se dio el caso del nacimiento en Londres de quintillizos. En España, El 12 de julio de 1984, en el Instituto Dexeus de Barcelona, nace Victoria Ana, cuyo nombre fue asignado como una expresión de agradecimiento a la bióloga Anna Veiga y la victoria que representó para los padres de la niña el logro de su nacimiento. Después, en ese laboratorio nacen los primeros gemelos fecundados en de esa manera. En 1984 nace en California, Doron Blake, primer bebé procreado con semen de un donante premio Nobel. También está el caso de la señora Pat Anthony que gestó tres embriones originados en una fecundación *in vitro* de óvulos de su hija y esperma de su yerno. En 1992 nace el primer beduno cuya madre cuenta con solo 20 años y el padre 65. Cf. CARDENAS, Carlos, *op. cit.* pp. 21, 25, 26, 29.

En 1984, en Australia, se dio el caso único de unos embriones congelados, que se hallaban en el Centro Médico de la Reina Victoria en Melbourne, producto de una fecundación extrauterina con óvulos de una mujer casada con semen de un tercero. Desgraciadamente, después de haber sido lograda la fecundación, los esposos interesados en ella, Mario y Elsa Ríos, de nacionalidad chilena, sufrieron un accidente de aviación donde ambos fallecieron.

El matrimonio en vida había expresado su intención de utilizar el útero de otra mujer para la gestación de los embriones debido al impedimento de la esposa para ello. Se supo que el esposo había tenido un hijo de su anterior matrimonio.

El Centro Médico informó en 1984 que los embriones congelados, en ese momento ya huérfanos, serían dados en adopción e implantados para lograr su desarrollo y nacimiento en el útero de una mujer pues no se habían mencionado instrucciones por parte de los padres, de la posibilidad de destruirlos en caso de necesidad y no existía alguien más que decidiera al respecto. En consecuencia, la Cámara Alta del Parlamento del Estado de Victoria, aprobó una ley destinada a resolver el problema. El 13 de mayo, después de haber permanecido dos meses el embrión congelado, nace Zoe Leyland.⁷¹

En febrero de 1986 nacieron en el hospital Antoine Béchère la primera niña y el primer niño en Francia después de haber pasado uno o dos meses en estado de congelación. Según la Secretaría de Salud de Francia, más de una centena de Centros practican este método.

Respecto a América Latina, nace una venezolana, Carolina Herrera mediante una fecundación realizada en los Estados Unidos,⁷² y en 1986 se

71 Cf. VAZQUEZ, Rodolfo, "Algunos aspectos de la genética actual y su valoración" en *Estudios: Filosofía, Historia, Letras*. I.T.A.M. No. 16, primavera, México, 1989, p. 109.

72 Cf. SOTO LAMADRID, Miguel, op. cit. p. 35.

anuncia en Argentina el logro de los primeros tres embarazos como también el nacimiento de los primeros trillizos en 1987.⁷³

Se estima que fueron más de tres mil el número de niños en el mundo concebidos de ésta manera en el año de 1986⁷⁴ y que hasta el 31 de diciembre de 1988, en los Centros agrupados se lograron 6,486 niños mediante el método de fertilización *in vitro*.

a.3) Principales causas por las que se realiza la fecundación artificial.

Cuando los problemas de esterilidad e infertilidad⁷⁵ se dan en la mujer, a ella le corresponde una doble responsabilidad: la de producir gametos propios (acercarlos al lugar del encuentro con el espermatozoide) y realizar el proceso de gestación desde la fecundación al parto.⁷⁶

Se realiza la fecundación *in vitro* cuando las mujeres presentan los siguientes padecimientos:

1. obstrucción de las trompas de Falopio (pero con la ovulación y capacidad de gestar)
2. trastornos en la ovulación, no susceptibles de corrección alguna (la solución es obtener la donación de un óvulo ajeno o de un embrión residual de otra pareja)
3. lesiones en el cuello del útero y alteraciones en el moco cervical (por la patología del endometrio, las malformaciones uterinas, la patología

73 Cf. Artículo aparecido en el Diario *La Nación*, Buenos Aires, 7 de agosto de 1986 en: CARDENAS, Carlos. *op. cit.* p. 27.

74 Cf. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, *op. cit.* p. 467.

75 Cf. Se entiende por esterilidad en sentido estricto, la incapacidad para crear gametos e infertilidad la incapacidad para concebir, es decir, para retener el embrión en la matriz. SOTO LAMADRID, Miguel, *op. cit.* p. 42,43

76 *Ibidem*, p. 34.

tumoral, la incapacidad de la mujer para retener el cigoto y sobrellevar la gestación). En estos casos se recurre al arrendamiento de útero.⁷⁷

4. oligospermia del marido (reducido número de espermatozoides),
5. esterilidad de origen mixto (rechazo de las células germinales de un miembro de la pareja por el otro),
6. de tipo idiopático (por causas desconocidas).⁷⁸

b) Etapas en el proceso de la fecundación artificial.

Se opina que son tres las etapas en las que puede llevarse a cabo la fecundación y que éstas dependen según:

1. Las fuentes de los gametos (espermatozoides y óvulos). Pueden los gametos del esposo o la esposa ser reemplazados por los de otros.
2. La fertilización de los gametos (origen del embrión). Puede la fecundación realizarse fuera del organismo de la esposa.
3. Lugar de proceso del desarrollo del embrión (preñez o embarazo).

El proceso del desarrollo fetal puede hacerse en un lugar distinto del útero de la esposa.⁷⁹ La gestación es genética si se lleva a cabo dentro del útero de la madre o agenética si se practica en el útero de otra mujer que no es la que produjo el óvulo fecundado.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 38.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁹ Cf. SEGUIN, Carlos Alberto "Sobre la reproducción humana", *Dominical*, Diario el Comercio, 19 de enero, Lima, 1986, en: CARDENAS, Carlos, *op. cit.* p. 10.

b.1) Clasificación de la fecundación artificial según los aspectos biológicos del desarrollo.

Tomando en cuenta las etapas en las que se realiza la fecundación se le puede clasificar como fecundación artificial *in vivo* y fecundación artificial *in vitro*.⁸⁰ También va en función de la localización en que ésta se realiza y es ortotópica o ectópica (la fertilización se gesta en lugar distinto del órgano o situación natural).⁸¹

b.2) La fecundación *in vivo*.

Se llama fecundación *in vivo* cuando se realiza dentro del claustro materno y puede resultar de una inseminación artificial.

b.3) La fecundación *in vitro* o ectogénica.

Se llama fecundación *in vitro* o ectogénica cuando se lleva a cabo dentro de una probeta. Esta a su vez es la transferencia de intratubárica de gametos (TIG) o la transferencia de embriones (TE).

c) Modalidades de la fecundación *in vitro*.

La fecundación es la transferencia de los gametos o bien la transferencia de los embriones al útero materno.

c.1) Transferencia de gametos.

En los Estados Unidos de Norteamérica se ha desarrollado un nuevo método de fertilización denominado 'G.I.F.T.'.⁸² (*gamete intra fallopian transfert*) o

80 GALINDO GARFIAS, Ignacio, "La fecundación artificial en seres humanos, consideraciones generales" en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, U.N.A.M., Vol 40, Nos. 169, 170, 171, enero-junio, México, 1990. pp. 145-160.

81 Cf. VILLA CORO, Ma. Dolores, "Aspectos jurídicos de la fertilización *in vitro*", BICAM, 1965, en VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p. 155.

82 Cf. CARDENAS, Carlos, *op. cit.* p. 14.

transferencia intrafalopiana⁸³. Este método consiste en la introducción de los dos gametos en el interior de las trompas donde se producirá la fecundación, es decir, introducir los espermatozoides y el óvulo en las trompas de Falopio de la mujer, que a diferencia del sistema *in vitro*, permite que la fertilización se efectúe en la propia trompa, facilitando su posterior implantación en el útero para lograr la fertilización, desarrollo y alumbramiento natural.⁸⁴

c.2) Transferencia de embriones.

A la transferencia de embriones también se le conoce como F.I.V.T.E, y es la fertilización de óvulos con espermatozoides en un medio artificial y la posterior transferencia al útero de los embriones obtenidos.

c.3) Transferencia de cigotos.

Existe otro método denominado Z.I.F.T., transferencia intratubárica de cigotos, que es la combinación de la fecundación *in vitro* y el G.I.F.T donde los embriones se transfieren directamente a las trompas de Falopio y no al útero. En este caso, los cigotos se colocan en el lugar donde se realiza la fecundación natural, recorren parte del tracto tubario lo que permite el crecimiento necesario antes de caer en la matriz y lograr su anidamiento.⁸⁵

Se implanta el embrión en el útero hasta alcanzar su desarrollo completo en el nacimiento. Es la posibilidad de concebir extrauterinamente, obtener el embrión para ser posteriormente implantado en condiciones biofisiológicas y

83 Cf. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, *op. cit.* p. 847.

84 Cf. BARRAGAN, Vela Patricia, *op. cit.* p. 2.

85 Cf. SOTO LA MADRID, Miguel, *op. cit.* pp. 42, 43.

permitir el desarrollo fetal ulterior. Lo único artificial en este proceso es el medio donde se realiza la fecundación.

d) Clasificación de la fecundación *in vitro* según los sujetos que intervienen.

Se da la misma situación que en la inseminación artificial. Se tiene la fecundación *in vitro* homóloga y la fecundación *in vitro* heteróloga. Sin embargo, también se puede hablar de una fecundación *in vitro* "clónica".⁸⁶

d.1) Fecundación *in vitro* homóloga.

Es la misma situación que en la inseminación artificial homóloga.

Se fecunda con el óvulo y útero de la esposa y semen del marido;⁸⁷ o cuando la fecundación practicada a la esposa es con semen de su esposo fallecido (*post mortem*)⁸⁸

La única variante que se puede presentar es cuando el embrión va a ser implantado en el útero de otra mujer que no es ni la esposa ni la concubina a pesar de pertenecer el embrión a una pareja heterosexual. En ese caso habría un elemento heterólogo.

d.2) Fecundación *in vitro* heteróloga simple, con semen del marido o concubino.⁸⁹

En este caso la laguna que se crea en la fecundación *in vitro* heteróloga es sobre la figura materna. Se presenta la posibilidad en que el óvulo pueda

⁸⁶ En el capítulo anterior se habló sobre la clonación y las consecuencias que se originan con este tipo de avance científico.

⁸⁷ En Buenos Aires Argentina el Centro de Estudios en Ginecología y Reproducción (CEGYR) establece que los óvulos y espermatozoides pertenezcan al matrimonio, sin intervención de donantes. Cf. SOTO LAMADRID, Miguel, *op. cit.* p. 41.

⁸⁸ Surge el problema legal cuando el embrión es implantado en el útero materno y el hijo nace después de los treientos días del fallecimiento del esposo. Cf. VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p. 178.

⁸⁹ *Idem.* "En el caso de una pareja que mantiene una relación no matrimonial, la determinación de la paternidad reclamará adicionalmente el reconocimiento".

pertenecer a una tercera persona o bien, que el óvulo sea implantado en el útero de otra mujer, sin pasar de alto la posibilidad que tanto el óvulo como el útero no pertenezcan a la misma persona y que la maternidad pueda ser atribuida a otra. Entonces, "se hace factible una maternidad dividida cuando una mujer aporta el óvulo y otra gesta al hijo".⁹⁰

Se presenta cuando el útero pertenece a una tercera persona pero el óvulo pertenece a la mujer que desea la maternidad, o bien, mujeres que deseen tener un hijo sin soportar el embarazo se hacen extraer el embrión a los pocos días para ser implantado en el útero de otra mujer. El hijo será engendrado en la mujer contratada pero la información genética será de quien aportó el embrión.

Si la gestación se ha llevado a cabo utilizando un óvulo de otra mujer, el parto⁹¹ determinará la maternidad legal, y la paternidad por la presunción si la mujer estaba casada, o por el reconocimiento en caso contrario (Artículo 116 Código Civil español).⁹²

Puede también ser la mezcla del aspecto anterior pero en sentido inverso, es decir, con el óvulo de una tercera persona y para ser colocado en el útero de quien desea tener la maternidad. Se deposita el esperma del futuro padre en el útero de la mujer que dona el óvulo y después, ya fecundado, se retira para posteriormente ser depositado en la receptora;⁹³

Finalmente que tanto el óvulo como el útero pertenezcan a distintas mujeres y una desee ejercer la maternidad.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 158.

⁹¹ "Madre debe ser la que pare". Comentarios de DIEZ DEL CORRAL Y DIEZ PICAZO en VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p. 177.

⁹² *Ibidem*, p. 179.

⁹³ En 1983 en la Universidad de Harbor, California, en los Estados Unidos, se anunció el primer trasplante humano de una mujer a otra. Cf. SOTO LAMADRID, Miguel, *op. cit.* p. 42.

d.3) Fecundación *in vitro* heteróloga compleja.

Son cuatro situaciones:

Cuando la fecundación se realiza con el semen de un tercero y el óvulo de la esposa en el útero de ella.

Cuando la fecundación se realiza con el semen de un tercero y el óvulo de la esposa en el útero de otra mujer.⁹⁴

Cuando la fecundación se realiza con el semen de un tercero y el óvulo que no es de la esposa pero implantación del embrión en el útero de ella.

Y la fecundación extrauterina de un óvulo de la esposa adecuadamente conservado con el semen del marido, practicada después del fallecimiento de aquella (el embrión es implantado en el útero de una mujer que no es la esposa).

Se tiene un total de nueve posibilidades en la fecundación *in vitro* donde será necesario reconocer tanto la maternidad como la paternidad o ambas respecto al hijo. Se está hablando de las probabilidades del parentesco que pueden ser de tipo biológico, genético y social. Este tema será tratado en el siguiente capítulo.

d.4) Clasificación de la fecundación *in vitro* según sus fines.

La fecundación *in vitro* ha sido un gran adelanto para la ciencia y la medicina respecto a la solución de la esterilidad. Sin embargo, una vez rebasado el propósito por el cual fue pensada esta técnica de procreación asistida, la investigación y la tecnología no encuentran satisfecho ese propósito y dan otros usos a la fecundación *in vitro*. Estos usos son con fines de terapia y eugenesia. Se discute mucho sobre la materia debido a los aspectos éticos, morales y de

⁹⁴ En los casos en que la paternidad legal no coincide con la biológica, hay latente la posibilidad, poco verosímil en la práctica de que sea impugnada la paternidad por el hijo o, menos todavía por el padre biológico.

dignidad que son vulnerados. Por un lado, se cree que es un avance la tecnología que permite prevenir enfermedades en las futuras generaciones, y por otro lado, se cree que no es un propósito de ayuda a la humanidad mejorar la especie humana ya que podría ser un riesgo alterar la genética de los seres humanos al intentar su perfeccionamiento.

Además del uso de la fertilización *in vitro* como medio de ayuda para la procreación, también se ha usado esta técnica para realizar experimentos sobre la genética humana. Este hecho ha escandalizado a la sociedad en general tanto en lo moral, como en lo ético. Se dio el caso de un italiano de la Universidad de Bolonia, Daniele Petrucci, quien logró filmar la evolución de un embrión de sesenta días en un tubo de ensayo, sólo que su interés era observar caracteres de células que originaran malformaciones de tipo canceroso o de leucemia. Pero la Iglesia Católica repudió dicha experiencia y pidió la suspensión de la misma.⁹⁵

Fue necesario limitar ciertas investigaciones en la embriología. Profundos avances de estudio hacen posible el logro de cambios en la naturaleza del embrión al seleccionar caracteres genéticos o combinar células embrionarias. En la actualidad se habla de la existencia de un embrión híbrido en los Estados Unidos de Norteamérica. Una revista norteamericana comenta del escandaloso experimento logrado en un laboratorio donde se creó un embrión producto de la mezcla de un óvulo de chimpancé y espermatozoide humano. El embrión, se dice, logró un desarrollo de tres semanas. Este hecho muestra la delicadeza de este método.

El 2 de febrero de 1989 se aprobó por consenso, la recomendación 1.100 del Consejo de Europa. Ésta plantea que es necesario crear un equilibrio entre la

95 Cf. ZANNONI, Eduardo, *op. cit.* p. 22

libertad de investigación y el respeto a la dignidad humana inherente a toda vida. Se menciona en el Preámbulo, que las Ciencias Biomédicas y la Biotecnología no están impedidas de continuar sus avances y progresos, los cuales no pueden ser limitados sino basándose en principios deontológicos, jurídicos, éticos, culturales y sociales protectores de los derechos humanos y de la libertad del hombre como ser individual y social.

La Constitución española en su artículo 20 reconoce y protege el Derecho a la producción y creación científica y técnica. Esta debe respetar los derechos reconocidos en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia, como la dignidad de la persona, su vida, su integridad corporal, etc.⁹⁶

El Consejo Australiano de Investigaciones Médicas (*The Australian Medical Research Council*) ha establecido los siguientes parámetros para el uso del método de fertilización *in vitro*:⁹⁷

1. *El óvulo, el espermia y el embrión pertenecen a los donadores y las instituciones deben respetar en lo posible sus deseos respecto de su uso, almacenamiento y última voluntad.*⁹⁸

96 Cf. BARBERO SANTOS, Marino, *op. cit.* p. 176.

97 RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline menciona que un buen investigador continúa su búsqueda, cualesquiera que sean las trabas que le pongan, y si su país obstaculiza su trabajo, él irá al extranjero. Menciona que en el Décimo Segundo Congreso Mundial sobre la fertilidad y la esterilidad, que tuvo lugar en noviembre de 1986 en Singapur, hubo un proyecto sobre el cual los Senadores australianos se pronunciaron por establecer penas de prisión para aquellos que clonizaran o destruyeran los embriones humanos. Cf. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, *op. cit.* p. 459.

98 El Gobierno de la República Federal de Alemania pretendió disponer para 1991 una ley reguladora de la Ingeniería genética. España promulgó dos leyes al respecto: La del 22 de noviembre de 1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y la del 28 de diciembre de 1988, de Donación y Utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos que se ocupa de la donación y utilización de los embriones y fetos humanos, es decir, desde que existe una implantación estable en el útero. Esta ley completa a la del 27 de octubre de 1979 sobre Extracción y trasplante de órganos donde se regula la donación y utilización de los gametos o de los óvulos fecundados *in vitro* y en desarrollo, o embriones preimplantarios, con fines reproductores u otros. En ellas se prohíbe la creación de híbridos y la clonación y permite la investigación de embriones hasta el día 14. Cf. BARBERO SANTOS, Marino, *op. cit.* pp. 174, 175.

Es necesario en este sentido determinar los límites y alcances de la donación, especificar si el donador tiene aún derechos sobre el objeto genético que está donando y por cuánto tiempo. Se podría dar el momento de una reclamación de gametos donados una vez que estos fueran puestos a disposición de alguna pareja estéril, lo cual afectaría el derecho de procreación de esa pareja.

La posibilidad de aceptar el reclamo en caso de necesidad del donador por hacer suyo ese derecho si por alguna razón se ve imposibilitado en procrear, o bien, si el objeto genético de la donación es utilizado para otros fines que no sean los de satisfacer el deseo de una pareja imposibilitada en procrear, es decir, que el material genético sea utilizado para fines no humanos o que atenten la dignidad de la humanidad.

2. El programa debe ser aprobado por un comité ético oficial.

Un comité ético oficial se debería integrar por médicos de reconocimiento mundial. Ellos podrían conocer los alcances de la aprobación de este tipo de técnicas o métodos. Su experiencia profesional sería la base ética de partida. No sería el caso de los grupos dogmáticos que se sustentan en valores absolutos y que se hallan fuera de la realidad positiva del grupo social del cual se está hablando como lo serían valores militares (experimentos con fines bélicos), valores religiosos (cualquier grupo con inclinaciones particulares basadas en lecturas de tipo religioso), valores políticos (grupos fascistas o grupos con tendencia discriminatoria) y valores económicos (el manejo de la natalidad y población por cuestiones imperialistas).

3. Debe existir una relación familiar aceptable.

La base de la estabilidad social se sustenta en el núcleo familiar. Los matrimonios o concubinatos han sido protegidos por el Derecho civil. Existen ciertos riesgos de inestabilidad cuando se habla del concubinato en cuanto al reconocimiento de la paternidad, (en el caso de una fecundación heteróloga) dado que en algunos países se hace extensivo el término del no reconocimiento hasta después de diez años del nacimiento, mientras que en el caso de las parejas estables⁹⁹ el desconocimiento de la paternidad llega a ser hasta los seis meses. Es por ello que sería preferible que parejas casadas tuvieran acceso a este tipo de prácticas.

La estabilidad también sugiere de la protección y seguridad que el menor pueda recibir de sus padres. En este sentido, es importante el estado de salud, la condición mental y la edad de los mismos para hacerse cargo de las responsabilidades implícitas.

Tal vez cuesta trabajo aceptar una familia monoparental, donde la mujer ejerza su derecho a la maternidad.

4. Se admite implantar óvulos donados.

Se dan situaciones en que la mujer no cuenta con óvulos sanos, como es el caso de la información genética que transmite la hemofilia a los hijos varones. Esto representa un riesgo para la mujer y su descendencia, el cual es inevitable.

