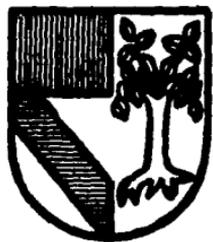


308909

17  
2ej

# UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO  
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



## LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ARTIFICIAL Y SUS IMPLICACIONES EN EL DERECHO DE FAMILIA

**T E S I S**  
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA EL ALUMNO  
ROBERTO ENRIQUE HERIA COVARRUBIAS

DIRECTOR DE TESIS:  
LIC. EDUARDO PRECIADO BRISEÑO

MEXICO, D.F. **FALLA DE ORIGEN** 1995



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.

# INDICE

<b>INTRODUCCION</b>	5
<b>CAPITULO I</b>	
<b>LA PERSONA Y EL DERECHO</b>	19
1. La persona y su dignidad	19
2. La persona en el Derecho	28
2.1. Persona en sentido jurídico	28
2.2. Persona en sentido formal	35
<b>CAPITULO II</b>	
<b>LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ARTIFICIAL</b>	41
1. Embarazo natural	43
1.1. El inicio de la vida humana	45
2. Las técnicas de reproducción asistida	50
2.1. Inseminación artificial	51
2.1.1 La técnica de la Inseminación Artificial	52
2.2. La Fecundación <i>In Vitro</i>	55
2.2.1. Laparoscopia	56
2.2.2. Vía percutánea con control ecográfico	57
2.3. Almacenamiento de gametos y embriones	60
2.4. Maternidad subrogada	63
<b>CAPITULO III</b>	
<b>PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MATERIA</b>	69
1. El principio pro-vida	70
1.1. Los gametos, embriones y el principio pro-vida	81
2. El principio de familia	94
2.1. La familia y las técnicas de reproducción asistida	105
3. El principio de prevalencia de la verdad biológica	109

<b>CAPITULO IV</b>	
<b>LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ARTIFICIAL</b>	
<b>Y EL DERECHO CIVIL</b>	119
1. La donación de gametos	123
1.1. En cuanto a la naturaleza jurídica de los gametos	124
1.2. En cuanto al contrato de donación de gametos	131
1.3. En cuanto al dador de los gametos	134
1.4. En cuanto al receptor de los gametos	140
2. La maternidad subrogada	148
2.1. Antecedentes	153
2.2. La postura de la doctrina	155
2.3. La subrogación en los documentos previos y la Ley TRA	160
2.4. El contrato de subrogación y su obligatoriedad	162
3. La inseminación artificial <i>post mortem</i>	164
3.1. Antecedentes: el caso Parpalaix	167
3.2. Posturas en torno a la IA <i>post mortem</i>	170
3.3. El consentimiento del progenitor. Valoración	181
3.4. Las relaciones paterno-filiales	188
3.4.1. Filiación matrimonial o extramatrimonial.	
Su determinación	190
3.5. Derechos hereditarios	194
3.5.1. El autor de la herencia y su voluntad	195
3.5.2. La capacidad para ser heredero	198
<b>CONCLUSIONES</b>	201
<b>EPILOGO</b>	209
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	211

## INTRODUCCIÓN

El respeto de la vida, desde su inicio hasta su fin, representa el derecho fundamental de todo ser humano. En toda relación de justicia, y en particular cuando hablamos de la vida, el derecho positivo se debe adecuar al crecimiento, cambios y complejidad de cada sociedad, sin sacrificar, evidentemente, sus fundamentos en el Derecho Natural.

Sin embargo, la velocidad en los avances científicos, y la ideología cultural predominante tanto en los propios científicos como en la sociedad en general, lejos de apoyar el desarrollo material y espiritual del hombre dados por su propia dimensión de ser corpóreo espiritual, han sacrificado su condición de ser humano “por el bien de la humanidad”. Estos “avances” de la ciencia en materia de procreación, desarrollados y difundidos al margen de una consideración clara y veraz de la dignidad humana, significan actualmente una amenaza que deja desprotegido al ser más indefenso de todos: el no nacido.

Esta inquietud me hace considerar la manera en que el ordenamiento jurídico debe proteger al *nasciturus*. Simultáneamente, se puede observar el desmoronamiento del matrimonio y de la institución familiar en el ámbito jurídico y social, asunto que, por su estrecha vinculación con los menores incapaces, contribuye poderosamente a aumentar el problema de la débil defensa del hijo concebido por estas técnicas.

En mi caso, quise adentrarme en el estudio de este tema poco conocido en México, pero muy manipulado en las pláticas cotidianas:

las técnicas de reproducción artificial y las consecuencias de derecho, en particular, de derecho de familia.

A partir de lo que he podido avanzar en el presente estudio me percaté de lo mucho que falta por conocer y decir, en el ámbito de las implicaciones jurídicas, y de las lesivas consecuencias que suelen acompañar a las sofisticadas técnicas de reproducción artificial en la especie humana.

En efecto, la ciencia en materia de biomédica y afines han puesto una honda alteración y hasta una revolución en el ordenamiento jurídico, pero no propiamente los recientes descubrimientos y avances científicos, sino el nuevo traslado y aplicación a la especie humana de algunas técnicas de reproducción artificial. No se trata, al menos en su totalidad de descubrimientos recientes: lo reciente -insisto- es la aplicación y el traslado, -ya institucionalizado por algunas legislaciones- a la especie humana.

En efecto, no todas estas técnicas son -incluso referidas a la especie humana- recientes, sino que hay algunas como la fecundación artificial, que llevan años practicándose también en la especie humana y cuyos problemas jurídicos ya han sido contemplados por autores que hoy consideramos clásicos.

Asimismo debe afirmarse que tampoco se trata de una reproducción asistida, sino de una reproducción artificial, precisión ésta que también tiene trascendencia jurídica en el plano del Derecho Natural, porque a veces lo artificial es, además, *contranatura*; y porque esta

## Introducción

artificialidad desenmascara la falsa justificación con que su aplicación a la especie humana ha tratado de argumentarse.

No son la fecundación *in vitro*, la inseminación artificial, y la transferencia intratubárica de gametos un remedio quirúrgico, o clínico, ni suponen la curación de la esterilidad de la pareja. Se trata de una alternativa como puede serlo -y de hecho lo es mejor- la adopción.

Si el Derecho se ha visto sorprendido, pues, no es precisamente por la novedad ni vertiginosidad del desarrollo científico, sino por la aplicación de estos "avances" -algunos recientes y otros no tan recientes-, a la especie humana, y que suponen procesos de nacimiento y de relación paterno-filial no conformes con la naturaleza, sino artificialmente introducidos en ella.

Los problemas de las técnicas genéticas en el hombre se encuentran dentro de corrientes culturales más amplias que deben hacerse patentes, aunque sea de modo somero si quieren ser resueltos, y en la medida en que puedan serlo. El ser humano ha venido considerándose en la edad moderna como un factor o elemento insertado en el mecanismo de la naturaleza primeramente y del sistema social en segundo lugar, hasta quedar subsumido por su función dentro de ambas generalidades. Lo que importaría no es descubrir y respetar lo que el hombre es, sino entender qué función le corresponde como pieza del entramado social, y ejercer sobre él las acciones convenientes para que esa función sea plenamente cumplida. Tal es el resultado de considerar al hombre como el fenómeno tardío de una naturaleza originalmente irracional, mera prolongación de tendencias

evolutivas y materiales previas aunque represente un estado de mayor progreso en tal evolución.

La finalidad del hombre no estaría, pues, en él mismo, sino en el conjunto universal. El hombre queda de este modo condicionado radicalmente por instancias ajenas a sí mismo. Ello, en términos ontológicos, equivale a decir que el hombre pierde, en tal consideración, la dignidad de la que era depositario según el pensamiento de occidente desde sus orígenes hasta hace apenas un siglo.

De esta manera no se tienen ojos para ver una realidad -la del hombre- enteramente diversa precisamente por su incondicionalidad. En esta independencia incondicional respecto de las demás fuerzas a las que otros seres se encuentran condicionados y sometidos, radica la idea de la dignidad humana, el pensamiento metafísico de que cada hombre, como ha señalado la tradición, tiene carácter de fin en sí mismo (y puede encararse con las fuerzas naturales, de manera positiva o negativa, libremente), al ser una criatura expresamente querida por Dios en su peculiaridad individual o, para decirlo en los términos en que abundo en esta tesis, en su peculiaridad como *persona*. El hombre es ya, en sí mismo, independientemente de sus interrelaciones naturales o sociales, algo digno de respeto. Porque la dignidad del hombre no encierra sólo algo de misterio, sino que significa algo sagrado.

La dignidad del hombre no es algo que debe ser alcanzado, sino que es algo que debe respetarse.

## *Introducción*

El fenómeno humano, es decir, todo aquél que tienen su origen en el hombre, ha sido filosóficamente señalado como una novedad peculiar en el horizonte natural, con cinco características, al menos, que lo distingue, de todas las demás realidades, y se encuentra, por tal causa, a incommensurable distancia de ellas:

1. Su capacidad de pensar de un modo universal, e inmaterialmente por tanto, los seres singulares materiales;
2. Su posibilidad de concebir intelectualmente realidades que no implican de suyo materia;
3. Su aptitud para actuar con decisión -libertad- ante los apremios instintivos propios y ante las exigencias del entorno;
4. Su capacidad de autorreflexión, y
5. Su potencialidad de un interminable perfeccionamiento.