⁹⁹ Sin embargo, el artículo 7o, 2, de la Proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida tramitada por la Comisión de Política Social y Empleo y publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (B.O.C.G.) de España, el 27 de mayo de 1988 considera como parejas estables no casadas a la "pareja heterosexual que mantenga una relación similar al matrimonio, y asuma, respecto de los hijos, los derechos y obligaciones de aquel". La Proposición de Ley del 24 de noviembre de 1988 elimina la noción de 'pareja estable'.

La solución está en poder proporcionar esa información de manera sana y que pueda desarrollarse, si es posible, en el seno materno de quien desea ese hijo. El contacto biológico, entre la madre y el ser en gestación, produciría los mismos efectos psicológicos como si el óvulo empleado hubiere sido propio.

5. No se aceptan las madres 'alquiladas' o 'sustitutas'.

Las madres por sustitución son un grado de comercio del ser humano. Los contratos por concepto de gestación expresan que la naturaleza jurídica del contrato y del objeto del contrato son inválidos por que uno de los elementos esenciales, el objeto, está fuera del comercio. El cuerpo humano no debe ser un medio de lucro y tampoco lo debe ser cualquier tipo de información genética solicitada. No se debe comerciar con el cuerpo humano. La renta de útero implica aceptar que existe la posibilidad de negociar con los órganos humanos. Sin embargo, podría darse el caso que una persona de manera voluntaria y que por un interés a favor de quien desea tener el hijo, permitiera hacer uso de su útero sin ningún tipo de paga. Generalmente, en este tipo de situaciones se trata de alguna amistad o familiar que está dispuesta a proporcionar la ayuda.

6. Se prohíbe continuar el desarrollo embrionario in vitro.

La razón es evitar que se atente contra la dignidad del ser humano y que los científicos, fuera de cualquier orden ético y moral, hagan experimentaciones que tengan como finalidad averiguar maneras que alteren la información genética de la integridad humana. También puede darse el caso de usar los embriones humanos para averiguar el surgimiento y desarrollo de ciertas enfermedades aún no curables. En este sentido, el embrión sería utilizado como "conejiillo de indias" en los mal encausados experimentos y avances científicos.

Se dan casos en que los pre-embryones son utilizados con fines de experimentación (donación, partogénesis, fusión de preembryones entre sí, intercambio genético con otras especies, producción de híbridos, transferencia en el útero de otra especie animal, etc.) o para fines industriales.¹⁰⁰

El problema de la manipulación y experimentación con embryones se relaciona con la ingeniería genética. Con esta ciencia se abren posibilidades para determinar el sexo, color de ojos, nivel intelectual (IQ), contextura, estatura y raza del embryón, combinación entre gametos humanos y animales, gestación de embryones humanos en el útero de un animal, granjas de órganos con material 'embryónico' (*organ farms*), en donde se podrían producir hígados, tejidos cerebrales, riñones para quienes perdieron un riñón, o curar casos de cáncer de hígado y enfermos de parkinson.¹⁰¹

7. En caso de desacuerdo de los donantes sobre qué hacer con el embryón, debe decidir la Institución.

Este delicado asunto puede determinar la destrucción¹⁰² de los embryones. Si no existe acuerdo con los donantes, no se debe dejar sin solución el destino del embryón. La institución no debe tener total poder sobre éste aspecto a menos que exista la pronta implantación del embryón en el útero de alguna mujer. De lo contrario, se abre la puerta para hacer algún tipo de mercado negro en la materia y que estos fueran utilizados para experimentaciones que violaran la naturaleza humana. El donante tendría derecho a saber sobre el destino final de ese

100 Cf. VAZQUEZ, Rodolfo, *op. cit.* p. 115.

101 Cf. BOZA DIBOS, Beatriz, *op. cit.* pp. 83-84.

102 Se menciona el caso de los esposos Del Río que denunciaron al doctor Raymond Wiele, director del centro de obstetricia y ginecología del Centro Médico Presbiteriano de la Universidad de Columbia por haber destruido sin consultar a nadie, una probeta en la que su colega, el Dr. Shettles, estaba tratando de conseguirles a los esposos Del Río un hijo. El Dr. Raymond Wiele explicó que el Dr. Shettles no había sido autorizado por el Comité de Reproducción Humana para llevar a cabo la experimentación. Cf. CARDENAS, Carlos, *op. cit.* p. 26.

embrión y estar en desacuerdo sobre el uso que se le pudiera dar. Por ello, antes de entrar en discordia sobre el material genético, es mejor no tenerlo.

La manera actual de prevenir embriones sobrantes se logra limitando la fecundación al número de embriones necesarios para ser implantados. En el caso de la congelación, la pareja debe estar conciente de que todos los embriones le serán implantados. No se debe someter a los embriones a situaciones aleatorias.¹⁰³

También existen los siguientes ejemplos de uso que se le pueden dar a los embriones en caso de no ser fecundados:

I. En ciencia pura, es decir, el saber por el saber;

II. En medicina, para:

a) el tratamiento de embriones o fetos enfermos;

b) prevención de enfermedades hereditarias mediante la ingeniería sobre gametos;

c) la obtención de tejidos fetales para ser transplantados en personas enfermas, aplicación que implica matar al embrión, abortarlo en el momento más conveniente para el trasplante;

III. En farmacología para la observación de la reacción de embriones y fetos a diversos fármacos;

IV. En cosmetología, para obtener materia prima para la fabricación de cosméticos.

V. En la industria bélica, para la observación de la reacción de embriones y fetos a las armas químicas, biológicas, irradiaciones, etc.;

VI. Un renglón más que comprende la alteración genética o la producción de clones. quimeras, hombres neutros o hermafroditas verdaderos, hombres animales, y otras tantas posibilidades.¹⁰⁴

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ BARRAGAN Patricia, *op. cit.* p. 4

8. La clonación ("cloning") no mencionado por los ingleses se considera inaceptable. No menciona la fertilización entre especies.

Es terrible la idea de utilizar células humanas y crear seres idénticos entre sí. La ciencia ficción de Aldous Huxley en su obra *Mundo feliz* no está lejana si consideramos la existencia de centros de investigación donde ya ha sido posible la clonación no solo de plantas y ranas, sino también de humanos. No se sabe a ciencia cierta hasta qué grado han llegado estas investigaciones. Quizá por lo escandalosas que pudieran resultar o, por el repudio de la sociedad en general, se mantienen en secreto o "bajo llave". Esto hace pensar que tales experimentaciones ya realizadas en animales y plantas van encaminadas a ser utilizadas en seres humanos y la pregunta es ¿con qué finalidad?

9. Permite investigaciones terapéuticas en ese campo.¹⁰⁵

Investigaciones que permitan mejorar este tipo de métodos como también conocer de las consecuencias y reacciones provocadas en las mujeres, ya que éstas no son las mismas en todas las personas que se someten a las prácticas.¹⁰⁶

Se opina que esto es aceptable mientras los gametos (semen u óvulo) sean utilizados por separado con fines de investigación o experimentación y que el mismo pre-embrión pueda ser utilizado para fines de diagnóstico "(valoración de su viabilidad o no, o detención de enfermedades hereditarias) o terapéuticas (tratar una enfermedad o impedir su transmisión).¹⁰⁷

105 CARDENAS, Carlos, *op. cit.* p. 31.

106 STONE, Sergio C., "Complicaciones y engaños de la inseminación artificial", *Clinicas Obstétricas y Ginecológicas*, Interamericana, Vol. 3, México, 1980. pp. 879 y ss.

107 VAZQUEZ, Rodolfo, *op. cit.* p. 115.

En un principio la fecundación asistida tuvo por objeto ayudar a parejas que tenían problemas de infertilidad o esterilidad pero después se amplió su uso para fines de diagnóstico, terapia y de investigación. Se mencionan las siguientes situaciones a las que se han llegado o que se está por alcanzar con el empleo de esta práctica:

- I. Implantación de embrión en el útero de una mujer inconsciente, manteniéndola con vida en forma artificial.
- II. Para implantar el embrión en el abdomen de un hombre.
- III. Implantación del embrión humano en el útero de un animal hembra.
- IV. Implantación de embriones en úteros artificiales.
- V. Implantación de embriones en parejas homosexuales.¹⁰⁸

e) Procedimiento de la fecundación *in vitro*.

El procedimiento consiste en poner en una bandeja de vidrio el óvulo que es extraído de la madre futura, se coloca en medio cultivo fertilizado con espermatozoides para después ser reimplantado de nuevo en el útero de la mujer.¹⁰⁹

Se puede resumir el procedimiento en los siguientes pasos:

1. Obtención de los ovocitos próximos a su maduración, los que se extraen de la cavidad abdominal.

¹⁰⁸ BARRAGAN, Patricia, "La reproducción humana asistida", *op. cit.* p. 3.

¹⁰⁹ Cf. FLORES GARCÍA, Fernando, *op. cit.* p. 8.

2. La fecundación *in vitro* que es poner en contacto el óvulo con los espermatozoides para lograr la fecundación y observar las primeras divisiones celulares.

3. Transferencia del embrión de pocas horas al interior del útero donde se realizará el proceso de anidación o implantación que continuará el desarrollo embrionario.¹¹⁰

Como se recogen cinco o más óvulos se da el caso de los embriones sobrantes por lo que estos se congelan para poder ser utilizados posteriormente. Sin embargo, es difícil congelar ovocitos, por lo que se busca crionizar los cigotos que sobran para crear una reserva y evitar el procedimiento de obtención de nuevos óvulos, los cuales pueden ser donados o vendidos a otra mujer estéril.

*Las técnicas proveen y hacen posible preservar el huevo (cigotos), embriones y semen congelados...el óvulo de una mujer puede ser guardado y en el futuro usado para un segundo o subsecuente niño... fertilizado el embrión quizá pueda ser congelado nuevamente y guardado en bancos de embriones, disponibles para la donación de una mujer que no pueda proveer un huevo o embrión.*¹¹¹

e.1) El congelamiento de embriones o criomacacenamiento.

Se piensa que la congelación del embrión no introduce riesgos genéticos y que la transferencia del embrión frío y sobre todo congelado permite realizar la donación de óvulo, la cual ha venido a ser la solución cuando la esterilidad de la pareja es doble a la vez. Sin embargo, en Francia, un aviso del 15 de diciembre de 1986 dice que el Comité de Consulta Nacional de Ética estima que los riesgos de fecundación son más elevados y que los embriones obtenidos no deben ser trasplantados.¹¹²

110 Cf. SOTO LAMADRID, Miguel, *op. cit.* pp. 37-40.

111 Cf. "Artificial insemination and genetic engineering: the legal problems". En *Medicine, science and the law*. 1982, vol. 22, N° 4, pp. 265, 266. En FLORES, Fernando, *op. cit.* p. 9.

112 *Ibid.*

En el caso de tiempo de congelación de los embriones, debe existir algún riesgo si esto se hace por un tiempo indefinido. Nada asegura que los compuestos o la información genética, que se encuentran almacenados en un ambiente no natural, puedan ser alterados ya sea por las temperaturas tan bajas a las cuales están expuestos los embriones, o en conjunto, al tiempo al que son sometidos. La materia orgánica se altera según la temperatura a la que se le arriesga. ¿Sería posible que alguna alteración de este tipo venga a modificar, sino la información genética, sí el posible desarrollo del embrión? Esto provoca una gran duda que posiblemente los científicos están tratando de averiguar.

Según el profesor Dargent,¹¹³ poner a prueba la congelación y descongelación obedece a la ley de todo o nada; sea el embrión muerto o el que sobrevivió, que en este caso, guarda un patrimonio genético perfectamente normal.

e.2) Transplante de embriones.

Se discute sobre la obligación de transferir el embrión obtenido por fecundación *in vitro* cuando se conoce que éste sufre de alguna alteración cromosómica. La opinión es que no se debe imponer la carga a la gestante, sin embargo, la diferencia está entre la acción moral y la de impedir que un embrión defectuoso continúe su desarrollo.¹¹⁴

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Cf. BARBERO SANTOS, Marino, *op. cit.* pp. 172, 173.

III. La maternidad subrogada.

a) Presentación del tema.

La maternidad se determina por principio como lo hizo el derecho romano al establecer que *ubi nuptiae non sunt, pater est incertus; mater vero semper est certa*, lo que quiere decir que donde no hay matrimonio, el padre es incierto; pero la madre resulta siempre cierta.

Nada ponía en duda la figura materna, a diferencia de lo que ha sido la paternidad en la procreación asistida. Actualmente los avances en la *inseminación artificial* y la *fecundación in vitro* presentan el problema de una triplicidad en la maternidad. Esta dualidad ocasiona problemas en la filiación ya que el embrión que fue incubado bajo estas circunstancias cuenta con una madre genética (la que aportó el óvulo), una madre biológica (la que proporcionó el lugar para el desarrollo embrionario) o una madre social (cuando ninguno de los elementos anteriores son aportados por ella, pero es quien desea la adopción del menor) y además los espermatozoides son ofrecidos por su pareja.

Se presupone que tanto la madre genética como la madre social están interesadas en adquirir la maternidad del hijo ya que la madre biológica se presta solo como un medio para poder lograr la evolución del embrión en condiciones óptimas, es decir, funge como una incubadora natural. Hay ocasiones en que la madre subrogada es, de hecho, la madre natural y biológica, ella en ambos casos puede donar el huevo y traer el hijo.

Dada la ambigüedad en la que se encuentra la filiación materna, la pregunta es: ¿deja la madre genética de tener algún derecho sobre el material que ella aporta para la procreación de un ser que desea pero que por

impedimentos biológicos no le es posible engendrar?, ¿qué tipo de responsabilidad *a posteriori* tendría la madre biológica cuando no hay en ella *a priori*, el deseo de ser madre? y en el caso de la madre social, ¿puede ella reclamar el no reconocimiento de paternidad en caso de que la entrega del menor le sea negada a su marido y a ella, por consiguiente, la adopción del hijo?, ¿puede el esposo de la madre biológica reclamar la paternidad del hijo, aún cuando no haya otorgado el consentimiento para llevar a cabo la inseminación?

a.1) La maternidad subrogada.

La maternidad juega un papel interesante por las diversas situaciones que se presentan en la mujer. Intervienen varios elementos que extienden el concepto de madre y el dicho popularmente conocido de "*madre solo hay una*", ya no es una realidad

A esta práctica se le ha denominado también "gestación por sustitución", "madre portadora" (cuando es portadora del embrión en el útero), "gestación por cuenta de otro" "maternidad por sustitución" (cuando el óvulo es de la madre gestante pertenece al esperma de un hombre que no es su pareja), "madres de alquiler" o "alquiler de úteros".¹¹⁵ La maternidad subrogada consiste en que una mujer se ofrece a gestar a un hijo por cuenta ajena. La mujer fértil acuerda mediante *contrato* ser inseminada artificialmente para procrear un hijo con el semen de un hombre casado, que no es su esposo.¹¹⁶ Es la prestación de vientre o vientre y óvulo y se trata de la madre portadora.

La Iglesia Católica en su *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación* de 1987, establece que madre subrogada

115 Cf. NICOLAU, Gilda, *L'Influence des progrès de la génétique sur le droit de la Nation*, Presses universitaires de Bordeaux, Burdeos, 1989. p. 268.

116 Cf. VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p. 180.

es la mujer que lleva implantado en su útero la gestación de un embrión que genéticamente le es ajeno porque fue obtenido mediante la unión de gametos de donadores. También es la mujer que no sólo lleva la gestación de un embrión sino dona el óvulo que se fecundará mediante inseminación con esperma de un hombre diverso de su marido. En ambas circunstancias, la mujer se compromete a entregar el hijo a quienes encargaron o contrataron la gestación.¹¹⁷

a.2) Antecedentes de la maternidad subrogada.

Habría que remontarse al Génesis 16:1-4, 15 y 30:1-10 en el que se plantea el problema de esterilidad de Sara, esposa de Abraham, de Raquel, esposa de Jacob y de Leah. Estas mujeres piden a sus maridos tener un hijo con las respectivas esclavas de éstas, Agar, Bilá y Zilfa. Sara, Raquel y Leah sienten la necesidad de simular que el nacimiento del hijo proviene de ellas y no de las esclavas. Con este ejemplo se transmite la imagen remota de la maternidad subrogada.

Los contratos aparecen alrededor de 1976. En 1975, en los Estados Unidos de Norteamérica, se solicita, en un anuncio de periódico del Estado de California, una mujer para ser inseminada artificialmente mediante remuneración en pro de una pareja infecunda. Un abogado llamado Noel Keane recomendó que se cobrara por la donación de maternidad a las parejas estériles y afirmó que haciendo un considerable pago (diez mil dólares por cada mes de gestación) las jóvenes sanas acudirían en auxilio de estas personas para 'vender' su capacidad procreativa.¹¹⁸

La Corte Suprema del Estado de Kentucky admitió, el 12 de diciembre de 1985, la licitud de un contrato (de gestación de sustitución) argumentando que el fin perseguido era asistir a una

117 Cf. SOTO LAMADRID, Miguel, *op. cit.* p. 318.

118 Cf. MAGNASCO, Raffo, *Fernidario*, julio 1980, Buenos Aires, p. 62 en CARDENAS, Carlos, *op. cit.* p. 25.

*persona o pareja incapaz de procrear, y que el procedimiento no era biológicamente diferente de la situación inversa en la que el marido es infértil y donde la mujer concibe por inseminación artificial...*¹¹⁹

En 1982,¹²⁰ una mujer llamada Judy Stiver, de 26 años de edad, aceptó tener el hijo de Alexander Malahoff y su esposa por una cantidad de diez mil dólares. Stiver necesitaba el dinero para ir de vacaciones con su esposo, y para gastos de su casa. Malahoff quería tener al hijo para fortalecer su matrimonio; pero él y su esposa se separaron durante el embarazo de Judy. El caso viene a ser un ejemplo de las terribles consecuencias que se derivan de este tipo de arreglos. El bebé nació con una deficiencia de microcefalia por eso los dos padres sociales lo rechazaron.

La madre natural alegó que ella no sentía ningún lazo maternal con el bebé. Malahoff instruyó al hospital para que no se tomaran las medidas preventivas en cuidar al menor.

El hospital obtuvo una orden de la Corte donde se autorizaba a los doctores para tratar al bebé y curarle la infección. El bebé no tuvo un hogar hacia dónde ir después del hospital y se le trasladó a una casa de cuna. Posteriormente con los resultados de pruebas de paternidad se aclaró que el padre del menor era el esposo de Judy y no el donador. Ella había tenido varias relaciones sexuales antes de la inseminación. El dinero fue devuelto a los Malahoff y los Stivers se hicieron cargo del bebé. Ambas partes se declararon en contra de los médicos por no haber aclarado a los Stern de la abstención sexual durante el periodo relevante.

119 RUBELLUN-DEVICHI, Jacqueline, "Le Droit, la Bioéthique..." nota 217 en VIDAL MARTINEZ, Jaime, op. cit. p. 196.

120 Cf. FIELD, Martha A., *Surrogate motherhood*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1990 pp. 5-6.

El 6 de febrero de 1985¹²¹ se celebró un contrato de maternidad subrogada entre la señora Whitehead, su esposo y el señor Stern, padre natural o biológico, procreando una niña que nació el 27 de marzo de 1986. Las controvertidas partes se someten a un juicio. El tribunal inferior resuelve el 31 de mayo de 1987 que el contrato es válido, beneficiándose al padre biológico. Sin embargo, la señora Whitehead apela tal sentencia ante el Tribunal Supremo del Estado de New Jersey que el 3 de febrero de 1988 revoca por unanimidad la decisión del Tribunal Inferior. En la sentencia final se declara que la madre subrogada era la madre legal del menor y la adopción por parte de la señora Stern no era procedente.

En julio de 1984,¹²² un comité del gobierno de Gran Bretaña propuso la prohibición de las agencias de madres sustitutas.

a.3) Contrato por concepto de subrogación.

El término subrogación se refiere a cualquier acuerdo que una mujer realiza con una pareja para la concepción de un hijo. En la subrogación, el material genético del embrión fue prestado a la mujer que lo va a gestar. Esta mujer no aportó los óvulos para la procreación por lo que se le considera madre sustituta o madre subrogada. Ella se ofrece a gestar un hijo para beneficio de otra pareja. O bien, la mujer fértil acuerda ser inseminada artificialmente con el material genético de un hombre que no es su esposo o concubino, o fecundar el embrión de alguna pareja.¹²³ Posteriormente se obliga en entregar al hijo.

121 *Ibidem* pp 54 y ss.

122 Cf. CARDENAS, Carlos, *op. cit.* p 23

123 Cf. SOTO LANADRID, Miguel, *Ponencia presentada en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia*. Cáceres, España, octubre 1987, en VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p 180-181, 316-317.

El típico contrato de maternidad subrogada envuelve a una pareja que desea pero no puede tener sus propios hijos biológicos porque la esposa es infértil o estéril.¹²⁴

En este caso, se entiende mejor que la figura de la adopción es mucho más clara. La mujer que desea el hijo, que puede ser la madre genética, a pesar de haber sido ella la portadora del material genético se encuentra en desventaja respecto a la madre biológica. No puede establecerse la existencia de dos madres por lo que será considerada como legítima la maternidad de la madre biológica y en todo caso la madre genética y social solo puede adquirir al menor mediante la adopción.