Estos fenómenos humanos, y sólo humanos, son la patentización de que el hombre es poseedor de esa realidad que se ha llamado con razón espíritu.

Este concepto del hombre y de su dignidad no es un concepto funcionalista. Con él, nos imposibilitamos para pensar al hombre como un medio supeditado a fines distintos de sí; nos prohibimos a nosotros mismos, sobre todo, el concebirlo como la pieza de una maquinaria, de un sistema, en donde debe ser funcionalmente encajado.

Tal pretensión de supeditar la conducta humana como útil, lleva al extremo de autodesignarse como autoridad en el profundo suceso de su origen, y en el dramático evento de su muerte: la antropogenética y la eutanasia. La producción artificial de hombres es la operación por la que logramos convertir en mero módulo funcional lo que era el espacio sagrado de la persona. Porque el hombre no es entonces *engendrado* por un misterioso proceso en el que los padres intervienen de una manera directa, sino literalmente producido, como se produce un plástico, como se fabrica una pieza de taller. Y lo mismo sucederá con el desecho del repuesto: al igual que se intervino artificialmente en su origen, se intervendrá en su fin; quienes comenzaron su vida en probeta habrán de terminarla mediante una inyección.

Arrancar una cosa del lugar en el que se encuentra por naturaleza y en el que puede ser lo que es por naturaleza, para situarla en un contexto que le es extraño y exterior, es algo que necesita siempre ser justificado. Lo que nos debe servir para suscitar una necesaria conciencia ecológica, puede aplicarse sin duda a la génesis del ser humano: las técnicas de reproducción artificial del hombre al arrancar a éste de su contexto natural, paternal y maternal, necesariamente deben ser justificadas. ¿Existe algún auténtico Derecho que pueda dar cuenta de esta justificación?

Por de pronto, es preciso decir que el evidente impacto en el Derecho por parte de tales técnicas se manifiesta, principal aunque no exclusivamente, en aspectos administrativos, penales y civiles, (aunque en este estudio nos limitaremos a los últimos). Pero conviene advertir que tales aspectos jurídicos no se encuentran aislados de otros más trascendentales suscitados por esta cuestión, como los aspectos

## *Introducción*

morales además de los biológicos. A lo largo de esta investigación se analizan los íntimos nexos que existen entre estas diversas caras de la cuestión.

El punto fundamental de nuestra tesis culmina en el estudio del Derecho de Filiación en los supuestos de la llamada Reproducción Asistida, como parte integrante del Derecho de Familia y como integrante a su vez éste del Tratado del Derecho Civil.

Lo que sucede es que, por lo dicho, el asunto no puede abordarse directamente dada la interrelación que los diversos aspectos de la materia guardan entre sí, ni tampoco se puede separar de los aspectos morales, sociales y biológicos.

En virtud de ello, han de conocerse, en primer lugar, en qué consiste la mencionada dignidad del ser humano; después, las más elementales nociones de la biomédica en lo que se refiere a estas técnicas de reproducción. Sin un conocimiento detenido y cierto (firme) de la realidad biomédica careceríamos de punto de referencia en el cual apoyar con solidez y conocimiento de causa las consideraciones jurídicas y las referencias legales. Por otra parte, hay que fijar y adherirse a la doctrina moral y filosófica que corresponde a un concepto ontológico del hombre, tal como ha sido fundamentado a lo largo de nuestra cultura occidental. Aunque ello trascienda lo que es fin específico del Derecho -el bien común temporal de los sometidos al ordenamiento-, ese concepto del hombre, de donde brota el Derecho Natural, se vincula, como éste, estrictamente al Derecho Positivo. Por consiguiente el aspecto jurídico (de Derecho Positivo), en particular de Derecho Civil, ha de verse necesariamente iluminado por principios

morales y filosóficos derivados de una concepción del hombre, ya que la perspectiva *iusfilosófica* de esta materia resulta ser en último término, una traducción jurídica de la consideración moral de la misma.

Por tanto, después de sentadas las necesarias referencias biomédicas y a la luz que nos proporcionan las consideraciones de Derecho Natural, morales y filosóficas, se han estudiado los principios y características del Derecho de Filiación al que va a implicarse; es decir, los principios generales que rigen el Derecho de Filiación en general para ver si se adaptan o no al régimen positivo en los supuestos de la llamada reproducción asistida. Por lo tanto, lo que se persigue en la presente tesis es, partiendo de nociones ontológicas fundamentales como son el concepto de persona humana y el concepto de vida, esquematizar los datos biomédicos sobre las técnicas de inseminación artificial, fecundación *in vitro*, transferencia intratubárica de gametos, etc., en lo que afectan a ese Derecho de Familia.