Así, la adopción formal, por el padre biológico (proveedor del semen) y su esposa, no es un elemento necesario en este concepto de subrogación, la práctica de la subrogación es frecuentemente entendida para concluir en una adopción consensual.¹²⁵

Tanto la inseminación artificial como la fertilización *in vitro* se aplican en la subrogación. Se puede aplicar de diferentes formas: para crear bebés que no tienen relación genética con los padres contractuales, bebés creados con el esperma del padre contratante y/o bebés concebidos vía fertilización *in vitro* con el óvulo de la madre contratante, implantado en una madre subrogada.¹²⁶

El artículo 1.271 del Código Civil (español) resulta suficientemente entonces, para sentenciar, que las personas, presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato. Como no puede serlo tampoco, el =servicio= de gestar un hijo que, por añadidura, se entregará luego a otras personas. A la luz de la Constitución, que ha plasmado en forma activa el principio general de respeto a la persona existente en nuestro ordenamiento, resulta claro, que no se pueden transmitir derechos intransmisibles, ni renunciar a deberes irrenunciables, y que el encargar a otra mujer la gestación de un hijo al que habrá de

124 Cf. FIELD, Martha A., *op. cit.* pp. 2-24.

125 Cf. FRELICH APPLETON, Susan, "Surrogacy arrangements and the conflict of laws" en *Wisconsin Law Review*, No. 2, Wisconsin, 1990, pp. 404, 405.

126 Cf. GORDON, Linda, *op. cit.* p. 464.

renunciar, haya o no =prestación de óvulo=, es un contrato con causa torpe que no produce otros efectos, sino los que establece el artículo 1.306 del Código Civil. Habiendo causa torpe por ambas partes, no hay acción para reclamar lo que se prometió ni la devolución de lo entregado.¹²⁷

El Consejo de Europa no permite la maternidad subrogada en general; pero se opina que es posible admitirla cuando la madre sustituta ofrece la única posibilidad para salvar la vida del embrión.¹²⁸

Es claro que el contrato de maternidad subrogada es una figura inexistente para el derecho y la teoría general de las obligaciones porque en principio no es un convenio y mucho menos un contrato, es un simple arreglo cuyo objeto no puede ser materia de contrato.

Analizando el tema de las obligaciones y los contratos podemos observar que los siguientes artículos son muy claros respecto al objeto y a la cosa objeto del contrato.

El artículo 1792 del Código civil establece que

Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

El "contrato de maternidad subrogada" no es un convenio porque no crea, ni transfiere, ni modifica o extingue alguna obligación. No existe en la madre subrogada ninguna obligación para entregar al hijo. El simple hecho de que la madre portadora o gestante desee conservar al hijo es un ejemplo de la no exigibilidad de este tipo de arreglos.

El artículo 1793 establece que

Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

127 VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p. 192.

128 *Ibidem.* p. 195.

Se mencionó anteriormente que la maternidad subrogada no produce ningún tipo de obligación, ni tampoco genera derechos entre las partes. No existe alguna figura contractual que obligue a la madre a entregar el hijo que ella misma parió.

El artículo 1794 menciona que

Para la existencia del contrato se requiere:

II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

En este sentido se tienen dos aspectos: el objeto del contrato y la cosa objeto del contrato. En primer lugar el objeto que puede ser materia del contrato se refiere según el artículo 1824 a

I. La cosa que el obligado debe dar,

II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

En cuanto a la cosa que el obligado debe dar, el artículo 1825 establece que

La cosa objeto del contrato debe; 3o. estar en el comercio.

No se pueden generar contratos donde se establezca como obligación, dar al hijo como cosa objeto del contrato, el cual, como ser humano, no puede estar en el comercio.

Respecto al hecho que el obligado debe hacer o no hacer el artículo 1827 establece

El hecho positivo o negativo, objeto del contrato debe ser:

I. Posible

No es posible una conducta de hacer o el hecho positivo donde una mujer se obligue mediante una cantidad de dinero entregar a su hijo; y segundo, no es posible un contrato donde se expresa semejante obligación.

Finalmente, el artículo 1828 establece que es un hecho imposible

...el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización

En este sentido, no se puede negar el hecho biológico del parto como una ley de la naturaleza y la maternidad como una figura protegida por el derecho a favor de la familia.

a.4) Naturaleza jurídica de los contratos de maternidad subrogada.

Algunas disposiciones legales prohíben los contratos de maternidad subrogada. En principio no se puede hablar de contratos en este sentido porque los elementos esenciales del contrato no existen. Para que un contrato pueda existir, se necesita que el objeto pueda ser materia del contrato, y que la cosa objeto del contrato esté en el comercio. En principio, son inexistentes los contratos que tengan por objeto el embrión, el vientre, la matriz o las Trompas de Falopio de cualquier mujer porque por su naturaleza, éstos están fuera del comercio.

El concepto maternidad subrogada es un neologismo jurídico. El término subrogación viene del latín que significa sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Actualmente es una forma de transmitir las obligaciones cuando por medio de un convenio entre un acreedor y un tercero, aquél transmite a éste, por virtud de un pago que recibe, todos los derechos que tiene contra su deudor.¹²⁹

La mayor parte este tipo de 'contratos' envuelven un pago o una considerable suma de dinero para la madre subrogada, además de los gastos médicos tanto en el periodo de gestación como en el parto. Estos contratos van

¹²⁹ Cf. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano, introducción y personas*, Porrúa, Sexta edición, Tomo I, México, 1982, p. 470.

encaminados al pago por uso de matriz. Algunos defienden este tipo de práctica diciendo que es un pago por servicios de concepción y de llevar consigo al bebé.

Los contratos de subrogación se caracterizan por ser contratos cuyo fin es la prestación de servicios de una madre subrogada y por ser una transacción de dinero para adquirir un hijo. En este sentido, pueden ser considerados ilegales por la venta de bebés. La Suprema Corte de Nueva Jersey estableció que no había duda respecto al dinero pagado para la adopción y no por el servicio personal de la madre subrogada. En 1988, a partir del caso *Stern vs Whitehead*, la Suprema Corte de Nueva Jersey declaró ilegales y nulos los contratos de maternidad subrogada.

Como se explicó anteriormente, existe un elemento comercial en este tipo de arreglos y una inexistencia *de jure* por lo que los convenios de subrogación constituyen la venta de bebés y pueden ir a proceso alegándose una persecución penal por la venta de menores o bien, una persecución civil en la cual se alegue que un contrato por subrogación no se debe hacer cumplir o ejecutar.

Se dice que muchas mujeres que se someten sin pago a este tipo de práctica, lo hacen para compensar alguna experiencia del pasado, sea por sentirse culpables de algún aborto cometido en el pasado, gratitud por haber sido ellas mismas adoptadas, o una manera de revivir su propio abandono en la infancia o algunos otros profundos factores psicológicos. La subrogación en este aspecto reporta que ellas disfrutan estar embarazadas, como los cambios psicológicos que se dan, así como la manera en que son tratadas durante su estado de preñez.¹³⁰

130 Cf. FIELD, Martha A., *op. cit.*, p. 20.

La maternidad subrogada es la manera cómoda para garantizarse un hijo deseado; pero qué diferencia existe entre esperar el nacimiento de un hijo e ir a adoptar a un recién nacido que espera tener una madre. No hay duda sobre la importancia que muchas veces tienen los lazos sanguíneos; pero ¿cuántas veces los propios hijos son quienes abandonan a sus padres? La importancia está en desear la crianza del hijo y no en desear que sus glóbulos rojos sean afines con los de un determinada pareja. Sería más humano que una pareja deseara al niño que ya nació y no esperar que un niño nazca para sentirse padres.

b) Clasificación de la maternidad subrogada.

Como fue estudiado anteriormente en la fecundación *in vitro*, la maternidad subrogada se estudia partiendo del origen del óvulo. Se dan tanto la maternidad subrogada homóloga como la heteróloga.

b.1) Maternidad subrogada homóloga.

Se considera homóloga cuando se parte del hecho en que la información del embrión proviene de sus padres genéticos. El elemento extraño es respecto al desarrollo embrionario porque este se realiza dentro del vientre de la madre biológica, que se presume no desea la responsabilidad de la maternidad. Ella solo acepta el uso de su vientre para que el embrión pueda evolucionar perfectamente y después el hijo sea entregado a los padres genéticos. Tanto el óvulo como el espermatozoides pertenecen a las personas que desean tener al menor y no a quien realiza la gestación.

b.2) Maternidad subrogada heteróloga.

Se habla de maternidad subrogada heteróloga cuando la mujer que desea el hijo recurre no solo al vientre de otra mujer. La madre gestante (la portadora)

done el óvulo; pero el semen con el cual se realiza la fecundación o la inseminación pertenecen a la pareja de la mujer que desea tener el hijo.

La maternidad subrogada heteróloga crea varios problemas de filiación. Se piensa en el ejemplo de la mujer casada que realiza esta gestación. Genéticamente el hijo no es de su marido, sino de un tercero; pero en virtud de la presunción de la paternidad, resulta que se presume la paternidad de la pareja de la madre subrogada.

Otro problema surge cuando a la madre subrogada se le implanta el embrión concebido con anterioridad fuera de su vientre para después lograr la gestación en ella. En el momento del parto, a pesar del principio *partus ventrem sequitur*, es decir, el hijo sigue al vientre o a la madre, genéticamente el hijo no le pertenece.¹³¹

c) Opiniones sobre aplicación del derecho.

Existen opiniones a favor y en contra de la maternidad subrogada. Sin embargo la generalidad de los países opta por no permitir los contratos de maternidad subrogada.

c.1) La opinión de Cataluña.

Se publicó en el *Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña* de 2 de diciembre de 1985:

=Madre será la mujer que haya parido al hijo, pero si éste proviene del óvulo de otra mujer, podrá iniciarse inmediatamente después del nacimiento el procedimiento legal de adopción por parte de los padres genéticos= (La paternidad legal se determinará a partir de la certificación del Centro Médico autorizado).¹³²

131 Cf. BOZA DIBOS, Beatriz, *op. cit.*, p. 81.

132 VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p. 192.

Se opina que la solución más adecuada es el reconocimiento de los 'padres sociales' como los padres legítimos. Ellos tienen el interés de incorporar un hijo a su familia.¹³³ Y en ese caso, como en la adopción, los derechos hereditarios serían en relación a sus 'padres sociales' y no a los donadores.¹³⁴

c.2) La opinión de Cuba.

En Cuba no se permite utilizar el útero de otra persona y tampoco se realiza la reproducción asistida a mujeres solteras.¹³⁵

c.3) La opinión de algunas entidades de los Estados Unidos.

Existen varias opiniones en los Estados Unidos. En Kentucky se considera válido el contrato de maternidad subrogada por el fin que se persigue que es el de ayudar a parejas infértiles. Por un lado, la Corte de Kentucky opina que el pago en los convenios de maternidad subrogada no constituyen venta de menores, porque según la ley estatal, el menor no estaba concebido cuando el contrato se realizó. Los que están a favor de esta postura opinan que el problema es que muchas parejas desean tener hijos pero a veces deben esperar meses o años para adoptar un bebé, o bien, entrar en los contratos de subrogación que permiten a la pareja tener un hijo que al menos genéticamente se relaciona con el padre.¹³⁶ Sin embargo, la Suprema Corte de Nueva Jersey¹³⁷ opina que no existe duda al decir que el dinero es pagado para obtener la adopción y no los servicios personales de una 'madre subrogada', la cual ha sido explotada. Los que no coinciden con esta posición, mencionan que las madres subrogadas no son explotadas, sino por el contrario, se les paga en compensación por el servicio

133 Cf. ROWLAND, "The Social and Psychological Consequences of Secrecy in Artificial Insemination by Donor (AID) Programmes" (manuscrito no publicado) en BOZA, Beatriz, *op. cit.* p. 82.

134 *Ibidem* p. 83

135 Cf. BARRAGAN, Patricia, *op. cit.* p. 7.

136 Cf. COPEN, Robert A., "Surrogate parenting", en *Annual Survey of American Law*, Vol. 4, Nueva York, 1988, pp. 938, 967.

137 Cf. FIELD, Martha A., *op. cit.* pp. 16, 18

que ofrecen y por sus considerables esfuerzos, ya que ellas muestran altruismo en cierto modo, y convirtiéndose en subrogadas, hacen verdaderos esfuerzos que merecen ser compensados porque la subrogación permite a más parejas tener hijos. Todo esto, con la finalidad de proteger el derecho a la libertad de las parejas para tener hijos, el cual se debería extender a la maternidad subrogada.

En Louisiana se le considera absolutamente nulo, inválido e inexigible por ser contrario a la política pública.

c.4) La opinión de Francia.¹³⁸

En Francia lo que se pretende con las leyes es definir las relaciones entre ciencia, moral y filosofía y hacerlas exigibles para la protección del individuo. El Código Civil francés regulará la procreación o gestación que beneficie a un tercero referente a la maternidad subrogada. El proyecto de ley no regulará la práctica pero impondrá multas arriba de los diez y ocho mil dólares y un año de prisión a cualquiera que lo promueva comercialmente, y permitirá a la madre subrogada quedarse con el bebé aun cuando ella previamente haya firmado un contrato para devolverlo.

c.5) La opinión en Puerto Rico.¹³⁹

En Puerto Rico se considera nulo este contrato por ser ilícito tanto en el objeto como en la causa.

¹³⁸ Associated Press, "French code would limit sales of semen, organs, surrogate birth" en el Periódico *The News World*, 27 de marzo, Estados Unidos, 1992. p. 8.

¹³⁹ Cf. BARRAGAN, Patricia, *op. cit.* pp. 7 y ss.

CAPITULO TERCERO

I. La familia ante la procreación asistida.

a) Aspectos generales sobre la familia.

Es indiscutible que existe una libertad procreacional en nuestro país. El artículo 4o. constitucional establece la libertad de las personas para tener hijos. Esta libertad se encuentra expresada en nuestra Carta Magna que a la letra dice;

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos...

Esta garantía también es contemplada en el artículo 162 párrafo segundo del Código civil que indica:

...Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

La familia es una institución de vital importancia para la sociedad y el derecho porque establece distintos grados de relaciones humanas. Algunas veces se le ubica en el derecho público.¹ El derecho, al establecer un orden normativo tiene como principal objetivo mantener la estabilidad de la sociedad y por ello protege esta institución con mayor empeño y rigidez, porque la familia es el eje de la sociedad.

¹ Cicu opina que existe una relación muy estrecha entre del Derecho Público y el Derecho Familiar que se funda sobre una análoga estructura de las respectivas relaciones jurídicas. Cf. CICU, Antonio. *El derecho de familia*, Buenos Aires, 1947, pp. 443. en PINA, Rafael de, *Elementos de derecho civil mexicano. Introducción, personas, familia*, Porrúa, Novena edición, Vol. I. México, 1978. p. 303.

a.1) El Derecho de familia.

El Derecho de Familia es una parte del derecho civil que se encarga de estudiar las relaciones entre los miembros de una sociedad.

Llámesse derecho de familia a aquella parte del Derecho civil que regula la constitución del organismo familiar y las relaciones entre sus miembros.²

Existen varias opiniones sobre la importancia que hay para estudiar el Derecho de Familia y sus implicaciones; pero se le considera como una institución esencialmente ética y una intermediaria entre el individuo con el Estado.

...por ser un agregado social constituido por personas ligadas por el vínculo del parentesco...la que debe ser entendida como un grupo de valor étnico intermedio entre el individuo y el Estado...³

a.2) Familia y sociedad.

La sociedad es el conjunto de personas que viven en comunidad como grupo. De este grupo de personas derivarán relaciones con otros grupos de personas que les son afines. Sin embargo, la familia es el grupo central y celular de la sociedad. Así como cada persona pertenece a un grupo social, cada grupo social está constituido por familias. Es entonces que se puede decir que la sociedad está constituida por grupos de familias que integran un definido grupo social.

La familia es una institución que mantiene la estabilidad de las personas en su conjunto. La familia es el reflejo de la sociedad pues su estabilidad o decadencia marcarán el destino de su evolución y desarrollo. Es pues, la familia, una institución de gran importancia para el estudio del derecho, pues de esta

2 Cf. *Ibidem*. p. 301.

3 Cf. *Ibidem*, pp. 305, 306.

institución surgen derechos y obligaciones entre las personas que pertenecen a un determinado grupo familiar.

Se pueden obtener varios razonamientos sobre la importancia de la familia en la sociedad y el derecho. Por este motivo se ha adquirido mayor conciencia respecto a las implicaciones de la procreación asistida⁴ y su influencia en la familia y sus relaciones de parentesco.

Como se menciona, la familia engloba todas las personas unidas por un lazo de parentesco o de afinidad. Josserand menciona que la familia descansa a la vez en la comunidad de la sangre, en el matrimonio y en la adopción.⁵ Otro autor, Sánchez Román, describe a la familia como

...la expresión de un estado social, que debe calificarse de familiar y aún se dice doméstico, dentro del cual se desenvuelven diversas relaciones que lo integran: relaciones de parentesco entre padres e hijos; y, en sentido lato, relaciones de parentesco entre las personas que proceden de un origen familiar común, más o menos remoto...⁶

a.3) La familia y el progreso científico.

Con el progreso científico y la tecnología, las parejas estériles e infértiles han sobrepasado la frustración de no poder concebir y ser progenitores de un ser de su propia sangre. Ahora es un hecho que con la ayuda del progreso en la medicina y la genética, estas parejas pueden ser progenitores. Sin embargo, el esfuerzo natural que esto implica conlleva a situaciones que para el derecho son totalmente nuevas. Los padres para poder concebir requieren la ayuda de terceros que no tienen ningún interés en responsabilizarse del producto de la

4 Renato Clarizia opina que el término procreación artificial indica sintéticamente toda aquella tecnología de la reproducción que de cualquier modo difiere del método natural de la concepción, gestación y parto de un individuo. CLARIZIA, Renato, *Procreazione artificiale e tutela del minore*, Giuffrè Editore, Milano, 1988. p. 123.

5 Cf. JOSSERAND, *Derecho civil*, Tomo I. Vol. II, pág. 3 en PINA, Rafael de, op. cit. p. 305.

6 SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho civil*, Tomo V, Vol. I, pp. 9, 10, en PINA, Rafael de, op. cit. p. 302.

concepción. Estos terceros son los donadores del material genético que han cosificado su información genética y la donan a aquellos que desean ser padres de familia.⁷

a.4) La familia y la procreación asistida.

Las prácticas de procreación asistida han provocado gran problema sobre la determinación de la filiación de los hijos cuando se trata de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* heteróloga como de la maternidad subrogada.

El uso de donantes y madres portadoras de embriones o de gametos ha orillado la creación, en la figura paterna y materna, de diferentes grados de relación con el menor. Así, se puede hablar de la existencia de los padres biológicos, genéticos y sociales. Como se estudió con anterioridad, una madre puede ser sólo en el aspecto genético cuando es quien sólo aporta los gametos que posteriormente irán a desarrollarse en el útero de otra mujer, quien será la madre biológica.

Como la familia es la base de la sociedad, es necesario proteger su estabilidad. La normatividad procura que la institución de la familia mantenga su orden. Con las nuevas formas de procreación asistida, las relaciones de filiación y parentesco se ven amenazadas. Las situaciones tan extremas que resultan de estas prácticas no sólo orillan a una reflexión jurídica, sino también ética⁸ y moral. La incertidumbre que guarda el menor sobre su origen es realmente

⁷ Este tema de la donación se estudió en el capítulo II sobre la donación en la inseminación artificial heteróloga. Se mencionaron los requisitos para poder ser donador y de la donación de gametos en general.

⁸ Un autor, Ruggiero, opina que antes que jurídico, la familia es un organismo ético, ya que de la ética proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia, apropiándose los, a veces, y transformándolos en preceptos jurídicos, lo que explica el fenómeno peculiar en el derecho de familia de haber preceptos sin sanción o con sanción atenuada, obligaciones incóercibles sea porque el derecho sea incapaz de provocar mediante la coacción la observancia de dichos preceptos o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre o a otras fuerzas que aún actúan en el ambiente social. Cf. PINA, Rafael de, *op. cit.* p. 304.

desconcertante. El hijo se halla en la duplicidad o triplicidad de progenitores. Puede llegar a tener hasta doce abuelos. Por ello, se considera importante hacer una reflexión sobre el tema del parentesco y los grados de relaciones que se originan con las diferentes formas de procreación asistida.

b) El parentesco.

El parentesco es la convivencia social más espontánea porque implica la ayuda entre sus miembros. Es la comunión solidaria que se deriva de un origen sanguíneo, del matrimonio o de la adopción.⁹

...las relaciones que unen entre sí a las personas en la sociedad doméstica, son las de parentesco y de afinidad...El parentesco tiene como base la comunidad de sangre, derivada de la generación: por la cual se define "la relación entre las personas que descienden una de otra, o bien de un autor 'común' o "el vínculo entre las personas que descienden del mismo tronco"...¹⁰

b.1) Parentesco y familia.

Del parentesco nace la familia por ser el vínculo que une a sus miembros y es un derecho que se tiene por pertenecer a determinado núcleo familiar. El parentesco determina la relación más íntima y cercana que puede haber entre varias personas.

Es mediante la pertenencia a un grupo familiar de donde nacen los derechos y obligaciones entre los parientes. De la existencia de este vínculo de unión entre las personas pertenecientes a un mismo grupo familiar derivarán relaciones jurídicas que los comprometen a realizar acciones en pro de sus parientes.