Las técnicas artificiales de concepción, en los intentos de lograr la fecundación *in vitro*, han arrojado los siguientes datos de "éxito" publicados por la Organización Mundial de la Salud, tras su Congreso de Helsinki (1984), estos fueron datos proporcionados por cincuenta y seis equipos médicos: De 14,585 embriones fecundados en laboratorio, sólo 7,993 fueron implantados en útero; de ellos, se perdieron 6,642; y llegaron a nacer 600 niños... Cuyo precio fue, por tanto, de 13,984 vidas humanas.

## Introducción

Conociendo estas cifras, quien permita o practique la fecundación *in vitro* acepta y asume, aunque no la cause directamente, las muertes de seres humanos que ello conlleva.

En el tercer capítulo de este trabajo se fijan los principios informadores en que aquellas nociones, filosóficas y ontológicas, se estudian bajo la óptica jurídica. Creo que en esta materia no se puede ser neutral o indiferente: es necesario fijar una posición *iusfilosófica* y una posición metodológica precisas. He optado por dejar claramente definidas mis convicciones *iusfilosóficas* y los presupuestos metodológicos de los que me valgo.

El primer y fundamental principio es que todos tenemos derecho a la vida, de ello y de la dignidad ínsita en el ser humano, se deriva que todos tenemos derecho a venir a la vida de una manera igualmente digna y respetuosa. Los medios de concepción artificial y la experimentación en embriones ponen en serio peligro la vida; además, independientemente de lo anterior, son totalmente contrarios a la mencionada dignidad y por tanto, injustas para con el así concebido.

Es muy delicado, por otro lado, decidir las circunstancias en las que se debe admitir la investigación o experimentación en preembriones vivos, la única posible, creemos, es aquélla para salvar una vida, las demás pudiéramos llamarlas "muertes anunciadas" o muertes deliberadas y positivamente "causadas", hasta muertes "dolosos"; de muchos otros preceptos se deduce la legalidad de asumir un riesgo grave de muerte, es decir, la posibilidad y licitud legal de muertes "culposas".

El segundo principio básico de Derecho Natural que determina la ilicitud de estas técnicas, es el principio de Familia. La familia es la única institución que puede otorgar al ser humano todos los medios materiales y espirituales para su desarrollo integral. Mucho se ha dicho que la familia es la base de la sociedad, y mucho se ha comprobado que los índices mayores de delincuencia, drogas, inestabilidad y demás trastornos mentales, se dan en personas que no han tenido una figura familiar estable, y por lo mismo que les ha sido muy difícil una inserción social.

No se puede condenar a nadie, desde antes de ser concebido a nacer sin los medios mínimos indispensable para ese desarrollo, no se puede traer al mundo deliberadamente a hijos sin padre, a hijos en parejas inestables social y jurídicamente, a hijos en parejas homosexuales, etc.

El tercer principio es la prevalencia de la verdad biológica. La filiación debe tomar datos del parentesco natural para poder determinar jurídicamente las relaciones entre padres e hijos. Sobre este asunto se abunda en el capítulo cuarto de este trabajo.

Después, se destaca el ámbito del Derecho Civil en donde se sitúa el estudio ya propiamente exegético-legal, es decir, el marco jurídico de la persona física y de lo que ya es persona, del llamado *nasciturus*. Con todo ello abordo, para culminar, lo que he señalado al principio como fin fundamental de mi estudio: el análisis pormenorizado, de los aspectos civiles, jurídico-civiles de todas estas técnicas de procreación artificial.

## *Introducción*

Para tal efecto hemos tomado la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Asistida como base, ya que es la legislación más completa, aunque no la más justa, en esta materia.

Si bien es cierto que al momento de la promulgación de nuestra Constitución y del Código Civil no se conocían estas técnicas, sí es patente que esos ordenamientos se hicieron atendiendo a un modo natural de concepción, que es a nuestro juicio el único válido.

Así, en el último capítulo se estudia la donación de gametos, haciendo una clara distinción y diferenciación de éstos con los órganos, tejidos y la sangre, para determinar por qué no son comparables entre sí y no procede dicha donación. También se establece la responsabilidad del donador en cuanto a los gametos donados y los niños que nazcan de ellos.

Analizando los posibles destinatarios de la donación de los gametos, la ley sobre "Técnicas de Reproducción Asistida" permite -según hemos dicho- la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* de la mujer sola (artículo 6º.1). La reproducción asistida de mujer sola (siempre con donación de gameto o de embrión); y la inseminación artificial o fecundación *in vitro* heteróloga, aún referida a la mujer casada o emparejada, es vejatoria de la dignidad humana. No se trata de imponer aquí criterios confesionales, pero tampoco se pueden olvidar opiniones que, si bien basadas en la moral católica, constituyen una formulación y explicitación de la ley natural y, por tanto, son extrapolables a una moral social y no confesional.

Que un hijo nazca en el seno de una familia -basada en el matrimonio; pero, incluso, aunque sea la denominada familia de hecho- es un derecho inviolable de la persona. Aquí no puede alegarse, como derecho constitucional incompatible y prevalente, el equívoco "derecho a la procreación"; o "derecho a la paternidad..." que, en el peor de los casos, no es constitucional (el artículo 4 de la Constitución concede derecho a fundar una familia, pero no a tener hijos fuera de ella, "hijos sin padre"). Además, el verdadero sentido y alcance del derecho a la procreación se cifra en la ilicitud de prohibirla, en la ilicitud de la imposición legal de control de la natalidad.

Tanto la reproducción asistida de mujer sola, cuanto la reproducción asistida con intervención de donante ("teleadulterio" la ha llamado Sancho Rebullida), niegan y contradicen la protección a la familia, en cuyo íntimo recinto irrumpen de forma, no por anónima y distante menos real, terceras y cuartas personas totalmente ajenas al vínculo y composición natural de la familia.

Acoge, la ley española, en su mayor intensidad, el principio del anonimato. Por razones profilácticas, clínicas (y no nos engañemos..., raciales), se pueden comunicar las características generales del donante, pero no su identidad. Se comprende que sin anonimato no habrá donantes, y sin donantes no habrá fecundación asistida heteróloga.

Todo ser humano, por su propia naturaleza, tiene derecho a *conocer*, saber quién es su padre, aunque la paternidad legal la tenga atribuida otra persona. Y tiene también derecho a ser *reconocido* -en el significado técnico del término- aún contra la voluntad de quien sea,

## Introducción

por la persona que se demuestre que es su padre genético, en los supuestos en que no exista paternidad legal.

En segundo lugar, en este capítulo, se estudia la maternidad subrogada que, derogando el viejo adagio castellano que afirma "madre sólo hay una", admite, por lo menos, que un nacido tenga: madre genética, madre gestante, madre legal, madre educacional o de deseo; y padre biológico, legal y educacional o de deseo... De este modo, podría pensarse que la paternidad investigable puede ser, no sólo la paternidad y maternidad genéticas, sino también la maternidad gestante y la maternidad o paternidad legal, y educacional o de deseo.

Más, a esta interpretación, se opone:

a. Que la determinación de la maternidad o paternidad legal y de la educacional, no requieren, obviamente, *investigación*.

b. Que una cuestión tan trascendental y que implicaría un giro copernicano en los conceptos y referencias de nuestro Derecho, tiene que ser explicado y justificado, sin dejar huecos a la duda.

En la fecundación *in vivo* la gestación comienza con la fecundación. No hay distinción ontológica entre el embrión, el feto y el ser humano. Porque el concepto de "preembrión o embrión preimplantatorio", como simple célula o células carentes de vida, está totalmente desacreditado en la ciencia más moderna. Además la simple duda, sospecha, o posibilidad -ya es mucho conceder- de que en él haya vida, sería suficiente para que se impusiese el deber de respetarla.

Por último se estudia la fecundación *post mortem*, que es a mi parecer el exceso de la aberración en lo que estas técnicas se refiere. La idea de que una persona tenga un hijo quizá hasta diez años después de muerto, choca contra toda realidad e inteligencia jurídica.

Sobra decir que deja de haber matrimonio en el momento de la muerte de uno de los cónyuges, por tanto, un niño concebido con posterioridad a esa fecha es un niño extramatrimonial.

Derivado de lo anterior, nadie puede extender jurídicamente su posibilidad procreativa más allá de la muerte, aunque tecnológicamente sea posible; por ello, el concebido con posterioridad no podrá tener vínculo con el dador del gameto. Al no haber filiación, se caen por sí mismos los argumentos sucesorios en favor del no concebido en vida del padre.

Lo anterior nos hace reafirmar que el “logro” de traer una vida, sea con la técnica artificial que sea, nunca es válido sacrificando miles en el camino. El fin no justifica los medios, y la vida, fin en sí misma, siempre será más sagrada que el “avance” tecnológico de un mundo futurista que para muchos se antoja atractivo, pero que a los humanistas comprometidos nos parece precisamente lo contrario: muy inhumano.

Bajo estas premisas, consideramos la importancia de regresar nuevamente los ojos a la naturaleza y de respetar al hombre; es decir, respetamos a nosotros mismos como seres con un origen y destino sobrenatural.