⁹ Cf. GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil*, Porrúa, Séptima edición, México, 1985, p. 442.

¹⁰ CONVIELLO, N., *Doctrina general del derecho civil*, UTEA, México, 1938, p. 181

...Stolfi aclara que la parentela y la familia, aunque algunas veces se toman como términos equivalentes, no lo son, en realidad, porque la familia es un ligamen o vínculo natural y la parentela es un ligamen o vínculo social, establecido por la ley...¹¹

b.2) Grados de parentesco.

La familia está constituida por líneas directas o indirectas que unen a las personas entre sí. Jurídicamente existe un nexo que las identifica como grupo social al cual pertenecen por ser descendientes de un progenitor común. Es una relación de origen. Este lazo de unión nace también por vía de los cónyuges o entre el adoptado y el adoptante. De este hecho entre parientes y cónyuges deriva la familia.

b.3) Origen del parentesco.

El parentesco nace por los vínculos de afinidad surgidos del matrimonio, por la consanguinidad cuyo origen se define a través de la filiación y la adopción. El artículo 292 del Código Civil establece que la ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y el civil.

...El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor; el parentesco por afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el esposo y los parientes de su mujer, y entre ésta y los parientes de su esposo y finalmente el parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y adoptado...¹²

b.4) Parentesco por afinidad.

El matrimonio es una fuente que constituye el parentesco por afinidad. De la unión del hombre y la mujer se establecerán lazos consanguíneos entre ellos y sus hijos.

¹¹ Cf. STOLFI, *Derecho civil*, Vol. V, p. 438, en PINA, Rafael de, op. cit. p. 307.

¹² GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *El patrimonio, pecuniario y moral*, Porrúa, Tercera edición, Porrúa, México, 1990. p. 527.

El artículo 294 menciona que el parentesco por afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre el mujer y los parientes de la varón.

...Por el origen, el parentesco es de cognación -que es el que procede de la mujer- y de agnación -que es el que procede del varón...¹³

b.5) Parentesco consanguíneo.

Hasta el momento, ninguna persona es ajena a tener una relación consanguínea porque aún no existiendo la cópula entre el hombre y la mujer para concebir un hijo, biológica y genéticamente el hijo concebido es fruto de un hombre y una mujer.¹⁴

El parentesco de consanguinidad es por ambas líneas cuando procede del mismo padre y de la misma madre. Pero puede suceder que sólo sea común el padre o la madre.¹⁵

Para este caso, el artículo 293 establece como parentesco de consanguinidad, el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor. En este sentido Domínguez Martínez define que:

...no puede una persona física sin su posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, que carezca de familia y de patrimonio, que no tenga un lugar de asiento y si bien pudiera carecer de un nombre expreso al principio de su vida, no podrá ser hijo más que de un padre y una madre, y ocupar un sólo lugar en el orden de procreación de sus padres; así estará individualizado desde su concepción...¹⁶

13 PINA, Rafael de, *op. cit.* p. 306.

14 Tal vez el clon humano por su origen no sea producto de la unión de dos gametos de sexo diferente sino de la célula de algún ser humano idéntico a él. Así que un ser humano producto de la clonación sea una terrible excepción a este principio de la naturaleza. John A. Robertson hace una crítica a este tipo de avance científico logrado recientemente en los Estados Unidos. Cf. ROBERTSON, John A., "Protecting Research on the cutting edge of genetic science" en el periódico *The Chronicle of Higher Education*, sección *Point of View*, 24 de noviembre de 1993, Cambridge, 1993. p. A40.

15 PINA, Rafael de, *op. cit.* p. 306

16 DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil, parte general, cosas, negocio jurídico e invalidez*, Porrúa, México, 1990, p. 165, 166.

b.6) Parentesco civil.

Se menciona en el artículo 295 la existencia del parentesco civil que es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado.

La adopción toma otro sentido en la procreación asistida. Muchas veces son los padres sociales que hacen entrega de sus gametos para que se implanten en una mujer, siendo finalmente alguno de ellos en quien recaiga la adopción (por ejemplo la mujer que no pare al que pretende que sea su hijo). No se dice entonces que hay un adopción entre los progenitores y el hijo concebido mediante este mecanismo. Si una madre genética que por medio de una tercera persona logra se conciba un menor para hacerlo su hijo, no debe estar tratando de la adopción de su propio material genético aún cuando no sea la madre biológica. En todo caso, ¿cómo puede una madre biológica adoptar el material genético que ella misma concibió? En ambos casos existe una disyuntiva respecto a la filiación legal que no corresponde a la filiación biológica del hijo.

Sin embargo, en el caso de la filiación biológica *la existencia de un lazo anterior entre los interesados no hace obstáculo a la adopción: uno puede adoptar su propio hijo biológico*.¹⁷ De otra forma, el menor pierde todo lazo con su familia sanguínea como el nombre y todo derecho sucesorio o alimenticio.¹⁸

c) La donación en la procreación asistida, como nueva forma de crear vínculos de parentesco.

En la procreación asistida se puede observar que el uso de donantes crea una nueva forma de parentesco. Resulta que el uso de gametos de un donador y la implantación de estos en la persona que desea la concepción de un hijo, no crea ningún tipo de relación familiar. Aún cuando existe la relación consanguínea

¹⁷ BENABENT, Alain, *Droit civil, la famille*, LITEC, Tercera edición, París, 1988. p. 440.

¹⁸ *Ibidem* p. 441.

entre el donador o la donadora con el hijo, estos no desean tener la responsabilidad de su parentesco.

En el momento de obtener los gametos, el hombre o la mujer que deseaban concebir, son poseedores de la información genética de un donador o tercero. Otras veces, no solo son donados los gametos, sino también el espacio para el desarrollo del embrión (esto es la maternidad subrogada). Cuando se crea este tipo de casos, la figura de la adopción está descartada. Es una situación especial porque no hay menor que adoptar ni padres adoptivos. Solo se trata de una donación en la que interviene un tercero a favor de una pareja 'estable' la cual desea concebir un hijo "propio".¹⁹

c.1) La donación como elemento determinante del parentesco civil.

El tema del parentesco en las nuevas técnicas de procreación asistida pone de manifiesto que la familia sufre variantes. Ahora el origen de una persona puede quedar en duda. La ascendencia no está determinada porque participan varios factores que la ponen en disyuntiva. Se cuestiona la incertidumbre no solo de la paternidad sino también de la maternidad de los hijos. Participan variantes como es el uso de semen y óvulos de donadores que forman genéticamente el parentesco del menor. Es un parentesco de consanguinidad que sólo se da entre el menor que desciende genéticamente de esos donadores que sólo intervinieron como medio para lograr la concepción de un hijo no deseado. Ahora los donadores son una especie de padres anónimos.

En este tipo de donación, las partes crean un vínculo jurídico *sui generis* porque se trata de una donación donde el bien que se está donando no es un bien mueble o inmueble. Tampoco se establece una donación de menores o de

¹⁹ No hay redundancia porque ahora se puede concebir el hijo de otros u otras.

un hijo. Se trata de la donación de gametos para la adquisición de un ser humano en potencia, es decir, es la donación de vida futura.²⁰

La aparición de donadores en la procreación de los hijos conlleva a la reflexión sobre el parentesco de las personas. Una pareja puede pedir una doble inseminación con el mismo donador con el fin de que los hermanos sean realmente hermanos de sangre. El objeto será crear un núcleo familiar y limitar al máximo la aportación de sangre externa.²¹ Sin embargo, no sólo se puede pretender que los hijos sean hermanos de sangre, sino que también se puede escoger el sexo del hijo o hija.

Sin embargo, la posibilidad de una persona para poder conocer sus propios orígenes sigue siendo de vital trascendencia en su formación como ser humano. Las personas concebidas con la ayuda de donadores de gametos están destinadas a perder su parentesco consanguíneo y en parte, están destinadas a perder su identidad genética. Se les niega cualquier conocimiento sobre las características de los progenitores de las que son herederos.

c.2) La fertilización *in vitro* y el parentesco consanguíneo.

Si una mujer es expuesta a una fertilización *in vitro*, es decir, se hace uso de el óvulo de una donadora para que ella pueda concebir un hijo, no habrá parentesco consanguíneo entre el hijo concebido y la madre biológica porque la

20 Dice Catherine Labrusse-Riou que la filiación que normalmente resulta de la procreación (acto amor de los cónyuges) es llevada, por reducción al sólo hecho biológico, a una despersonalización. Esto supone, de hecho y más allá de las intenciones subjetivas que el nuevo ser surge a la existencia en tanto que "producto", y es por lo mismo, reducido inconscientemente al estado de cosa, objeto de negocio y de cambio mercantil. Cf. LABRUSSE-RIU, Catherine, "La filiation et la médecine moderne" en *Revue Internationale de Droit Comparé*, Año 38, No. 2, abril-junio, París, 1966, p. 423.

21 SNOWDEN, R., et al. *La famille artificielle, réflexions sur l'insemination artificielle par donneur*, ANTROPODOS, París, 1984, p. 78.

consanguinidad²² no existe. Queda fuera de tiempo el principio que establece que la madre es la que pare o que la madre siempre es cierta. En este sentido, surge la duda respecto a la maternidad y aparece la pregunta ¿a qué madre se estará refiriendo?

c.3) La Incertidumbre de la figura materna y paterna en la procreación asistida.

González Trevijano resume de la siguiente manera sobre la duplicidad y triplicidad de madres y padres:

a) Maternidad:

1.- Maternidad plena, es la que, junto a la relación biológica de una mujer con su hijo, se une el haz de derechos y obligaciones que implica el reconocimiento jurídico de la generación.

2.- Maternidad genética o gestativa parcial, en el supuesto de que la aportación de la mujer que después asume legalmente la condición de madre no haya sido única, existiendo, por tanto, la concurrencia de la aportación de otra u otras mujeres al nacimiento del niño.

3.- Maternidad legal, que es aquella en la que la mujer asume los derechos y obligaciones respecto al nacido sin que existan entre ellos lazos biológicos.

b) Paternidad.

1.- Paternidad plena, cuando el hombre aporta una carga genética y asume, además, los derechos y obligaciones del reconocimiento como padre.

²² Se llama parentesco por consanguinidad al que une a las personas entre sí por lazos de sangre. Es la identidad de la sangre de las personas que descienden de un tronco común que se reconocen e identifican entre sí a través de la identidad de la sangre. Cf. GALINDO GARFIAS, Ignacio, *op. cit.* p. 444.

2.- Paternidad genética, cuando aporta el espermatozoides pero no asume los derechos y obligaciones derivadas de la generación.

3.- Paternidad legal, en el caso de que el varón sólo pueda asumir jurídicamente el nacimiento por no haber contribuido biológicamente al nacimiento.²³

Respecto a los donadores, no existe ningún tipo de parentesco legal. Sin embargo, existe la relación biológica que en todo caso es una responsabilidad.

II. La filiación en la procreación asistida.

a) Aspectos generales sobre la filiación.

Con las nuevas formas de procreación asistida la situación de los hijos es incierta y ambigua. El concepto de filiación es diferente. Antes el principio *pater autem incertus* colocó a la paternidad en una situación de incertidumbre. Ahora no sólo la paternidad sino también la maternidad de los hijos se halla en una situación muy delicada. Esta incertidumbre se debe a la gran cantidad de posibilidades de padres y madres en la procreación de los hijos. Esto agrava la incertidumbre de conocer el origen de una persona.²⁴ Es un fenómeno que aparece como respuesta a una esterilidad e infertilidad aún no aceptadas en esta sociedad moderna. Coloca a la filiación de los hijos, como a las relaciones de parentesco, en un marco jurídico que aún no se regula por el derecho positivo.

23 GONZALEZ TREVIJANO, Pedro José, "Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y a las nuevas técnicas de reproducción asistida" en *Revista de Derecho Político*, No. 26, Madrid, 1988, p. 98.

24 Con la posibilidad de fecundar in vitro, en una placa de cristal, con gametos masculinos, un óvulo extraído de mujer, fabricando embriones al aire libre, que luego pueden implantarse en el útero de cualquier mujer en situación de gestar, puede quedar en el misterio la procedencia genética materna de cualquier humano. Cf. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Hijos artificiales y madres de alquiler*, ABC, miércoles 6 de mayo, Madrid, 1987, p. 32, en CARDENAS QUIROS, Carlos, "Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación extraterina" en *Revista Derecho*, No. 42, diciembre, Lima, 1988, pp. 22, 23.

a.1) Status jurídico del hijo en la procreación asistida.

El menor que nace por medio de las técnicas de procreación asistida está en desventaja en la institución de la filiación y la prueba biológica de la filiación a los ojos del derecho civil.

Lisardo Novillo opina que el hijo nacido de la inseminación artificial debe tener el mismo *status* jurídico que el concebido por la cópula marital y por consiguiente los derechos y obligaciones de padres e hijos son los mismos.

...el hijo nacido de la inseminación artificial debe tener el mismo status jurídico que el concebido por la cópula marital y por consiguiente los derechos y obligaciones de padres e hijos son los mismos...²⁵

a.2) La presunción de la paternidad.

La filiación de los hijos que resulta de la procreación asistida de parejas estables (sea entre esposos o entre concubinos) no crea ningún tipo de incertidumbre respecto al origen del embrión si ésta se realizó dentro del tiempo que marca la ley. Es una certitud que la filiación del hijo será como la del hijo que nace dentro del matrimonio. Sobre los hijos de matrimonio, en su artículo 324 el código civil menciona que

Se presumen hijos de los cónyuges:

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

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

25 NOVILLO SARAVIA, Lisardo, "Procreación asistida" en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Vol. 29, Córdoba, Argentina, 1990, p. 206.

Los hijos que nazcan dentro del matrimonio se refutarán como hijos de ambos cónyuges lo que se comprobará con el acta de nacimiento y el acta de matrimonio de los padres.

También para el caso de los concubinos, si la inseminación fue hecha dentro del periodo que marca la ley, será considerada una inseminación homóloga por haberse realizado a una pareja estable.

El artículo 383 del mismo ordenamiento lo menciona.

Se presumen hijos del concubino y de la concubina:

I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato;

II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.

a.3) Impugnación de la paternidad.

Si la mujer que se somete a este tipo de convenio es casada, el hijo nacerá como hijo dentro de matrimonio y el esposo podrá reconocerlo como propio. Sin embargo, puede ser que el esposo no haya consentido en la subrogación de su esposa y entonces impugnar la paternidad del menor y demostrar que ese hijo no es suyo. La impugnación tendría éxito solo cuando se demuestre que el autor del reconocimiento no es el genitor del reconocido, por ejemplo, al probar que el sujeto al tiempo de la concepción fue incapaz de gestar.²⁶

Para que el esposo de la mujer inseminada pueda impugnar la paternidad y desconocer al hijo debe comprobar que biológicamente el hijo no es suyo, además puede alegar que no dio su consentimiento para que se realizara la inseminación o fecundación en su esposa. De otra manera, no podrá desconocer

²⁶ Cf. BONILINI, Giovanni, *Nozioni di diritto di famiglia*, UTET, Torino, 1987, p. 139.

al hijo como suyo. Cuello Calón y otros comenta que cuando no existe ese consentimiento por parte del esposo, la mujer comete adulterio.²⁷

El artículo 326 establece que:

El marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que 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.

Es por ello que el marido debe prestar su consentimiento para la inseminación o fecundación. Este consentimiento debe ser mutuo pero de preferencia el futuro padre debe hacerlo por escrito para garantizar su responsabilidad y se le imposibilite desconocer al hijo que se procreó por medios artificiales y alegue impotencia o imposibilidad física en el acceso carnal.²⁸

Un hijo matrimonial puede ser producto de una inseminación heteróloga si no ha habido negación de la paternidad por parte del esposo.²⁹

b) La filiación en la maternidad subrogada.

Queda claro que del parentesco derivarán los distintos grados de relaciones consanguíneas entre los miembros de un mismo grupo familiar. También se ha dicho que con el matrimonio se crea el parentesco por afinidad y que este tiene como propósito establecer la filiación de los hijos de la mujer casada que nacen dentro de su matrimonio. En la situación de una mujer casada que es inseminada o fecundada con el semen de un hombre que no es su esposo pero que éste aceptó la maternidad subrogada de su esposa, ¿qué sucede con el menor concebido? En primer lugar será hijo del matrimonio entre la mujer

²⁷ El aspecto del adulterio se mencionó en el capítulo anterior. Sin embargo, Lisardo Novillo como otros autores, opina que la fecundación de la mujer con semen de un donador es un hecho que moralmente es equiparable al adulterio, cuya inmoralidad no desaparece porque haya sido consentido por el marido. Cf. NOVILLO SARAVIA, Lisardo, *op. cit.* p. 206.

²⁸ Cf. CHAVEZ ASENCIO, Manuel, *La familia en el derecho, relaciones paterno-filiales*, Porrúa, Segunda edición, México, 1990, p. 44.

²⁹ CARDENAS QUIROS, Carlos, *op. cit.* p. 23.

subrogada y su esposo, por otro lado, tendrá su padre genético quien estará interesado en conservar la filiación del menor.

b.1) El conflicto de la filiación en la maternidad subrogada.

Se ha discutido en puntos anteriores sobre la duplicidad y triplicidad de madres en la inseminación artificial como en la fecundación *in vitro*. La figura de la maternidad subrogada es un hecho que confunde la certitud de esa correspondencia filial entre un hijo y su "verdadera" madre.

Como se estudió anteriormente, la maternidad subrogada es desaprobada por las consecuencias que ocasiona. El contrato de maternidad subrogada pone en riesgo la calidad humana del producto de la concepción. Un contrato de esta naturaleza, que en principio es inexistente, permite la creación de un comercio no solo del cuerpo humano, como lo sería el caso de la renta que se hace del vientre, sino que se está negociando con la creación y vida del ser humano.

Un hijo concebido en dicha situación, es un hijo que fue producto de una transacción comercial entre la mujer que lo parió y los padres que desean adoptarlo. Aún cuando en la maternidad subrogada haya habido solo la 'renta' del útero y el óvulo perteneciera a la mujer que desea el hijo, sigue existiendo el comercio del ser humano.

En el caso de la filiación, como se ha mencionado, el principio *mater semper certa est*, es quebrantado al existir una madre genética, quien dona el óvulo, una madre biológica, quien pare al hijo (algunas de las veces la madre genética puede ser la misma que la social), y en algunos casos, una madre social, quien adopta al menor. En todos estos casos, el semen pertenece al marido de la mujer que va a adoptar al menor. Por eso la mujer se hace inseminar o fecundar

con el semen de un hombre que no es su esposo y al que finalmente se le piensa entregar el hijo.

Esta práctica se realiza en los Estados Unidos de Norteamérica, sin embargo, países como Francia la desapruaban y han resuelto que si al existir un contrato de esta naturaleza entre una mujer y alguna pareja, al final del parto, si la mujer que se sometió a la contratación desea ser la madre del hijo, ella puede serlo y la pareja no tiene ningún recurso ni derecho sobre la paternidad del menor.

Fernando Santosuosso opina que el parto es un elemento que prevalece para la identificación de la madre porque es ella quien ha llevado adelante la gestación y ha dado a la luz el hijo, aunque el óvulo fecundado derive de otra mujer, y aunque esta mujer o una tercera hayan encargado a la parturienta el arreglo de las gestiones o del parto.³⁰

Es lamentable que se reconozcan o permitan este tipo de transacciones o convenios.³¹ Desgraciadamente la necesidad de muchas mujeres y la conveniencia de algunas parejas ha llevado a situaciones extremas el destino de los menores que nacen bajo estos rubros.³² Nuestro código civil en su artículo 360 resuelve jurídicamente la situación de la madre respecto al hijo.

La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

30 Cf. SANTOSUOSSO, Fernando, *La fecondazione artificiale umana*, Giuffrè editore, Milano, 1984, p. 53.

31 En Holanda existe desde 1985 una legislación vigente sobre nacionalidad que dispone que la madre es quien pare al hijo. Fueron rechazadas las propuestas para diferenciar entre madre genética, fisiológica y legal. Cf. VIDAL MARTINEZ, Jaime, *Las nuevas formas de reproducción humana*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988 p. 185

32 *Idem*. En 1984, un tribunal inglés resolvió que una mujer entregara al hijo que gestó por razones económicas, a favor de una pareja. Lo que se trató de evitar para 1984, fue que los intermediarios se beneficiaran económicamente por este tipo de situaciones

Desafortunadamente la situación del hijo respecto su madre seguirá siendo confusa.

b.2) La investigación de la maternidad.

El artículo 385 menciona que se permite la investigación de la maternidad al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes. Esta investigación puede hacerse por los medios ordinarios pero no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada. Como se dijo antes, hay mujeres casadas que se contratan para ser fecundadas o inseminadas por otro hombre que no es su pareja. ¿Se deberá negar al hijo que es entregado a otra pareja la posibilidad de conocer a su madre biológica o genética?

III. Los elementos externos de la filiación el la procreación asistida.

a) El crioalmacenamiento.

Se ha mencionado sobre los bancos de conservación que se dedican al crioalmacenamiento. Estos bancos dan oportunidad a las parejas para que puedan depositar los gametos masculinos y en algún momento poderlos utilizar si es necesario. También se acude a estos bancos para obtener por medio de la donación los gametos de un tercero o donador.

Aún no se tiene acceso en nuestro país a bancos de congelamiento de óvulos o semen humano. Pero en los lugares donde existen, se da la oportunidad a las personas para prevenir su futura paternidad o maternidad. Sin embargo, en Europa, se presentan infinidad de casos al respecto. En tales circunstancias, al morir alguno de los progenitores que almacenó sus gametos, dejan en la incertidumbre al producto que va a ser concebido pues éste será huérfano de antemano.

Sherman dice que el

*"crioalmacenamiento de semen humano cumple el propósito de fomentar aquellas aplicaciones significativas para un grupo de población que, aunque reducido, es fundamental y está genuinamente interesado en el problema...de tal manera que...el fruto de esta práctica sean niños criados en una familia con sólo amor y deseos de tener un hijo...proporcionándose así el entorno de una familia feliz y estable".*³³

También menciona que *"el crioalmacenamiento exitoso amplía y enriquece las cualidades de la inseminación artificial por medio de semen fresco".*³⁴

Sin embargo, el 1% de los niños que nace por esta vía presentan defectos al nacer (a diferencia del 6% y del 7% que se observa en la población en general). Se tiene conocimiento de alumbramientos que fueron producidos después de que el semen estuvo almacenado por más de 12 años.³⁵

En el caso de la inseminación *post mortem*, esta no tiene ninguna justificación terapéutica, ni familiar, ni tampoco está fundada en el interés del menor, por el contrario, atenta a la dignidad e integridad del hijo.³⁶

Las disposiciones que han prevenido la destrucción de los embriones conservados por congelación en el caso de deceso de uno de los dos padres potenciales, no constituye un argumento fuerte. Esta medida entra en contradicción con la personalidad humana potencial reconocida al embrión.

Se ha llegado a opinar que la relación simbólica que existe entre una mujer embarazada y un embrión en el embarazo, no existe en el caso de una vida probable en un tubo de ensayo previo a ser implantado.³⁷ No es válido satisfacer el manipuleo del futuro hijo, sacrificando su dignidad y amenazando la

33 ZIPORYN, Terra, "Inquietudes medico-sociales sobre la reproducción humana artificial" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 13, No. 2, mayo-agosto, Santiago, 1986. p. 289.

34 *Ibidem* p. 290.

35 *Idem*.

36 RINGEL, Françoise, "Après la mort..." en *Recueil Dalloz Sirey*, No. 36, octubre, 1991, Paris, Francia, p. 246.

37 ESER, Albin, "Embryo experimentation: legal aspects in a comparative perspective" en *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, CILSA, Vol. 21, No. 3, noviembre, Sudáfrica, 1988. p. 358.

supervivencia de otros hijos traídos artificialmente a la vida y sacrificados luego para asegurar la viabilidad de aquél.

a.1) La donación de espermia.

Muchas de las veces los donadores de semen no son padres de familia (resultan ser estudiantes de medicina) y cuando llegan a ser padres de familia llegan a tener remordimientos de su paternidad donada.

Uno de los riesgos de la inseminación artificial por medio de bancos de espermia es la posibilidad de engendrar varios hermanos o medios hermanos en distintas familias y otras veces engendrar la población de una ciudad pequeña.

a.2) La donación de óvulos.

Lisardo Novillo como otros autores, opina que en caso de donación de óvulos fecundados, debe considerarse como madre a todos los efectos a la que alumbró al hijo, sin que la donante tenga ningún derecho y obligación.

En caso de donación de óvulos fecundados, debe considerarse como madre a todos los efectos a la que alumbró al hijo, sin que la donante tenga ningún derecho y obligación.³⁸

En el caso de la donación de óvulos se hace posible una maternidad dividida cuando una mujer aporta el óvulo y otra gesta al hijo.³⁹ Sin embargo, la normatividad en general soluciona el problema de la gestación. La solución que se plantea es que el parto determina la maternidad legal⁴⁰ aun cuando se haya donado el óvulo a quien llevó a cabo la gestación.

Otro aspecto tratado es el del artículo 378 que dice que

³⁸ NOVILLO SARAIVA, Lisardo, *op. cit.* p. 202.

³⁹ VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p. 158.

⁴⁰ *Ibidem* p. 179.

La madre que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve; que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha provisto a su educación y subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que un hombre haya hecho o pretenda hacer de ese niño. En este caso no se le podrá separar de su lado, a menos que consienta en entregarlo o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada. El término para contradecir el reconocimiento será el de setenta días, contados a partir que tuvo conocimiento de él.

a.3) La donación de embriones.

En el caso de la donación de embriones (se utilizaron gametos de donadores) si el embrión humano es transplantado al útero de una mujer casada, la paternidad y la maternidad será atribuida a ella y a su esposo.⁴¹

a.4) Los embriones supernumerarios.

Con los embriones sobrantes, es decir, los hijos de nadie, es muy probable que los investigadores puedan programar involuntariamente la extinción de la especie humana al eliminar en ellos los genes que se digan defectuosos y por lo tanto atentar irreversiblemente a la variabilidad del material genético humano.⁴²

a.5) El anonimato de los donadores.

Se piensa que el anonimato del donador protege su privacidad pero que por otro lado un hijo procreado con semen donado tiene derecho a conocer su origen genético. La razón por la que la protección al anonimato no sea absoluta tiene como fundamento permitir a los descendientes conocer posibles defectos médicos o genéticos, los que deberán estar en un registro.

Lo psicólogos que trabajan en los bancos de crioconservación consideran que no se debe esconder la verdad al hijo nacido con ayuda de donadores. Por lo

⁴¹ *Idem.*

⁴² Cf. VARAUT, Jean Marc, *Le possible et l'interdit, Le devoirs du droit, La Table Ronde, Paris, 1989, p. 114.*

que se debe revelar la información progresivamente, en respuesta solamente a las preguntas que el hijo haga. De esta manera, tomará conciencia de la intervención de un genitor biológico y tendrá amor por su padre social y no dará mayor importancia a la personalidad del donador de los gametos. La regla del secreto es una idea atrasada para el caso de aquellos que piensan que el conocimiento del donador ayudará a la medicina predictiva y permitirá por ejemplo de cuidar⁴³ y sanar las enfermedades del hijo a nacer.

Para el caso del anonimato de los progenitores de hijos nacidos fuera de matrimonio, el artículo 370 establece que

Quando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo, no podrán revelar en el acto del reconocimiento el nombre de la persona con quien fue habido, ni exponer ninguna circunstancia por donde aquélla pueda ser identificada. Las palabras que contengan la revelación se testarán de oficio, de modo que queden absolutamente ilegibles.

Debe existir una responsabilidad civil para el padre, la madre y el donador o los donadores frente al hijo concebido artificialmente. Pérez Duarte opina que esta responsabilidad debe ir más allá del deseo de conservar el anonimato. Que es por medio de la donación que se transmite todo un patrimonio genético que determina la biología del hijo. Siendo que la donación debe ser un acto responsable y el anonimato crea la atmósfera de la despreocupación del producto de la concepción.⁴⁴

El Galindo Garfias opina que la acción de investigación de la paternidad, no procede si la fecundación de una mujer se ha hecho con semen proveniente de un donador. Cuando el donador no fue ni elegido ni escogido y se conserva

43 Cf. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, "Les procréations assistées: état des questions" en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, No. 3, Año 86, París, 1987. pp. 462, 463.

44 Cf. PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, "La maternidad, ¿es siempre cierta? (La modernización del derecho frente a los avances científicos)" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año 22, No. 65, mayo-agosto, México, 1989. p. 519.

su anonimato por medio del secreto profesional del médico, la situación el hijo carece del nexo de paternidad porque se le niega el derecho de conocer a la persona que lo engendró. De esta forma, propone que se revise el concepto de parentesco consanguíneo como nexo jurídico de los miembros de la familia.⁴⁵ Es por esto que la prueba de la paternidad no debe ser sólo aceptada con la prueba biológica sino debe existir un documento del reconocimiento prenatal o postnatal del presunto padre respecto del hijo que da a luz una determinada mujer. La verdad biológica no es una suficiente en materia de filiación.⁴⁶

b) La filiación *post mortem*.

Cuando se estudio en el capítulo anterior sobre la procreación asistida *post mortem*, se reflexionó sobre las implicaciones biológicas que estaban inmersas en esta situación. No es por demás presentar el panorama de un hijo nacido bajo estas condiciones.

Por una parte el menor nacido con fecha posterior a los trescientos días de la muerte de su progenitor es considerado como nacido después del fallecimiento de aquél y se considera, por tanto, como hijo de la madre únicamente. Por otro lado, no es permitido el contrato⁴⁷ donde se pueda asegurar la descendencia *post mortem* dado que esto es nulo.⁴⁸ En este caso se presentan varios problemas que derivan de la concepción o nacimiento del hijo después de la muerte de su progenitor. Se presentan varias hipótesis en la inseminación *post mortem*:

45 Cf. GALINDO GARFIAS, Ignacio, "La fecundación artificial en seres humanos, consideraciones jurídicas" en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, Vol. 40, Nos. 169, 170, 171, enero-junio, México, 1990. p. 148.

46 Cf. MAGNARD, Frank, *Le spermatozoïde hors de loi, de la biologie à la biopopique*, Calman Levy, Paris, 1991. p. 92.

47 Vidal opina que la viuda no tiene derecho a ser inseminada con el semen de su marido fallecido, ni siquiera en el caso de que éste hubiese manifestado su última voluntad en este sentido. Cf. VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p. 147.

48 Cf. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, *op. cit.* p. 461.

1. cuando la mujer es inseminada antes o en el momento del deceso de su pareja o,

2. cuando la mujer por diversas razones no pudo ser inseminada a pesar de varias tentativas efectuadas en el momento en que su pareja muere. Esta situación aparece cuando la mujer se hace inseminar o fecundar una vez que su pareja ha fallecido.⁴⁹

En el primer caso el menor ya fue concebido y ha comenzado su existencia embrionaria.

La concepción tiene lugar en vida de ambos progenitores. Es el caso de un embrión implantado en el útero de la madre en el momento del fallecimiento del marido. Este menor tiene marcado un destino original. La misma fatalidad puede venir al menor concebido en caso de un accidente de su progenitor. En esta situación se debe aplicar el derecho de la filiación. Si se trata de una pareja casada, la presunción *pater is est* se aplica porque la inseminación o fecundación de la esposa ha tenido lugar mientras existió el matrimonio. El menor es sin duda legítimo. En el caso de una concubina, el menor póstumo tendrá dificultades sobre su filiación porque se requerirá de un reconocimiento *in utero* de la madre y un reconocimiento prenatal de los dos padres en la esperanza de un menor futuro. En caso de no haber previsto el reconocimiento paternal, un recurso póstumo a la acción de investigación de la paternidad es posible con la demostración de la posesión de estado. La concubina puede entablar un lazo de filiación natural por la posesión de estado. El certificado médico de la fecundación *in vitro* da testimonio de la posesión de estado para que los menores se puedan respaldar.

⁴⁹ En septiembre de 1984 se conoció un caso de inseminación post mortem donde se revela el nacimiento de un menor según esta técnica, tres años después de la muerte de su padre. Se le denominó no el hijo póstumo sino el hijo futuro. Cf. RINGEL, Françoise et al., "Après la mort..." en *Recueil Dalloz Sirey*, No. 36, 31 de octubre, París, 1991. p. 245.

En el segundo caso, el encuentro entre los gametos no ha tenido lugar.⁵⁰ El hijo desciende biológicamente de su padre; pero la fecha de concepción se determina con el día de la inseminación o de la fecundación, y no se puede, de acuerdo a las reglas de la filiación legítima, tener por padre al marido de la mujer. Otro hecho sería afirmar que el menor ha sido engendrado por un cadáver. La cuestión hereditaria es totalmente desfavorable para un hijo concebido por este medio pues se le considera incapaz de heredar pues aún no había sido concebido. Algunos autores sugieren que se admita el reconocimiento prenatal antes de la concepción. En Francia se pretende que el Tribunal de Créteil establezca la posibilidad del lazo de filiación sobre la voluntad expresa o presunta del *de cuius* a autorizar la inseminación *post mortem*. La situación del hijo *post mortem* no se resume solamente a los términos de su filiación.⁵¹

El problema se sitúa en saber si existe una libertad del hombre para disponer de sus fuerzas genéticas. Es cierto que existe en la inseminación *post mortem* una prueba de amor, pero, ¿a favor de quién? porque el hijo queda como un recuerdo o *souvenir* de la pareja o como una continuación simbólica de una vida conyugal frustrada. Entonces se reflexiona sobre la calidad del menor y se piensa si acaso es tratado como un objeto y no como un ser humano.

La solución es no permitir este tipo de prácticas. No se debe permitir a los padres programar el nacimiento, a título póstumo, de un huérfano de padre o de madre. El deseo de perpetuidad es un sentimiento respetable pero solo para aquellos que pueden asumir sus responsabilidades. Las fuerzas genéticas son en quienes las tienen un depósito inalienable y sagrado, las potencialidades del universo.

50 RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, *op. cit.*, 461.
51 RINGEL, Françoise, *op. cit.* pp. 241-246.

El artículo 325 del Código Civil establece que contra la prueba de la 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 treientos que han precedido al nacimiento.

La opinión más generalizada sobre la disposición de regular sobre la materia es la de prohibir la inseminación de la esposa con esperma del marido después de que éste haya fallecido.⁵²

...la inseminación artificial de la mujer viuda, con semen congelado del marido muerto, lo que presupone una técnica que es atentatoria a la dignidad e integridad del hijo, cual es la congelación del líquido seminal...⁵³

Este tipo de práctica priva de derechos hereditarios al hijo concebido por la viuda mediante semen conservado del marido.

El problema que debe ser resuelto es sobre las consecuencias jurídicas que pueden derivarse. El artículo 22 del Código Civil establece que la capacidad jurídica de las personas físicas se pierde por la muerte. Esto ocasiona, en el caso de la procreación *post mortem*, que al padre genético no se le reconozca en el ámbito jurídico pues ha dejado de existir como persona, y por lo tanto, ya no pueden derivarse de él ni derechos ni obligaciones respecto a terceros.

La opinión generalizada es que se debería prohibir la inseminación artificial *post mortem*, porque no sería justo para el hijo una vida programada al mundo donde no se halla su progenito.⁵⁴

52 NOVILLO SARAVIA, Lisardo, *op. cit.* p. 208.

53 Cf. Tagle de Marrama y Chieppero de Bas en NOVILLO SARAVIA, Lisardo, *op. cit.* p. 208.

54 Cf. VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p. 145.

b.1) La filiación del hijo póstumo en la procreación asistida *post mortem*.

Con las prácticas de inseminación artificial *post mortem* las almas de los muertos pueden tener hijos que los perpetúen.⁵⁵ Estos hijos serán sin duda una interrogante para el jurista una vez que se tenga que identificar la filiación. Este supuesto evoca la idea de una cierta sobrevivencia de la personalidad jurídica después de la muerte. Por lo que es posible legitimar a título de hijo póstumo al menor. La legitimación póstuma es considerada únicamente para el interés de los descendientes del difunto. También en el caso de la legitimación que hace un padre que no quiso reconocer en vida la paternidad del menor y lo hace de manera póstuma al momento del acto sucesorio. El hecho tiene su origen al reconocimiento del matrimonio póstumo cuya única finalidad es legitimar a los hijos y éstos puedan tener los derechos a la sucesión y a un régimen matrimonial.

En este sentido, aún cuando la carga genética es derivada del semen del que fuera el progenitor, para la norma jurídica, el hijo nacido de la viuda trescientos días posteriores a la muerte de su esposo, se consideraría fuera de matrimonio.⁵⁶ Por otro lado, si el hijo nace antes de los trescientos días de la disolución del matrimonio, se presume la paternidad del marido fallecido.

Resulta que en nuestro derecho positivo no se reconoce la filiación *post mortem*, lo cual queda claramente establecido en los artículos mencionados con anterioridad. Esto, sin embargo, no esclarece los casos en donde sí se presenten inseminaciones extramatrimoniales. Lo cual viene a ser una laguna para el derecho.

⁵⁵ El semen fecundante de aquel ser a quien pertenecía no ha muerto definitivamente. Sin embargo, la muerte física del sujeto implica el fin de su personalidad. Es por esto que el hijo concebido *post mortem* con semen de su padre, no adquirirá por vía hereditaria ningún derecho derivado de la transmisión sucesoria. Porque el día del fallecimiento ese hijo no existía jurídicamente. Cf. ZANNONI, Eduardo, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina (proyecciones jurídicas)*, ASTREA, Buenos Aires, 1978. p. 75.

⁵⁶ *Ibidem* p. 30.

El nacimiento del hijo póstumo nacido por los métodos de procreación asistida abre incertidumbre respecto a su legitimidad en el caso en que no haya sido concebido durante el matrimonio. En este sentido se pierde cualquier derecho a la filiación por el hijo que ha sido concebido de esta manera, y por ende, cualquier derecho sucesorio que hubiera podido adquirir.

El Código Civil en la fracción II del artículo 324 dice que

se presumen hijos de los cónyuges...los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de ...muerte del marido...

En el primer aspecto, si el hijo naciera después de los trescientos días de la disolución del matrimonio, es decir, en el caso inseminación artificial *post mortem*, indudablemente, el código civil no concede ningún derecho al hijo concebido de esta forma ya que además se añade a esta presunción la prueba en que al marido le fue imposible realizar el acto sexual con su mujer.

Si se presenta el hecho de la imposibilidad del marido de poder tener hijos, y de ello la búsqueda de otra vía para lograrlo en vida, supone que la decisión y las consecuencias de la voluntad del padre de haber intentado una descendencia se hicieron bajo una decisión matrimonial y no extramatrimonial. Pero si posterior al depósito del semen, el marido ve la imposibilidad de estar con su hijo por razón de algún padecimiento insuperable, y tiene la seguridad que el hijo se va a lograr, al hacer su testamento, plantea el deseo de heredar a su sucesor concebido bajo ese método.

Si la viuda llegara a tener un hijo del que fuera su marido, y este hijo nace después de los trescientos días del fallecimiento de su progenitor, resulta que el derecho desconoce la relación de filiación o de parentesco con la familia del progenitor.

Impedir este tipo de prácticas no es una solución absoluta ante la movilidad social y la psicología moderna.

La norma establece sobre la presunción de ser hijo de matrimonio a aquel que ha sido concebido después de los ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo ya provenga ésta por muerte del marido para que el hijo sea considerado hijo legítimo de esa persona.

El artículo 325 del código civil establece que en la presunción de la paternidad

...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.

También se puede dar la posibilidad de algún embrión concebido con material genético de sus padres legítimos y que alguna de las partes falleciera antes de la implantación de ese embrión. Sea el caso en que la esposa falleciera y no haya sido posible la concepción en su útero, (fecundación *in vivo*) pero sí en una probeta (fecundación *in vitro*), o fuera que el esposo muriera antes de ser implantado el embrión en el útero de su pareja. En ambos casos, el embrión fue concebido antes del fallecimiento de cualquiera de sus progenitores. Pero el conflicto se suscitara si el embrión, un ser concebido, es implantado fuera del tiempo requerido para considerar que ha nacido en el lapso que la ley establece y atribuirle el parentesco tanto del padre o de la madre, según sea el caso.

Lo más correcto sería no permitir la inseminación *post mortem*. En primer lugar porque el hijo sería considerado como extramatrimonial, lo cual lo colocaría en desventaja respecto a los derechos derivados de su filiación. No existiría una prueba fehaciente para el reconocimiento de la paternidad pues el menor habría

nacido fuera del término legal para considerar su parentesco. Además entraría el principio de la imposibilidad carnal del padre de haber podido concebir un hijo después de los treientos días de la disolución de su matrimonio por causa de su muerte.

En este caso, la disyuntiva está en ubicar a la inseminación *post mortem* como matrimonial o extramatrimonial. Si por causa de la muerte del esposo, el vínculo matrimonial se disuelve, entonces, no debe ser aceptada la procreación de hijos después de la de muerte del marido. En principio la finalidad del matrimonio queda extinguida al no existir el vínculo de unión ni la obligación de los contrayentes. El esposo está muerto y se dice que *mortuus velle desiit*, es decir, el muerto ha dejado de querer.

Cuando un menor es concebido después de morir su padre genético o su madre genética, trae como consecuencia que no sea considerado como hijo dentro de matrimonio si el periodo para hacer la presunción de la paternidad o maternidad está fuera de ley. La consecuencia es que no se le pueda reconocer al hijo su filiación con el padre o madre fallecidos.

Sobre las acciones de investigación de la paternidad o la maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres, según el artículo 388 del mismo ordenamiento. Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor de edad.

b.2) Derechos sucesorios del hijo póstumo en la procreación *post mortem*.

La presunción *juris tantum* establece que mientras no se demuestre lo contrario, el hijo es del marido y tiene derecho a sucederle, de lo contrario, no

podría considerarse matrimonial. Sin embargo, no hay que olvidar que el artículo 1314 del Código civil establece que son incapaces de adquirir por testamento *los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables.*

Se puede suponer el frívolo caso de una mujer cuyo marido muere pero éste en vida hace depósito de su semen en un banco con la idea de tener un hijo. En su testamento hace mención del depósito del semen y del deseo de un sucesor para sus propiedades y la condición de heredar a la viuda si se hace inseminar.