## **CAPITULO I**

### **LA PERSONA Y EL DERECHO**

En este capítulo haremos un estudio de la persona y su dignidad, de la persona en sentido jurídico (del Derecho Natural), y en sentido formal (del tratamiento que el Derecho Positivo le da a la persona). Es claro que el ser humano es el único ser capaz de tener relaciones de tipo jurídico, y que éstas se darán únicamente con otros seres de su misma condición, es decir, con otros seres humanos. Por ello consideramos importante antes de adentrarnos en el estudio jurídico, hacer algunas reflexiones, aunque breves, en torno a la persona en sentido ontológico, apuntando algunas características que lo separan y diferencian de los demás entes creados, y que den alguna pauta que sirva de punto de partida para el estudio del mismo desde la perspectiva del Derecho.

#### **1. La persona y su dignidad**

Todo ser existente necesita de factores externos para subsistir, necesita de cosas materiales para cubrir sus más elementales requerimientos, y las busca de un modo instintivo; así por ejemplo, necesita alimentarse, cubrirse de las inclemencias del tiempo, comunicarse con sus congéneres, etc. Sin embargo el hombre, a diferencia de los animales y de las demás criaturas existentes, no lo busca únicamente por que su instinto se lo indica, el hombre tiene

además la capacidad de pensar, darse cuenta de que necesita de ese alimento, vestido o comunicación.

Ya desde aquí notamos dos cuestiones importantes: el hombre necesita de factores externos a él, y por otro lado no sólo los busca instintivamente, sino que piensa, razona que los necesita y la manera de alcanzarlos.

En efecto, el hombre no puede desde su interior satisfacer sus necesidades, debe por lo tanto salirse de sí mismo y ver que afuera están los satisfactores de esas necesidades, que bien pueden ser necesidades internas o externas. Entendemos como necesidades internas, desde el punto de vista físico, por ejemplo, alimentarse, pensar, etc. y como necesidades externas vestirse, comunicarse, etc.

Ahora bien, el hombre tiene facultades espirituales que lo distinguen, (ya hemos dicho que piensa). No sólo siente una necesidad, sino que se da cuenta de que tiene esa necesidad, no sólo la satisface, sino que se da cuenta que "debe" satisfacerla y la mejor manera de hacerlo. Es decir, el hombre tiene la capacidad de buscar entre varios satisfactores y escoger el que más la convenga. En otras palabras, el hombre tiene libertad, otorgada por su capacidad cognoscitiva, de tomar esto o aquello, o de dejar de tomarlo si así lo desea. Un animal, al sentir una necesidad instintivamente busca el satisfactor y lo utiliza, sin mayores cuestionamientos; simplemente sigue a su naturaleza. El hombre en cambio puede, al darse cuenta de un "llamado" de su naturaleza, buscar y escoger entre varios satisfactores semejantes, o incluso no hacerle caso a ese llamado y no cubrir la carencia. El hombre, así es capaz, incluso, de ir en contra de

esa naturaleza. Esta facultad es exclusiva del hombre; y es producto de su capacidad de pensar y de elegir, es decir, de su libertad.

Sin embargo, como apunta Millán Puelles,<sup>1</sup> el hecho de ir en contra de su naturaleza implica consecuencias de un tipo que rebasa lo puramente sensible, así un acto interno de no cumplir una necesidad externa, se convierte en un acto interno con repercusiones, también internas pero de características muy distintas a la necesidad natural que le dio origen. Este autor indica que no solamente podemos “sentir hambre, y en virtud del instinto de conservación buscar el alimento necesario, sino que somos también capaces de entender que tenemos el ‘deber’ de alimentarnos. Satisfacer esta necesidad de nuestro cuerpo no es simplemente una necesidad física, sino también un deber, una obligación. De esta manera, el hombre se nos aparece como un ser en el que ciertas necesidades materiales son, a la vez, necesidades morales”.

Más adelante el mismo autor dice que “la libertad, que capacita al hombre para actuar por deber y no solamente por instinto, es también lo que le hace ser persona y no un simple animal. (...) Todo hombre es persona por tener una cierta libertad, aun en las peores circunstancias. Y el hecho de que esa libertad, incluso en las circunstancias más propicias, sea limitada, no nos quita la categoría de personas, sino que la deja en el nivel de la ‘persona humana’, que

---

<sup>1</sup> MILLAN PUELLES, Antonio, *Persona humana y justicia social*, Ed. MI-NOS, México, 1990, pp. 11 y 12.

aunque está por debajo de Dios, es evidentemente superior al de los animales y las cosas".<sup>2</sup>

Esto no quiere decir que el hombre este coaccionado a actuar siempre conforme a su pensamiento, hay muchos actos del hombre en los que no interviene la libertad, por lo que este cuestionamiento no es aplicable a cada movimiento del mismo. Existen actos inconscientes y actos que por otros factores externos o internos no permiten el pleno ejercicio de la capacidad cognoscitiva o aun existiendo ésta de la libertad humana. En estos casos no se puede hablar de libertad y por tanto de obligación moral del acto.