En principio, no se puede testar sobre la futura filiación; pero existe la posibilidad de establecer condiciones sobre la disposición de los bienes. La viuda deseosa de cumplir la última voluntad de su esposo se hace inseminar y se logra la concepción del hijo.

El artículo 1347 del Código Civil establece que

...la condición física o legalmente imposible de dar o de hacer, impuesta al heredero o legatario, anula su institución...

lo que confirma lo que el artículo 1314 menciona al respecto:

...son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337.

Bajo los lineamientos del Código Civil se entiende que el hijo concebido *post mortem* con semen del que pudo ser su padre, no adquiriría por vía hereditaria ningún derecho derivado de la transmisión sucesoria. Porque el día del fallecimiento ese hijo no existía jurídicamente.⁵⁷

57 *Ibidem* p. 75.

También se considera que se deben evitar las apertencias sucesorias, o, en general, el capricho o la arbitrariedad de una herencia que puede estar ya repartida. La doctrina preconiza la regla de privar de derechos sucesorios al hijo habido por estos procedimientos de la inseminación artificial, si el comienzo de la gestación es posterior al de la muerte del padre.⁵⁸

El progenitor genético al morir pierde su capacidad jurídica, pero no se extinguen por ello las relaciones jurídicas anteriores al hecho de su fallecimiento.

Cuadros Villena considera que

*...si la paternidad es un hecho biológico de efectos jurídicos, constituye el reconocimiento de la concepción y el nacimiento, resultado de las relaciones sexuales de los padres. Pero si el padre ha quedado impedido de esas relaciones, pero ha conservado los elementos germinativos, es lógico que la paternidad también le corresponderá y correspondiéndole, el hijo llevará también su apellido y gozará de todos los derechos hereditarios...*⁵⁹

En este caso se contempla la imposibilidad física de poder concebir; pero existe el hecho de poderlo hacer aún fallecido el progenitor. Este tipo de bancos de almacenamiento deben regirse bajo un estricto control. No debe permitirse a la viuda la concepción de hijos con el semen de su pareja fallecidas, o viceversa, los viudos no deben buscar la implantación de los óvulos de sus mujeres fallecidas.

También las parejas acuden a este tipo de práctica porque existe en ellos una resistencia a la disolución de su personalidad jurídica y desean dejar un rastro de futura descendencia a pesar de la muerte. Con este acto, el significado se vuelve meramente patrimonial sobre los herederos del difunto. El patrimonio es considerado entonces un honor de la familia y por eso es necesario dejar descendencia y herederos.

⁵⁸ VIDAL MARTINEZ, Jaime, *op. cit.* p. 147.

⁵⁹ CUADROS VILLENA, F., *op. cit.* p. 80.

...si bien es cierto que los elementos fecundantes llevan en sí parte del ser que lo elabora, a tal punto que transmite características, rasgos, enfermedades, etc. y que será padre del mismo la persona de quien provenga el gameto y madre aquella mujer de quien provenga el óvulo, ello será cuando la persona 'está viva' y no cuando 'ha muerto', pues ha perdido los 'atributos de la personalidad' y quien 'no es persona, no puede ser padre'...⁶⁰

c) La libertad reproductiva.

El derecho de las personas para decidir sobre su familia es una garantía que impone ciertas obligaciones. Esta garantía de decidir el espaciamiento de los hijos no debe ser total. La reproducción humana es un derecho que hoy en día juega un papel trascendental en la sociedad.

El derecho a la reproducción no es en este sentido, un derecho constitucional...pero si es un derecho con fundamento constitucional. Fundamento que no es otro que el reconocimiento positivo, constitucional, de la libertad...tal derecho a la reproducción no tiene por qué ser absoluto...el derecho a la reproducción, debe alcanzar al máximo posible sin llegar a vulnerar otros principios constitucionales o bienes constitucionalmente protegidos.⁶¹

La observación médica es que un menor puede ser engendrado por un muerto. Psicológicamente, la inseminación *post mortem* ofrece a los individuos incurables un remedio contra la angustia de la muerte y asegurar una esperanza de posteridad. Afectivamente, una exaltación de la última prueba de amor que se entrega a la esposa o a la compañera. La realidad jurídica es totalmente otra. El jurista se preocupa de la herencia del menor donde encontrará anticipadamente los obstáculos. Es una situación entre la técnica y la moral, el derecho no llega aún a quitar las consecuencias de los progresos de la ciencia.

c.1) La eugenesia en la filiación.

El diagnóstico del sexo del embrión antes de su implantación humana ya ha sido propuesto desde hace tiempo. Así como la práctica del diagnóstico

60 MAGNASCO, Ralfo, et al, "Técnicas genéticas de la fecundación en las personas de existencia visible. Sus implicaciones éticas y jurídicas" en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Preudentia Iuris V*, Buenos Aires, 1981. pp. 106, 107.

61 GONZALEZ TREVIJANO, Pedro, *op. cit.* pp. 90-92.

preimplantatorio del embrión, que tiene por objetivo decidir si el embrión es sano o no y de esa premisa decidir la eliminación del embrión o del feto anormal en cualquier etapa del embarazo.⁶² En ambos casos se provocan desórdenes en la naturaleza humana que repercutirán tanto en la reproducción posterior como en su salud. Es evidente que la posibilidad de alteración de los cromosomas tenga consecuencias presentes y futuras.⁶³ Y es más evidente aún el cuestionamiento ético de la tecnología.

c.2) Efectos psicológicos del hijo nacido mediante prácticas de la procreación asistida.

El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, se presenta, para el jurista, como el primero de los derechos de la personalidad esencial...⁶⁴

Es una injusticia innecesaria que los hijos desconozcan sus orígenes bajo este tipo de prácticas cuando se trata de conocer aquello que le incumbe como ser humano. Tanto la filosofía occidental como la oriental se han preguntado y se seguirán preguntando sobre el origen de la humanidad. Si bien estas filosofías tratan de encontrar eslabones perdidos en aquellos milenios para explicar la evolución del ser humano, qué difícil será para cualquier persona no poder conocer siquiera su origen más cercano como lo son sus progenitores. Es una necesidad vital saber y conocer la ascendencia de que nos corresponde. Por qué privar a un hijo, que después se convertirá en adulto, de su derecho de conocer su propio origen.⁶⁵ Nadie desea saber que viene de la nada. Nadie quiere creer que fue producto de un experimento de laboratorio. ¿O es acaso que

62 FRYDMAN, René, "La procréatique" en *Pouvoirs*, No 56, Paris, 1991. pp 66, 67.

63 HARRIS, John, "Should we experiment on embryos?" en *Birthrights, law and ethics at the beginnings of life*, ROUTLEDGE, Londres, 1990. pp. 86, 87.

64 Cf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El valor de la vida humana*, Ribinzel y Culzoni S.C.C. editores, Segunda edición, Santa Fé, Argentina, 1988. p. 25.

65 Cf. ESER, Albin, "La genética umana alla luce del diritto tedesco" en *L'Indice Penale*, Año 20, No. 3, septiembre-diciembre, Padova, 1988. p. 568.

se están creando seres humanos con funciones específicas en la sociedad que no necesiten saber de aquello que es común a los demás y a todos?. Realmente es terrible que así sea. Por ello, el conocimiento que se puede tener siquiera de la información genética de los padres es de gran ayuda para la salud de cualquier persona. Nadie desea saber que su nacimiento fue un ensayo experimental sobre su persona.

Dice Mori que en la sociedad occidental la conciencia biológica tiene una importancia particular respecto al factor biológico para la vida social porque en la sociedad occidental es importante saber quiénes son los genitores biológicos y saber cuál es la propia identidad biológica. Al mismo tiempo, es una cuestión de prevención familiar del genotipo que presenta el individuo en el plano de la prevención de enfermedades. En este sentido, la familia representa una especie garantía genética.⁶⁶

Representa una falta de humanidad en esta sociedad tan deshumanizada guardar el secreto de los donadores. En situaciones desagradables para el hijo sería muy angustiante no saber quiénes son sus padres biológicos, y que le dijeran "tú no eres hijo mío". Tampoco se debe fomentar que los donantes no se obliguen a asumir la responsabilidad de sus hijos biológicos.⁶⁷

La sociedad moderna ha hecho que la vida y la naturaleza sean modificadas fácilmente por el hombre y la mujer. De esta manera el ser humano encuentra en sí mismo su propio fin al destruir su propia naturaleza y el ambiente que le es necesario para vivir. La humanidad es alterada por la acción de dominio y en perjuicio del propio ser humano.⁶⁸

66 Cf. MORI, Maurizio, *La fecondazione artificiale questioni morali nell'esperienza giuridica*, Giuffrè editore, Milano, 1968. p. 335.

67 ZIPORYN, Terra *op. cit.* p. 293.

68 Cf. MAGNARD, Frank, *Le spermatozoïde hors de loi, de la biologie à la biopolitique*, Calmann Lévy, Paris, 1991. p. 92.

Las técnicas de procreación asistida han rebasado los límites de su finalidad. No se trata ahora de justificar la esterilidad e infertilidad de una pareja para procrear. El objetivo ha sido cumplido pero desgraciadamente la inconformidad y el espíritu de conquista en el ser humano será la puerta de entrada que lo lleve al abismo de su propia investigación. Es prudente que la sociedad tenga conocimiento de estos hechos. Tal vez con el sentido común se logre reconsiderar el uso debido de las técnicas de procreación asistida para no indagar más allá de los límites biológicos en el ser humano. La genética es un derecho que todo ser humano debe apreciar como parte de su integridad, de su libertad, de su individualidad y ante todo, es un derecho que dignifica a la especie humana como la especie que tiene la virtud de razonar para poder ser libre.

Las personas que tienen conciencia de estos cambios y adelantos deben ser responsables. Finalmente son los hijos quienes padecerán las consecuencias y la familia tendrá otro sentido para la sociedad. Es por esto que el Derecho debe continuar con su principal objetivo que es proteger la integridad de las personas para lograr una sociedad plena. De esta manera, la esperanza de la vida seguirá teniendo sentido para la familia y el Derecho.

FALTA PAGINA

No. 161

CONCLUSIONES

Con este trabajo de tesis se reflexionó sobre la importancia y trascendencia del tema de la procreación asistida no solo en el ámbito jurídico sino también en el aspecto ético, social y genético. Con este propósito se presentan las siguientes conclusiones.

1. La personalidad jurídica no solo debe ubicarse en el aspecto patrimonial de las personas sino que también debe plantear el aspecto ético y moral. Este aspecto debe abarcar la dignidad de las personas a partir de su concepción.
2. La integridad de todo ser humano es parte fundamental de los objetivos del derecho. Este reconocimiento debe basarse en la dignidad del ser humano como un derecho y una obligación de toda persona en la sociedad.
3. Personalidad jurídica no es lo mismo que capacidad jurídica de las personas.
4. La personalidad jurídica es el atributo que se tiene para ser sujeto de derecho y la capacidad jurídica es el atributo para que el sujeto de derecho sea titular de derechos y obligaciones.
5. Todo ser humano en potencia o en acto es sujeto de derecho porque de esta forma es posible dignificar su calidad de persona.
6. La naturaleza jurídica de los embriones es el de sujetos de derecho y no objeto del derecho porque son seres humanos.
7. No es posible cosificar al embrión humano porque su esencia, es decir, el material genético que lo compone es digno de protección.
8. La inseminación artificial homóloga debe permitirse porque no pone en discusión el parentesco consanguíneo ni la filiación de los hijos.

9. En la inseminación artificial homóloga no debe permitirse la impugnación de la paternidad, aún cuando el padre no haya otorgado su consentimiento para realizar dicha práctica.

10. La inseminación artificial *post mortem* no debe permitirse porque pone en riesgo la filiación y patrimonio de los hijos porque les anula la presunción de ser hijos dentro del matrimonio.

11. La inseminación artificial heteróloga y la fecundación *in vitro* heteróloga deben practicarse como un caso extremo de necesidad de la pareja.

12. En la procreación heteróloga se genera el parentesco civil con el menor ya que no habrá ningún tipo de relación consanguínea entre los padres sociales y el hijo.

13. Las consecuencias del uso de donadores de gametos son semejantes a los padres que abandonan a sus hijos.

14. Si un individuo es concebido por medio de la donación de gametos el menor tiene derecho a conocer su origen genético, es decir, el origen de sus progenitores.

15. Son inexistentes los contratos de maternidad subrogada porque su objeto no puede ser materia del contrato, es decir, el ser humano no puede ser objeto del contrato.

16. Las técnicas de procreación asistida ponen en riesgo el parentesco consanguíneo de los hijos.

17. El parentesco no solo es por consanguinidad, afinidad y el civil. En los casos de maternidad subrogada existe el parentesco biológico que es el que une a un hijo con la mujer que lo pare pero que genéticamente no es su madre. Es un creación híbrida del parentesco donde hay una mezcla del parentesco por consanguinidad y el civil.

18. La filiación de los hijos debe reflexionarse ya que las técnicas de procreación asistida crean duplicidad o triplicidad de padres y madres en un menor. Se origina la aparición de padres y madres genéticos, padres y madres biológicos y padres y madres sociales. El hijo es expuesto a un conflicto emocional muy delicado donde las figuras paterna y materna no están definidas.
19. El congelamiento de embriones es innecesaria porque se juega con la vida del ser humano.
20. El derecho a la vida consiste no sólo es que se respete este valor sino también consiste en proteger la concepción digna del ser humano.
21. Aún no se tienen respuestas sobre si los cromosomas de un embrión congelado pueden dañarse o ya han sido dañados.
22. No deben permitirse investigaciones para la creación de híbridos o la clonación de seres humanos porque esto va en contra de a dignidad del propio ser.
23. Debe considerarse delito toda práctica de experimentos que se realicen con embriones humanos y atenten su dignidad humana.
24. La eugenesia atenta contra la igualdad y la libertad de la humanidad en el orden normativo porque el pretender perfeccionar la especie humana es un acto que va en contra de las leyes naturales y ésta distorsión provoca cambios en la conducta ética de la sociedad.
25. Determinar el sexo de los embriones alterando cromosomas atenta contra el equilibrio natural de los seres humanos. Poder escoger el sexo de una persona antes de su nacimiento establece una mentalidad de preferencias y desequilibrio de sexos de la población. Esto ocasiona que se pretenda la selección de características físicas de los embriones para crear seres humanos en serie.¹

¹ El día 12 de noviembre de 1993 en Barcelona, España, se supo de una inseminación artificial donde se obtuvo la concepción de un embrión humano femenino. El logro científico consistió en alterar los cromosomas de la célula para determinar y escoger el sexo. Es posible mediante la licuación a cierta temperatura de los gametos, obtener embriones humanos masculinos.

26. El derecho debe actualizarse en el tema de la procreación asistida y estar a la vanguardia del cambio. Como orden normativo debe mantener la integridad de la familia por ser base y equilibrio de la sociedad y visualizar los cambios con antelación a los hechos previniendo futuros caos de sociabilización.

BIBLIOGRAFIA

- BAUDOQUIN, Jean-Louis *et al.*, Produire l'homme: de quel droit: étude juridique et éthorique des procréations artificielles, Presses Universitaires de France, Paris, 1987.
- BENABENT, Alain, Droit Civil, La famille, LITEC, Tercera edición, Paris, 1988.
- BONILINI, Giovanni, Nozioni di diritto di famiglia, UTET, yorino, 1987.
- CERVANTES, Manuel, Historia y naturaleza de la personalidad jurídica, Editorial Cultura, México, 1932.
- CICU, Antonio, La filiazione. gli alimenti, Fasc. 1o. del Vol. III, Tomo 2, Editrice Torinese, Torino, 1939.
- CLARIZA, Renato, Procreazione artificiale e tutela del minore, Giuffré editore, Milano, 1988.
- COLOMBET, Claude, La famille, Segunda edición, Presses Universitaires de France, Paris, 1990.
- COVIELLO, N., Doctrina general del derecho civil, Biblioteca jurídica y sociológica UTEHA, México, 1938.
- CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., La familia en el derecho. relaciones jurídicas paterno filiales, Segunda edición, Porrúa, México, 1990.
- DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, Derecho civil, parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez, Porrúa, México, 1990.
- DRAI, Raphael, Comp. Bioéthique et droit, études rassemblées par Raphael drai et Michéle Harichaux, Presses Universitaires de France, Paris, 1988.
- Code de Nuremberg, Ethique médicale et droits de l'homme, la fabrique du corps humain, Actes Sud, INSERM, Paris, 1988.
- FEINBERG, Gerald, Claves ciertas, Biblioteca científica SALVAT, España, 1987.
- FIELD, Martha A., Surrogate motherhood, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1990.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho civil, Séptima edición, Porrúa, México, 1985.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del derecho, Porrúa, 39a edición, México, 1988.
- GORDON, Linda, Woman's body, woman's right, birth control in America, Penguin Books, New York, 1990.
- GOSTIN, Larry, Surrogate motherhood, politics and privacy, Indiana University Press, Indiana, 1990.
- GUTIÉRREZ Y GONZALEZ, Ernesto, El patrimonio (pecuniario y moral), Porrúa, Tercera edición, México, 1990.
- HAAS, Emilio J. C., Manual para la investigación de la filiación, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1985.
- HARRIS, John, "Should we experiment on embryos?" Birthrights, law and ethics at the beginnings of life, Routledge, Londres, 1990.
- HEELEIN, Sussane, Contribución al estudio de la inseminación artificial con esperma del cónyuge, UNAM, México, 1991.
- HERRERA CAMPOS, Ramón, La investigación de la paternidad y la filiación no matrimonial, Universidad de Granada, España, 1987.
- HOLLEAUX, Georges, De la filiation en droit allemand, suisse et française, Institut de droit comparé, Francia, 1966.
- KNOPPERS, Bartha Maria, Human dignity and benetie Heritage, Law Reform Commission of Ottawa, Ottawa, Canadá, 1991.

- LABRUSSE, Catherine *et al*, Droit de la filiation et progrès scientifiques, Economica, París, 1982.
- LEE, Robert, Law and ethics at the beginnings of life, Routledge, London, Gran Bretaña, 1990.
- LLEDO YAGÜE, Francisco, Acciones de filiación, Colección jurídica profesional La Ley, Segunda edición, Madrid, 1987.
- MAGNARD, Franck, Le spermatozoïde hors de loi; de la bioéthique à la biopolitique, Calmann Lévy, París, 1991.
- MASSIP, Jacques, La preuve scientifique de la filiation et la pratique judiciaire, Droit de la filiation et progrès scientifiques, Collection Ed. Economica, París, 1982.
- MORI, Maurizio, La fecondazione artificiale, questioni morali nell'esperienza giuridica, Giuffrè editore, Milano, 1988.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, El valor de la vida humana, Ribinzal y Culzoni S.C.C. editores, Segunda edición, Santa Fé, Argentina, 1986.
- NICOLAU, Gilda, L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation, Presses Universitaires, Bordeaux, 1989.
- O'BRIEN, Mary, The politics of reproduction, London, Routledge and Kegan Paul, Gran Bretaña, 1981.
- PÉREZ ALVAREZ, Miguel Angel, La nueva adopción, Editorial Civitas, Madrid, 1989.
- PÉREZ CARRILLO, Agustín, Modelo de política legislativa: aplicación al caso del aborto en México, Editorial Trillas, México, 1982.
- PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, Derecho de familia, I.I.J., Serie A, Fuentes B, textos y estudios legislativos, 65, U.N.A.M., México, 1990.
- PINA, Rafael de, Derecho civil mexicano, Porrúa, Vol. I, México, 1978.
- PRENTIS, Steve, Biotecnología, Biblioteca científica SALVAT, Navarra, 1989.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho civil mexicano, introducción y personas, Porrúa, Quinta edición, Tomo IV, México, 1981.
- _____, Sexta edición, Tomo I, México, 1987.
- _____, Compendio de derecho civil, Porrúa, Decimaquinta edición, Tomo I, México, 1978.
- ROUGER, Phillipe, L'empreinte humaine: de l'éthique à la génétique, Mercure de France, Francia, 1992.
- ROUSSEL, Louis, La famille incertaine, essai, París, 1989.
- SANTOSOUSO, Fernando, La fecondazione artificiale umana, Dott A, Giuffrè editore, Milano, 1984.
- SERNA MERONO, Encarnación, La reforma de la filiación, Editorial Montecorvo, Madrid, 1985.
- SERRANO RUIZ-CALDERON, José Miguel, Cuestiones de bioética, Speiro, Madrid, 1991.
- SHALEV, Carmel, Birth Power: The case for surrogacy, Yale University Press, New Haven, Conn., 1989.
- SNOWDEN R, *et al*, La famille artificielle, reflexions sur l'insémination artificielle par donneur, Anthropos, París, 1984.
- SOUPART, Pierre, Estado actual de la fertilización in vitro y la transferencia de embrión en la especie humana, Clínicas obstétricas y ginecológicas, Vol. III, Interamericana, México, 1980.
- SOTO LAMADRID, Miguel Angel, Biogenética, filiación y delito (la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho), ASTREA, Buenos Aires, 1990.
- STONE, Sergio C., "Complicaciones y engaños de la inseminación artificial", Clínicas obstétricas y ginecológicas, Interamericana, Vol. 3, México, 1980.