Regresando al tema de las necesidades internas y externas, es necesario diferenciarlas de los deberes. Al existir necesidades internas y externas, no se hace referencia a que sean físicas y espirituales, no se debe identificar una necesidad interna con un deber espiritual ni una externa con uno físico. La diferenciación se hace para el hombre en el campo de los deberes. No existen deberes físicos y espirituales, para el hombre todos los deberes son espirituales, lo que se distingue es que unos deberes hacen referencia a necesidades físicas y otros deberes a necesidades espirituales (ya sean internas o externas); pero el deber en sí, por el uso de la conciencia y de la libertad, siempre será espiritual.

Así la persona humana es "un ser que por tener, no sólo instintos, sino también entendimiento y libertad, es capaz de sentir necesidades morales, tanto en relación con su cuerpo como respecto a su espíritu,

---

<sup>2</sup> *Idem*, p. 13.

y que, por ello, tiene también derecho a satisfacer esta doble clase de necesidad".<sup>3</sup>

Al hablar de dos tipos de necesidades y de facultades espirituales, queda patente que el hombre tiene cuerpo y espíritu, que es una sola realidad, es decir, que ese cuerpo y ese espíritu están unidos en una sola persona, esta es también una característica de la persona. Este vocablo -persona- hace referencia a un ser indivisible con una unidad substancial: cuerpo y espíritu. No puede haber cuerpo solo (se estaría hablando de un ente inanimado, como por ejemplo una piedra -que es pura materia-) ni espíritu solo (como por ejemplo un ángel) cuando nos referimos al hombre, éste es tanto lo uno como lo otro, sin posibilidad de separarse de alguno de los dos, ya que en ese momento dejaría de ser persona humana para convertirse en otra cosa.

Eugenio Trueba,<sup>4</sup> al tratar esta unidad de cuerpo y espíritu, de facultades espirituales y de necesidades tanto físicas (materiales), como espirituales, dice: "Se advierte en el hombre dos categorías generales de fenómenos: los *materiales*, reductibles a movimientos y por tanto mensurables (pesadez, inercia, etc.), y los *cualitativos*, irreductibles a movimientos (pensamiento, voluntad, sentimientos). A estos últimos se les llama fenómenos anímicos.<sup>5</sup> De la persona humana pudiera decirse, pues, que es una unidad de materia y espíritu.

---

<sup>3</sup> *Idem*, pp. 14 y 15.

<sup>4</sup> TRUEBA, Eugenio. *Derecho y persona humana*. Ed. JUS, México, 1966, p. 34 y 39.

<sup>5</sup> En estos planteamientos el autor se apoya en JOLIVET, *Curso de Filosofía*, Desclée, Buenos Aires, 1958, pp. 213 y 214.

“Persona e individuo, en cuanto al hombre, no son conceptos diversos. El hombre no está dividido ni se sitúa en dos planos distintos: el de la materia inferior, en cuanto individuo, y el superior del espíritu, en cuanto persona. No. El individuo en su unidad de materia y espíritu, es persona. (...) parece darse una doble realidad, de un cuerpo y de una alma. Pero hay un principio vital único, la unicidad del alma. No puede hablarse válidamente de que el hombre es por un lado cuerpo y por otro espíritu. En realidad se trata de una sustancia única, de naturaleza racional”.

De aquí se deduce otra característica fundamental del ser humano: si tiene facultades físicas y espirituales, así como necesidades materiales y espirituales; si existe una unicidad entre esa materia y ese espíritu; y si, finalmente, es la parte espiritual la que lo separa del resto de las criaturas, esa espiritualidad (y por tanto esas funciones espirituales como la inteligencia y voluntad) le otorga una dignidad diferente y superior.

“Ahora podemos afirmar que el hombre, además de ser pensamiento o razón, es voluntad, facultad esta última del todo indiscutible porque es como la condición de sus tendencias e inclinaciones. En otras palabras, el hombre no sólo está hecho para conocer, sino también para amar. Para conocer todo lo que existe y amar todo lo que existe. El conocimiento de lo que es mejor y más excelente, producirá sin duda mayor perfección en su inteligencia, y el amor a eso mismo, mayor perfección en la voluntad. De donde se deduce: que los actos voluntarios del hombre, que constituyen su conducta moral, *deben estar ordenados por un amor racional a todo lo que es*, es decir, que

sea conforme al grado de ser y de bondad que haya en cada una de las cosas.