- SUAREZ FRANCO, Roberto, Derecho de familia: derecho matrimonial, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990.
- TABOADA, Leonor, La maternidad tecnológica de la inseminación artificial a la fertilización in vitro, ICARIA, Barcelona, 1986.
- TRABUCCHI, Alberto, Istituzioni di diritto civile, Edizioni Cedam-Padova, Decimoséptima edición, Padova, 1968.
- VARAUT, Jean-Marc, Le possible et l'interdit; les devoirs du droit, La Table Ronde, Paris, 1989.
- VASSALLI, Filippo, Trattato diritto civile italiano, Vol. III, Tomo 2, UTET, Torino, 1987.
- VELASCO SUAREZ, Manuel, Bioética y derechos humanos, CNDH, México, 1992.
- VERCELLONE, Paolo, La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale, Torinese, Torino, 1987.
- VERRUNO, Luis, *et al*, Banco genético y el derecho a la identidad, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.
- VIDAL MARTINEZ, Jaime, Las nuevas formas de reproducción humana, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988.
- VON JHERING, Rudolf, Bromas y veras en la jurisprudencia, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974.
- ZANOTTI, Andrea, Le manipolazione genetica e il diritto della chiesa, Dott. A. Giuffré, Milano, 1990.
- ZANNONI, Eduardo A., Inseminación artificial y fecundación extrauterina (proyecciones jurídicas), ASTREA, Buenos Aires, Argentina, 1978.

HEMEROGRAFIA DE CONSULTA Y GENERAL

- ANDORNO, Roberto L., "Incidencia de la fecundación in vitro sobre la distinción entre personas y cosas" en *Persona y Derecho*, No. 26, Universidad de Navarra, España, 1991.
- BANCHIO, Enrique Carlos, "El derecho civil ante las nuevas exigencias en la tutela jurídica de la persona humana" en *Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Vol. 30, No. 1, Córdoba, 1991.
- "Status jurídico del nasciturus en la procreación asistida" en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Vol. 29, Córdoba, 1990.
- BARBERO SANTOS, Marino, "Ingeniería genética y fecundación asistida: consideraciones político criminales", en *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 13, No. 44, mayo-agosto, Bogotá, 1991.
- BARRAGAN C., Velia Patricia, "La reproducción humana asistida, marco jurídico", Conferencia dictada el 7 de diciembre de 1990 en el Museo Regional de Historia de Durango, para "Amigos de la Universidad de Juárez del Estado de Durango" A. C., en *JUS*, No. 3, diciembre, Durango, México 1991.
- BARZACH, Michèle, "Bioéthique: les lacunes du droit et les faiblesses de la démocratie" en *Pouvoirs*, No. 56, París, 1991.
- BEUCHOT, Mauricio, "Sobre el derecho a la vida, el aborto y el proceso inicial de la vida humana" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, Año 15, No. 15, México, 1991.
- BOTTIAU, Annie, "Empreintes génétiques et droit de la filiation" en *Recueil Dalloz Sirey*, No. 39, 23 de noviembre, París, 1989.
- BOZA DIBOS, Beatriz, "Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del derecho: reflexiones en torno a la reproducción humana asistida" en *Derecho*, No. 45, diciembre, Lima, 1991.
- BRAIBANT, Guy, "Pour une grande loi", en *Pouvoirs*, No. 56, París, 1991.
- CARDENAS QUIROS, Carlos, "Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina" en *Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 42, diciembre, Lima, 1988.
- CASTELLI, Mireille D., "Les manipulations génétiques et le droit" en *Revue Generale de Droit*, Vol. 19, No. 1, Ottawa, 1988.
- CAVALLA, Francesco, "Diritto alla vita e diritto sulla vita sulle origini culturali del problema dell'eutanasia" en *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, enero-marzo, Serie IV, Vol. 65, Giuffrè editore, Milano, 1980.
- COOPER DREYFUSS, Nelkin Dorothy, "The jurisprudence of genetics" en *Vanderbilt Law Review*, Vol. 45, No. 2, marzo, Nashville-Tennessee, 1992.
- COPEN, Robert A., "Surrogate parenting" en *Annual Survey of American Law*, No. 4, Nueva York, 1988.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, "La nueva legislación española sobre técnicas de reproducción artificial y procedimientos afines" en *Revista de Derecho Privado*, marzo, Madrid, 1992.
- CORSALE, Massimo, "Stato di diritto, sicurezza sociale e scelte bio-etiche" en *Sociologia del Diritto*, Vol. 15, No. 2, Milano, 1988.
- CRAVIOTO, Ma. del Carmen, "Derecho y tecnología, fecundación artificial" en *Seminario de Salud y Derechos Humanos, Instituto Nacional de la Nutrición*, México, 1990.
- CRUZ PONCE, Lisandro, "El nasciturus", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 23, No. 67, enero-abril, México, 1990.
- CUADROS VILLENA, F., "Sobre la inseminación post-mortem" en *Revista Internacional de Derecho Contemporáneo*, No. 1, Bruselas, 1984.

- "Sobre la inseminación post-mortem" en *Revista Internacional de Derecho Contemporáneo*, No. 2, Bruselas, 1985.
- CUPIS DE, Adriano, "La persona humana en el Derecho privado" en *Revista de Derecho Privado*, septiembre, Madrid, 1957.
- CHABAS, Françoise, "La corte de casación francesa y el asunto de las llamadas madres portadoras" en *Jurídica*, No. 21, México, 1992.
- DAVID, Georges, "La construction pratique d'une déontologie" en *Pouvoirs*, No. 56, París, 1991.
- EPHROSS, Joel N., "In vitro fertilization: Perspectives on current issues" en *Jurimetrics Journal*, Vol. 32, No. 3, Primavera, Chicago, 1992.
- ESER, Albin, "Embryo experimentation: legal aspects in a comparative perspective" en *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 21, No. 3, noviembre, Pretoria, Sudáfrica, 1988.
- "La genética humana a la luz del derecho tedesco" en *L'Indice Penale*, Año 20, No. 3, septiembre-diciembre, Padova, 1986.
- FAMILY LAW QUARTERLY, et al, "Draft aba model surrogacy act, family law section adoption committee and ad hoc surrogacy committee" en *Family Law Quarterly*, Vol. 22, No. 2, Verano, Chicago, 1988.
- FERRARA, Jean, "Genes humanos de 8,000 años de edad" en *Archivos de Criminología Neuro-Psiquiátrica y Disciplinas Conexas*, Vol. 27, No. 29, Quito, 1988-89.
- FERRY, Luc, "Tradition ou argumentation? Des comités de (sages) aux comités de délibération" en *Pouvoirs*, No. 56, París, 1991.
- FIGUEROA ESTREMAOYRO, Ernesto, "Procesos biológicos y delitos" en *Revista del Foro*, Vol. 79, No. 1, enero-junio, Lima, 1991.
- FILHIOL, Catherine, "Michael H. v. Gerald D: Upholding the Marital Presumption Against a Dual paternity claim", en *Louisiana Law Review*, Vol. 50, No. 5, mayo, New Orleans, Louisiana, 1990.
- FLANNERY, Irene M. "Frye or Frye: Should the reliability of DNA evidence be a question of weight or admissibility?" en *FLIS-TREVES*, Muriel, et al, "Contre l'acharnement législatif" en *Pouvoirs*, No. 56, París, 1991.
- FLORES GARCIA, Fernando, "La inseminación artificial y sus efectos en el derecho civil mexicano: con un proyecto de legislación estatal", Ensayo para el *Concurso Anual de Investigación Jurídica Dr. Honoris Causa Abelardo A. Leal*, Nuevo León, México, 1988.
- FLANNERY, Irene M., "Frye or frye not: should the reliability of DNA evidence be a question of weight or admissibility?" en *American Criminal Law Review*, Vol. 30, No. 1, otoño, Washington D. C., 1992.
- FONTG, Ricardo, "DNA Fingerprinting: A Guide to Admissibility use" en *Missouri Law Review*, Vol. 57, No. 2, primavera, Missouri, 1992.
- FRANÇOISE, Emmanuel Putman, "Après la mort..." en *Recueil Dalloz Sirey*, No. 36, octubre, París, 1991.
- FRELICH APPLETON, Susan, "Surrogacy arrangements and the conflict of laws" en *Wisconsin Law Review*, No. 2, Wisconsin, 1990.
- FRYDMAN, René, "La procréatique" en *Pouvoirs*, No. 56, París, 1991.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, "La fecundación artificial en seres humanos. Consideraciones jurídicas" en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 40, Nos. 169, 170, 171, enero-junio, México, 1990.
- GALLOUX, Jean-Claude, "Le préfiguration du droit de la génétique par les contrats de biotechnologie: l'expérience nord-américaine", *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 44, No. 3, julio-septiembre, París, 1992.
- GARCIA CALDERON, Manuel, "La persona como base del Derecho internacional privado" en *Revista de Derecho Español y Americano*, No. 1, Año 8, Segunda

Epoca, Centro de estudios jurídicos hispanoamericanos, julio-septiembre, Madrid, 1963.

GARCIA MENDIETA, Carmen, "Fertilización extracorpórea: aspectos legales" en *Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango*, No. 20-21, octubre-marzo, Durango, México, 1985.

"La filiación: problemas jurídicos actuales" en *Anuario Jurídico*, Vol. 13, México, 1986.

GARRISON, Marsha, "Surrogate parenting: what should legislatures do?" en *Family Law Quarterly*, Vol. 22, No. 2, verano, Chicago, 1988.

GIORGIANI, Michele, "In tema di capacità del minore di età" en *Rassegna di Diritto Civile*, No. 1, Nápoles, 1987.

GITLIN, H. Joseph, "Family Law Section approves model surrogacy act: a comment" en *Family Law Quarterly*, Vol. 22, No. 2, verano, Chicago, 1988.

GOBERT, Michelle, "Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes" en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Vol. 91, No. 3, julio-septiembre, París, 1992.

GOLDBERG, Susan, "Of gametes and guardians: the impropriety of appointing guardians as litem for fetuses and embryos" en *Washington Law Review*, Vol. 66, No. 2, abril, Washington 1991.

GONZALEZ TREVIJANO, Pedro José, "Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida" en *Revista de Derecho Político*, No. 26, Madrid, 1988.

GOODWIN, Anne, "Determination of legal parentage in egg donation, embryo transplantation and gestational surrogacy arrangements" en *Family Law Quarterly*, Vol. 26, No. 3, otoño, Chicago, 1992.

GORGONI, Marilena, "Nuove tecniche di procreazione assistita: verso una legislazione europea" en *Il Diritto di Famiglia e Delle Persone*, Vol. 19, No. 2, abril, junio, Milano, 1990.

GRENDENE, Igino, "Il diritto di visita ed il consenso all'adozione (a proposito di una importante sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo)" en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Vol. 20, No. 4, octubre-diciembre, Milano, 1991.

MACONNEL, Michael W., "Medical technology and the law" en *Harvard Law Review*, Vol. 3, No. 7, mayo, Cambridge, 1990.

HAUSER, Jean, "Personnes et droits de la famille" en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Vol. 91, No. 4, octubre-diciembre, París, 1992.

HEYD, David, "Are 'wrongful life' claims philosophically valid?" en *Israel Law Review*, Vol. 21, No. 3-4, verano-otoño, Jerusalén, 1986.

HICKS, Stephen C., "Human experimentation: new wine, no bottles", *XIIIth Congrès International de Droit Comparé*, Montreal, 1990.

HOYOS, Ilva Myriam, "La dimensión jurídica de la persona humana" en *Persona y Derecho*, No. 26, Pamplona, 1991.

HURTADO, Javier, "Una aproximación a la inseminación artificial" en *Revista Jurídica Jalisciense*, Vol. 2, No. 2, enero-abril, Jalisco, México, 1992.

JONES, Elizabeth, "State intervention in pregnancy" en *Louisiana Law Review*, Vol. 52, No. 5, mayo, Louisiana, 1992.

JUNG, Heike, "L'experimentation sur les êtres humaines" en *XIIIth Congrès International de Droit Comparé*, Montreal, 1990.

"L'experimentation sur les êtres humaines" en *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, No. 1, enero-marzo, Montreal, 1991.

KAI, Katsunori, "Human experimentation and criminal law in Japan" en *XIIIth International Congress of Comparative Law*, Montreal, 1990.

KARJALA, Dennis S. "A legal research agenda for the human genome initiative" en *Jurimetrics Journal*, Vol. 32, No. 2, invierno, Chicago, 1992.

KAY WALTER, Deborah, "Ownership of the fertilized ovum in vitro" en *Family Law Quarterly*, Vol. 26, No. 3, otoño, Chicago, 1992.

KAYE, David, "DNA paternity probabilities" en *Family Law Quarterly*, Vol. 24, No. 3, otoño, Chicago, 1990.

KANWISCHER, Ronald, "Admissibility of genetic testing in paternity litigation: a survey of state statutes" en *Family Law Quarterly*, Vol. 22, No. 2, verano, Chicago, 1988.

KAYSER, Pierre, "Les limites morales et juridiques de la procreation artificielle", en *Recueil Dalloz Sirey*, No. 27, 9 julio, París, 1987.

"Documents sur l'embryon humain et la procreation medicamentalement assistée" en *Recueil Dalloz Sirey*, No. 29, 14 septiembre, París, 1989.

KELLER, Barbara L., "Surrogate motherhood contracts in Louisiana: to ban or to regulate?" en *Louisiana Law Review*, Vol. 49, No. 1, septiembre, Louisiana, 1988.

KIRBY, M.D., "La biotecnología y el derecho", en *La Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, No. 39, diciembre, Ginebra, 1987.

LABRUSSE-RIOU, Catherine, "La filiation et la médecine moderne", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, Año 38, No. 2, abril-junio, París, 1986.

"La maîtrise du vivant: matière à procès" en *Pouvoirs*, No. 56, París, 1991.

LAMBERT-FAIVRE, "Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels" en *Recueil Dalloz Sirey*, No. 19, mayo, París, 1991.

LEAL DAVILA, Orlando, "La reproducción artificial humana frente al Derecho civil colombiano", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPB*, Ciencias Políticas, No. 86, julio-septiembre, primera parte, Medellín, Colombia, 1989.

"La reproducción artificial humana frente al Derecho civil colombiano", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPB*, Ciencias políticas, No. 87-88, octubre-marzo, segunda parte, Medellín, Colombia, 1989.

LEAL LEAL, Abelardo A., "La Eutelegenesia", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 3a época, No. 4-6, México, 1990.

LE BOS-LE POURILLET, Anne Marie, "A propos de la bioéthique: la démocratie selon Ponce Pilate" en *Pouvoirs*, No. 59, París, 1991.

LIPARDI, Nicolo, "La maternità e sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: bilancio et prospettive", en *Rassegna di Diritto Civile*, No. 3, Nápoles, 1986.

LISERRE, Antonio, "Il problema della regola nella ingegneria genetica" en *Rivista di Diritto Civile*, Vol. 38, No. 2, marzo-abril, Padova, 1992.

LOI, María Leonarda, "Observaciones con respecto al caso Parpalaix" en *Revista Internacional de Derecho Contemporáneo*, No. 1, Bruselas, Bélgica, 1985.

"Sobre la inseminación artificial", en *Revista Internacional de Derecho Contemporáneo*, No. 1, Bruselas, Bélgica, 1987.

LOPEZ, Angeles, "Presupuestos bioéticos y biojurídicos para una crítica a la ley española sobre técnicas de reproducción asistida" en *Persona y Derecho*, No. 23, Pamplona, 1990.

MACKAY, R.D., "L'experimentation sur les êtres humaines" en *XIIIth International Congress of Comparative Law*, Montreal, 1990.

MACLEAN MASSIE, Ann, "Restricting surrogacy to married couples: a constitutional problem?" en *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 18, No. 3, primavera, San Francisco, California, 1991.

MAGNASCO, Raffo, et al, "Técnicas genéticas de la fecundación en las personas de existencia visible. Sus implicaciones éticas y jurídicas" en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, *Preudentia Iuris V*, Buenos Aires, 1981.

- MAGUNE SCHULTZ, Marjorie, "Reproductive technology and intent-based parenthood: an opportunity for gender neutrality", en *Wisconsin Law Review*, No. 2, Wisconsin, 1990.
- MANTOVANI, Fernando, "L'experimentation sur les êtres humaines" en *XIII^{ème} Congrès International de Droit Comparé*, Montreal, 1990.
- MARNIERRE, E.S. de la, "Heredite et filiation juridique", en *Recueil Dalloz Sirey*, No. 1, 7 de enero, París, 1988.
- MEMMI, Dominique, "Vertus professionnelles et moral collective: la normalisation des pratiques en matière de procreation artificielle" en *Droit et Société*, No. 10, París, 1988.
- MIER Y TERAN, Salvador, "Noción ontológica, jurídica y formal de la persona humana y el derecho a la vida", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho. Año. 15, No. 15, México, 1991.
- MILLER, Steven L., "Surrogate parenthood and adoption statutes: Can a square peg fit into a round hole?", en *Family Law Quarterly*, Vol. 22, No. 2, verano, Chicago, 1988.
- MOCCIA, Sergio, "Bioetica e " en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Vol. 33, No. 3, julio-septiembre, Milano, 1990.
- MURRAY, Warren, "The nature and the rights of the foetus" en *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 35, Notre Dame, Indiana, 1990.
- NEIRINCK, Claire, "La procréation artificielle à Toulouse" en *Annales de l'Université des Sciences*, Tomo 36, Toulouse, 1988.
- NOVILLO SARAVIA, Lisardo, "Procreación asistida", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Vol. 29, Córdoba, Argentina, 1990.
- OCCHIOCUPO, Nicola, "Costituzione italiana e raccomandazioni di organismo europei per una disciplina normativa della C.D. ingegneria genetica" en *Diritto e Società*, Nuova serie, No. 3, Padova, 1988.
- OGARRIO SAUCEDO, Guillermo, "La familia y la tecnología" en *Jure*, Vol. 1, año 1, No. 3, septiembre-diciembre, México, 1990.
- OLIVEIRA, Guilherme de, "O estabelbecimento da filiação" en *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol 61, Coimbra, Portugal, 1985.
- PACHECO ESCOBEDO, Alberto, "El derecho a la vida y el aborto" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, No. 15, Año 15, México, 1991.
- PEREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, "¿La maternidad es siempre cierta? (la modernización del derecho frente a los avances científicos)" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Año 22, No. 65, mayo-agosto, México, 1989.
- PERITORE, Laura, "A select bibliography on surrogacy" en *Family Law Quarterly*, Vol. 22, No. 2, verano, Chicago, 1988.
- PHILLIPS, Elizabeth A. "The status of sex-specific fetal protection policies" en *Missouri Law Review*, Vol. 57, No. 3, verano, Missouri, 1992.
- PHILLIPS, Michael, "Maternal rights v. fetal rights: Court-ordered caesareans" en *Missouri Law Review*, Vol 56, no. 2, primavera, Missouri, 1991.
- RIFFAUD, Marcelo, "Fetal protection and UAW v. Johnson controls, Inc. job openings for barren women only", en *Fordham Law Review*, Vol 58, No. 4, marzo, Nueva York, 1990.
- RINGEL, Françoise Emmanuel, "Après la mort...", en *Recueil Dalloz Sirey*, No. 36, octubre, París, 1991.
- RIZZO, Gabriel Leonardo, "La fecundación in vitro y los embriones supernumerarios" en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, Vol. 51, No. 2, agosto, Buenos Aires, 1991.

ROBERTSON, John A., "Protecting research on the cutting edge of genetic science" en *The Chronicle of Higher Education*, sección *Point of View*, 24 de noviembre, Cambridge, 1993.

RODRIGUEZ DEL POZO-ALVAREZ, Pablo A. "La determinación de la muerte: problemas morales y jurídicos", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, No. 15, Año 15, México, 1991.

ROSCA, Constantin, "Droit penal et techniques biomédicales modernes" en *Revue Roumaine des Sciences Sociales*, Tomo 32, No. 1, enero-junio, Bucarest, Rumania, 1988.

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, "Les procréations assistées: état des questions" en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, No. 3, Año 86, julio-septiembre, París, 1987.

SAADI, Rabah, "Le nom, le sang ou la filiation exhortée par le sang" en *Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques*, Vol. 29, No. 1-2, Argelia, 1991.

SEDILLO LOPEZ, Antoinette, "Privacy and the regulation of the new reproductive technologies: a decision-making approach" en *Family Law Quarterly*, Vol. 22, No. 2, verano, Chicago, 1988.

"Test tube babies, surrogate mothers, frozen embryos: searching for solutions" en *New Mexico Law Review*, Vol. 20, No. 3, verano, Nuevo México, 1990.

SERGIO, Gustavo "Il giudizio di idoneità della coppia all'adozione ed alla fecondazione artificiale" en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Vol. 19, No. 4, octubre-diciembre, Milano, 1990.

SERPA FLOREZ, Roberto, "La ética médica ante la vida y la muerte" en *Temas Socio-Jurídicos*, Vol. 9, No. 23, julio, Bucaramanga, Colombia, 1990.

SHAPIRO, Sidney A. "Biotechnology and the design of regulation" en *Ecology Law Quarterly*, Vol. 17, No. 1, Berkeley, California, 1990.

SKNOLOFF, Gary N. "Introduction to special issue on surrogacy" en *Family Law Quarterly*, Vol. 22, No. 2, Chicago, 1988.

SILVA RUIZ, Pedro F., "El contrato de maternidad sustituido o suplente o subrogada; la maternidad de alquiler" en *Revista Judicial*, Año 12, No. 42, marzo, San José, Costa Rica, 1988.

"El derecho de familia y la inseminación artificial 'in vivo' e 'in vitro'" en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo 37, No. 151-153, enero-junio, México, 1987.

SMITH, A.T.H., "Droit penal et techniques biomédicales modernes, United Kingdom" en *Revue Internationale de Droit Penal*, Año 59, Nos. 3-4, Toulouse, 1988.

SOTO REYNA, René, "Aspectos medico-legales de la inseminación artificial en seres humanos" en *Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango*, No. 20-21, octubre-marzo, México, 1985-1986.

SPAGNOLO, Antonio, et al., "Terapia genica: il documento 15.2, 1991 del Comitato nazionale per la bioetica ed un'analisi comparativa con l'esperienza di altri comitati etici nazionali ed internazionali" en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Vol 21, No. 2, abril-junio, Milano, 1992.

STEINER, Eva, "Surrogacy agreements in french law", en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 41, No. 4, octubre, Londres, 1992.

STUMPF, Andrea E., "Redefining mother: a legal matrix for new reproductive technologies" en *The Yale Law Journal*, Vol. 96, No. 1, noviembre, Washington D.C., 1986.

TAGUIEFF, Pierre-André, "Sur l'eugénisme: du fantasme au débat" en *Pouvoirs*, No. 56, París, 1991.

- 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" en *Vanderbilt Law Review*, Vol. 39, No. 3, abril, Nashville-Tennessee, 1986.
- TORRES RIVERO, Arturo Luis, "Evolución y perspectivas del derecho de familia" en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Vol. 35, No. 77, Montevideo, 1990.
- TRABUCCHI, Alberto, "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista" en *Rivista di Diritto Civile*, Año 32, No. 5, septiembre-octubre, Padova, 1986.
- TRUEBA OLIVARES, Eugenio, "Algunos temas de biología médica avanzada ante el derecho positivo" en *Boletín Trimestral del Departamento de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato*, No. 35, julio-septiembre, México, 1989.
- VAZQUEZ, Rodolfo, "Algunos aspectos de la genética actual y su valoración ética" en *Estudios: Filosofía, Historia, Letras*, I.T.A.M., No. 16, primavera, México, 1989.
- VENTURA, Marco, "Sulla procreazione artificiale: un fallimento normativo per la chiesa cattolica?" en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Vol. 20, No. 4, octubre-diciembre, Milano, 1991.
- VIGNEAU, Daniel, "A propos des employons surnuméraires: observations sur l'avant-projet de loi relatif aux sciences de la vie et aux droits de l'homme" en *Annales de l'Université des Sciences Sociales*, Vol. 37, Toulouse, 1989.
- ZIPORYN, Terra, "Inquietudes médico sociales sobre la reproducción humana artificial" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 13, No. 2, mayo-agosto, Santiago, 1986.

APENDICE

De Alemania

The (federal) "Cabinet Report on human artificial fertilization" (=Kabinettsbericht). (Reporte sobre inseminación artificial humana).

The "Rough Draft of a Bavarian Law for the Regulation of matters Pertaining to Reproductive Medicine" (=BayE-FmedG). (Proyecto de la ley alemana para la regulación de aspectos relacionados con la medicina reproductiva).

Rhineland-Palatinate's "Report of the Inter-Ministerial Commission for the Consideration of Questions Related to Bioethics and Reproductive Medicine" (=RhPf-Kommissionersbericht). (Reporte de la Comisión inter-ministerial para la consideración sobre las cuestiones relacionadas a la bioética y medicina reproductiva).

The "Interim Working Proposal for a State Law about Reproductive Medicine" in Rhineland-Palatinate (=RhPÉE-FMed) (La proposición para la ley estatal sobre la medicina reproductiva).

The "Declaration of the Bundersrat Regarding Extracorporal Fertilization" (BR-Entschliessung). (Declaración relativa a la fertilización extracorporal).

The "Social Democratic Proposals Regarding Solutions to the Problem of Infertility and the Application of Genetic Technology in Humans" (=SPD-Vorschläge). (Las proposiciones democráticas y sociales relativas a soluciones al problema de la infertilidad y la aplicación de la tecnología genética en humanos).

The report of the enquête-commission on "Chances and Risks of Gene Technology" (=Enquête-Bericht). (El reporte de la encuesta de la comisión sobre "oportunidades y riesgos de la tecnología en genes").

The "Guidelines for Carrying Out In-vitro-fertilization (IVF) and Embryo Transfer (ET) as Methods of Treatment of Human Infertility" developed by the Scientific Council of the Federal Chamber of Physicians (=BAK-Richtlinien II). (Las guías sobre fertilización *in vitro* y transferencia de embriones como métodos para el tratamiento de la infertilidad humana).

The "Theses Regarding Artificial Insemination of a Working Group of the German Federation of Female Jurists" (=DJB-Thesen) (Las tesis sobre la inseminación artificial del grupo trabajador de la federación alemana de mujeres jueces).

The resolutions of the 56th German Jurists' Day Berlin 1986 on Artificial Fertilization Among Humans (=DJT-Beschlüsse). (Las resoluciones sobre fertilización artificial entre humanos).

The "Theses of the German Judges Association Regarding Reproductive Medicine and Human Genetics" (=DRB-Thesen) (Las tesis de la Asociación de jueces alemanes respecto a la medicina reproductiva y genética humana).

El Tribunal constitucional, el 25 de enero de 1975, estableció que la vida humana existe desde el decimocuarto día siguiente a la fecundación.

De Argentina

Código Civil vigente, artículo 70.

De Australia

En Victoria el "Acto sobre Infertilidad 1984". (procedimientos médicos)

Al Sur de Australia el "Acto de tecnología reproductiva 1988".

El plan "Proyecto de ley sobre experimentación embrionaria humana".

El reporte del Comité selecto del senado en el proyecto de ley sobre experimentaciones embrionarias humanas 1985.

De Austria

La Iniciativa para la Ley federal respecto a la prohibición a la manipulación embrionaria.

La Opinión experta de la Comisión de la Conferencia de Rectores austriacos para la fertilización *in vitro*. (1986)

De Canadá¹

La ley de la comisión de Ontario "Reporte en reproducción artificial humana y hechos relacionados", 1985.

Carta canadiense en Derechos y Libertades, Primera Parte del Acto de la Constitución, 1982

Carta de los Derechos Humanos y Libertades, R.S.Q., c. C-12
Acto de Propiedad Cultural, R.S.Q., c B-4

Acto de esterilización sexual, S.B.C. 1933, c. 59
La esterilización sexual, S.A.: 1928, c. 37.

Consejo de Europa en Asamblea Parlamentaria

Recomendación 934 (1982) en Ingeniería genética.

Recomendación 1046 (1986) (1) en el uso de embriones humanos y fetos para propósitos de diagnóstico, terapia, ciencia, industria y comercio. Presenta como necesaria, la definición previa del status biológico embrionario. (EC=Recomendación).

¹ KNOPPERS, Bartha, *op. cit.* pp. 80-89.

Recomendación 1100 (1989) en el Uso de embriones humanos y fetos en la investigación científica.

El Subgrupo de asesores del Consejo europeo de investigación médica propuso las "Recomendaciones sobre la fertilización humana *in vitro* y transferencia de embriones" (=EMRC-Recomendación)

Costa Rica²

Convención americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, 1969, artículo 4 inciso 1, establece el derecho a la vida, a partir del momento de la concepción.

De las autoridades europeas es evaluado el siguiente material

La propuesta del Comité Nacional de Asesores en Ética para las Ciencias Biológicas y de la Salud se titula "Guía para el uso de tejido embrionario o la muerte de fetos humanos para diagnóstico terapéutico o usos científicos" (=F-CCNE-Tejidos)

La propuesta del mismo Comité de ética nacional intitulado "Guía para la investigación de seres humanos *in vitro*, y para su uso en propósitos médicos y científicos"
(F-CCNE-Investigaciones)

El artículo 72 del Código de la Familia establece que "la inseminación artificial de la mujer con el semen del marido o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades."

De Estados Unidos

La Sociedad americana de fertilidad "Consideraciones éticas de las nuevas tecnologías reproductivas" Septiembre 1986.

El estatuto del comité ético del colegio americano de obstetricia y ginecología en "Clínica de la fertilización *in vitro* colocación embrionaria" julio 1986.

De España

Proposición española en la Conferencia Ministerial europea, Viena 1985.

Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la inseminación artificial en el Congreso de Diputados de España (Informe Palacios), 1986.

Bases de la Ley española sobre técnicas de reproducción asistida, 1988.

Ley española sobre técnicas de reproducción asistida, 1991.

² Revista del Menor y la Familia. Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, Año 1, vol. 1, México, 199, p. 272.

De Francia³

Código Penal, art. 63.

Comisión familiar del Episcopado francés, 1984.

De Gran Bretaña

La reciente promulgación del Reino Unido sobre "Acuerdos de subrogación 1985" de julio 16, 1985.

El estatuto del Consejo de Investigación Médica "Investigación sobre la fertilización humana y embriología"

El Colegio Real de obstetricia y ginecología "Reporte del Comité ético en fertilización *in vitro* y transplante o reemplazamiento embrionario.

El "Reporte del comité de indagación en fertilización humana y embriología (Reporte Warnok, 1984)

El primer reporte de la licencia voluntaria (voluntaria licensing authority) para humanos en fertilización *in vitro* y embriología

El papel blanco en "Fertilización humana y embriología: Un marco para legislación)

De Israel

Las "Regulaciones sobre salud pública (fertilización *in vitro*) de 1987".

De Italia

Dos planes de una comisión experta para "Provisiones en técnicas no naturales de fertilización por el marido" y para las "Provisiones en fertilización humana artificial y el tratamiento de gametos y embriones".

Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, Roma 1987.

De Noruega

La "Ley en fertilización artificial" del 26 de junio de 1986.

³ Existe un estudio interesante sobre legislación francesa en materia de madres portadoras, cuya información se encuentra en el sistema PLURIDOC, en el Centro de Documentación de Legislación y Jurisprudencia del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

De Sud-áfrica⁴

Las "Consideraciones éticas de investigación médica".

De Suecia

Ley sueca, 1983-1985.

El reporte del Comité de genética sobre "Integridad genética"

La "Ley sobre fertilización extracorporal" 14 de junio 1988.

De Suiza

La "Guía ética y médica para la fertilización *in vitro* y transferencia de embriones para tratamiento de infertilidad humana propuesta por la comisión bioética relativo a la germinación de células y embriones humanos de la Academia Suiza de Ciencias médicas, que ha sido transferida en una ley obligatoria, por unas cuantas regiones suizas tanto formalmente como de manera equivalente en legislación. 1986

Acuerdos y Tratados Internacionales

- Carta Africana de los derechos de las personas y los humanos. (1981)
- Convención americana de Derechos Humanos. (1969)
- Convención para la Protección de la Propiedad Cultural en el Evento de conflictos armados. (1954)
- Convención para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales. (1950)
- Convención para la prevención y castigo del crimen de genocidio. (1948)
- Declaración de Ginebra. (1948)
- Declaración de Helsinki, Recomendaciones que guían a médicos en investigación biomédica que envuelva a sujetos humanos. (1964) (Tokyo, 1975; Venecia, 1983; Hong Kong, 1989)
- Declaración de Lisboa. (1981)
- Convenio Internacional de los derechos civiles y políticos. (1966)
- Convenio Internacional de los Derechos económicos, sociales y culturales. (1966)
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948)

CASOS SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA⁵

Stern v. Whitehead, caso 'Baby M' (1988). La Suprema Corte de Nueva Jersey estableció que los contratos de maternidad subrogada son inválidos y no pueden

4 Eser, Albin, "Embryo experimentation..." pp. 362-367.

5 COPEN, Robert A., *op. cit.* pp. 937-946.

ser obligatorios. La Corte opinó que los derechos de parentesco con la madre subrogada no podían terminar y que la esposa del padre natural no tenía un derecho automático de descendencia en la adopción. También estableció que se permitirían los contratos de subrogación solamente cuando no hubiera comercio de por medio, bases voluntarias en los términos donde una mujer podría desear quedarse con el hijo al final sino obtener ningún pago y podría revocar su decisión de subrogar al menor.

Syrkowski v. Appleyard (1985). La Suprema Corte de Michigan estableció que el padre biológico del menor nacido en una madre subrogada debía tener la paternidad. La Corte prefirió esperar otros precedentes para juzgar la validez de los contratos de maternidad subrogada.

Sherwyn & Handel v. El Departamento de Servicios Sociales del Estado de California (1985). La Corte de Apelación de California evadió el reto a una limitación de los acuerdos de subrogación. La Corte determinó que estos acuerdos en sus demandas carecían de elementos suficientes para poder determinar que las partes lo eran en realidad en un acuerdo de subrogación que retaba a la ley.

Asociación de paternidad subrogada v. Commonwealth ex rel. Armstrong (1986). El Estado de Kentucky establece que los contratos de subrogación no violan ciertas leyes estatales pero estableció diferencias básicas entre estos acuerdos y la compra y venta de menores. La corte acordó la prohibición contra la venta de niños para prevenir a la gente de inducir a las madres de perder a sus hijos por dinero. La Corte también observó que era necesario sancionar la fertilización *in vitro* porque esto era una trampa que atentaba contra la naturaleza.

Adopción In re de Baby Girl L.J. (1986). La Corte del Estado de Nueva York tomó un criterio similar al de Kentucky. La Corte consideró que la adopción de un menor subrogado por una pareja contratante era válida pero que esos contratos de subrogación deberían invalidados en ciertas circunstancias. La Corte consideró en permitir a una pareja adoptar al niño o bien que el pago a la madre subrogada violaba el estatuto del Estado que prohíbe el pago para obtener de la adopción.

INDICE

A MANERA DE PROLOGO.....	1
INTRODUCCION.....	7
CAPITULO PRIMERO	
I. La persona	
a) Aspectos generales de la persona.....	11
a.1) Origen de la persona.....	12
a.2) Naturaleza jurídica del <i>nasciturus</i>	22
b) La personalidad jurídica.....	31
b.1) Teoría de la concepción.....	31
b.2) Teoría del nacimiento.....	36
b.3) Teoría ecléctica.....	38
b.4) Teoría de la viabilidad.....	39
b.5) Teoría psicológica o de la conciencia o sentimiento de la personalidad.....	39
b.6) La personalidad jurídica como atributo natural de la persona.....	39
c) La capacidad.....	43
c.1) La capacidad jurídica o de goce.....	44
c.2) La capacidad de ejercicio.....	44
c.3) La capacidad jurídica del <i>nasciturus</i>	45
c.4) Diferencia entre personalidad jurídica y capacidad jurídica.....	45
d) Fin de la persona.....	46
d.1) La capacidad <i>post mortem</i>	46
d.2) La muerte como causa de terminación de la persona.....	47
II. La dignidad ante las nuevas técnicas de procreación asistida	
a) La dignidad de la persona.....	48
a.1) Características que dignifican a la persona.....	48
a.2) La dignidad del <i>nasciturus</i>	50
a.3) Los avances científicos ante la dignidad del ser humano.....	51
b) El progreso científico y el <i>nascitur</i>	52
b.1) Limitaciones a la procreación asistida.....	53
b.2) El uso de la genética terapéutica.....	56
b.3) La protección a la dignidad del <i>nasciturus</i>	58
b.4) Los embriones supernumerarios.....	59
c) Protección a los derechos humanos del embrión.....	62
c.1) Aspectos internacionales.....	63
c.2) Resoluciones sobre el respeto a la herencia genética.....	64
c.3) La discriminación racial.....	65
c.4) El Código de Nuremberg.....	66

CAPITULO SEGUNDO

I. La procreación asistida *in vivo*

a) Presentación del tema.....	69
a.1) La inseminación artificial.....	69
a.2) Antecedentes de la inseminación artificial.....	71
a.3) Principales causas por las que se realiza la inseminación artificial.....	71
b) Clasificación de la inseminación artificial.....	73
b.1) Inseminación artificial homóloga.....	73
b.2) Inseminación artificial heteróloga.....	73
c) Modalidades de la inseminación artificial homóloga.....	75
c.1) Inseminación artificial homóloga <i>inter vivos</i>	75
c.2) Inseminación artificial homóloga <i>post mortem</i>	76
d) Modalidades de la inseminación artificial heteróloga.....	77
d.1) Inseminación artificial de conveniencia.....	77
d.2) Inseminación artificial mixta o confusa.....	79
e) Procedimientos para realizar la inseminación artificial.....	80
e.1) Conservación del esperma por congelación.....	80
e.2) Centros de conservación de esperma humano (CECOS).....	80
e.3) El caso <i>Parpalaix</i>	81
f) Requisitos para realizar la inseminación artificial.....	83
f.1) La gratuidad en la donación.....	84
f.2) Historial clínico del donador.....	84
f.3) Límite de donación de espermias de un mismo donador.....	85
f.4) El secreto de la donación.....	85
f.5) El consentimiento de la pareja.....	86

II. La procreación asistida *in vitro*

a) Presentación del tema.....	88
a.1) La fecundación artificial.....	89
a.2) Antecedentes de la fecundación artificial.....	89
a.3) Principales causas por las que se realiza la fecundación artificial.....	92
b) Etapas en el proceso de la fecundación artificial.....	93
b.1) Clasificación de la fecundación artificial según los aspectos biológicos del desarrollo.....	94
b.2) La fecundación <i>in vivo</i>	94
b.3) La fecundación <i>in vitro</i> o ectogénica.....	94
c) Modalidades de la fecundación <i>in vitro</i>	94
c.1) Transferencia de gametos.....	94
c.2) Transferencia de embriones.....	95
c.3) Transferencia de cigotos.....	95

c)	La donación en la procreación asistida, como nueva forma de crear vínculos de parentesco.....	132
c.1)	La donación como elemento determinante del parentesco civil.....	133
c.2)	La fertilización <i>in vitro</i> y el parentesco consanguíneo.....	134
c.3)	La incertidumbre de la figura materna y paterna en la procreación asistida.....	135

II. La filiación en la procreación asistida

a)	Aspectos generales sobre la filiación.....	136
a.1)	Status jurídico del hijo en la procreación asistida.....	137
a.2)	La presunción de la paternidad.....	137
a.3)	Impugnación de la paternidad.....	138
b)	La filiación en la maternidad subrogada.....	139
b.1)	El conflicto de la maternidad subrogada en la procreación asistida.....	140
b.2)	La investigación de la maternidad.....	142

III. Los elementos externos de la filiación en la procreación asistida

a)	El criolmacenamiento.....	142
a.1)	La donación de esperma.....	144
a.2)	La donación de óvulos.....	144
a.3)	La donación de embriones.....	145
a.4)	Los embriones supernumerarios.....	145
a.5)	El anonimato de los donadores.....	145
b)	La filiación <i>post mortem</i>	147
b.1)	La filiación del hijo póstumo en la procreación asistida <i>post mortem</i>	151
b.2)	Derechos sucesorios del hijo póstumo en la procreación <i>post mortem</i>	154
c)	La libertad reproductiva.....	157
c.1)	La eugenesia en la filiación.....	157
c.2)	Efectos psicológicos del hijo nacido mediante prácticas de la procreación asistida.....	158
	Conclusiones.....	162
	Bibliografía.....	166
	Hemerografía.....	170
	Apéndice.....	178

d) Clasificación de la fecundación <i>in vitro</i> según los sujetos que intervienen.....	96
d.1) Fecundación <i>in vitro</i> homóloga.....	96
d.2) Fecundación <i>in vitro</i> heteróloga simple con semen del marido o concubino.....	96
d.3) Fecundación <i>in vitro</i> heteróloga compleja.....	98
d.4) Clasificación de la fecundación <i>in vitro</i> según sus fines.....	98
e) Procedimiento de la fecundación <i>in vitro</i>	107
e.1) El congelamiento de embriones o críalmacenamiento.....	108
e.2) Transplante de embriones.....	109

III. La maternidad subrogada

a) Presentación del tema.....	110
a.1) La maternidad subrogada.....	111
a.2) Antecedentes de la maternidad subrogada.....	112
a.3) Contrato por concepto de subrogación.....	114
a.4) Naturaleza jurídica de los contratos de maternidad subrogada.....	118
b) Clasificación de la maternidad subrogada.....	120
b.1) Maternidad subrogada homóloga.....	120
b.2) Maternidad subrogada heteróloga.....	120
c) Opiniones sobre la aplicación del derecho.....	121
c.1) La opinión de Cataluña.....	121
c.2) La opinión de Cuba.....	122
c.3) La opinión de algunas entidades de los Estados Unidos.....	122
c.4) La opinión de Francia.....	123
c.5) La opinión en Puerto Rico.....	123

CAPITULO TERCERO

I. La familia ante la procreación asistida

a) Aspectos generales sobre la familia.....	125
a.1) El Derecho de Familia.....	126
a.2) Familia y sociedad.....	126
a.3) La familia y el progreso científico.....	127
a.4) La familia y la procreación asistida.....	128
b) El parentesco.....	129
b.1) Parentesco y familia.....	129
b.2) Grados de parentesco.....	130
b.3) Origen del parentesco.....	130
b.4) Parentesco por afinidad.....	130
b.5) Parentesco consanguíneo.....	131
b.6) Parentesco civil.....	132