“El ser humano está ordenado a fines y tiene como su propia ley aquella que lo lleva a su integración o felicidad, a la cual no quiere ni puede renunciar”.<sup>6</sup>

El concepto de dignidad del que se habla cuando se hace mención a la inteligencia y voluntad del ser humano, hace referencia a la “superioridad o a la importancia que corresponde a un ser, independientemente de la forma en que éste se comporte. (...) no se piensa tan sólo en el valor de los hombres que actúan rectamente, sino en que todo hombre, por el hecho de ser una persona, tiene una categoría superior a la de cualquier ser irracional. (...) Entre dos seres de distinta inteligencia no cabe duda de que, en igualdad de condiciones, es el mejor dotado el que puede obtener más ventajas; pero esto no le da ningún derecho a proceder como si el otro no fuera igualmente una persona. (...) ‘Tan persona’ es uno como el otro. (...) Como es algo que existe en cualquier hombre, la dignidad de la persona humana no es superioridad de un hombre sobre otro, sino la de todo hombre, en general, sobre los seres que carecen de razón”.<sup>7</sup>

El mismo autor, más adelante, dice que si bien es cierto que el hombre requiere de la naturaleza y de los demás seres creados para subsistir, esto no lo coloca en un plano de dependencia y por tanto de inferioridad, ya que así como el artista necesita de su instrumento

---

<sup>6</sup> TRUEBA, *op. cit.*, p.45.

<sup>7</sup> MILLAN PUELLES, *Op. cit.* pp. 15 y 16.

para trabajar, “de aquí no se sigue que el artista sea realmente inferior a su instrumento, sino al revés, porque el segundo está al servicio del primero y hace de medio para los fines que éste se propone.

“Hay, de este modo, un señorío del hombre sobre el mundo, un dominio humano de las cosas y de los seres irracionales. Merced a su inteligencia y a su capacidad de iniciativa, el ser humano, que necesita, para su misma vida, de la naturaleza que le envuelve, logra sacar provecho de los seres de esta naturaleza: los pone a su servicio, los maneja y los usa en beneficio propio. Y cuanto más progresa, tanto mejor hace rendir a estos seres su utilidad para la vida humana”.<sup>8</sup>

Esta dignidad del ser humano, demostrada su existencia según los párrafos anteriores, tiene su fundamento en la espiritualidad del ser humano. Ya se ha dicho que el hombre no es puro espíritu, pero tampoco un ser irracional. “Nuestra categoría de personas nos viene justamente de tener libertad y entendimiento, que no son atributos materiales, sino espirituales”.<sup>9</sup>

Sin embargo el hombre no se creó a sí mismo, como tampoco los animales, sino que así fueron creados, al hombre se le dotó, sin él pedirlo, de la capacidad de pensar, como al ave se le dotó de la capacidad de volar. “La última razón -así-, el fundamento radical de la categoría de la persona humana, no puede ser, por tanto, el hombre

---

<sup>8</sup> *Idem*, pp. 17 y 18.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 20.

mismo, ni mucho menos los seres inferiores a él, sino un ser superior a todo hombre y capaz de infundir razón y libertad en la materia de que estamos hechos. Ese ser superior, que ha dado al hombre la categoría de persona al darle entendimiento y libertad, es, también él mismo, un ser provisto de categoría personal -ya que nadie puede dar lo que no tiene-, pero no de una simple categoría personal humana, sino de la categoría personal divina. Es, por tanto, Dios".<sup>10</sup>

Es Boecio quien da una definición de ser humano que engloba claramente todo lo mencionado hasta ahora; persona es *rationalis naturae individua substantia*. Más adelante Santo Tomás de Aquino comenta y explica esta definición. El ser humano, es una substancia porque subsiste por sí misma, no necesita de nada para subsistir; es individual, separada de todo lo que le rodea y de sus propios congéneres; y, finalmente, tiene una naturaleza racional, lo que significa que tiene la capacidad de pensar, de reflexionar. En esta capacidad intelectual, quedan inmersas la capacidad de buscar la verdad y querer el bien, de escoger entre dos o más opciones que se le presenten, o sea, la libertad.<sup>11</sup>

Por todas estas capacidades del hombre, se ve una necesidad natural de apertura hacia el mundo que lo rodea y hacia sus propios congéneres. El hombre es un ser social por naturaleza, necesita de otros hombres para perfeccionarse como persona, ya que sería ilógico pensar en un ser que con su racionalidad, no fuera capaz de

---

<sup>10</sup> *Idem*, p. 21.

<sup>11</sup> Cfr. PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *La persona en el Derecho Civil Mexicano*, Ed. Panorama, México, 1985, pp. 16 y 17.

comunicarse ni siquiera al nivel que lo hacen los seres inferiores. En la naturaleza se observa que los animales no viven completamente aislados unos de otros, se reúnen en manadas para ayudarse unos a otros. Es obvio que el hombre está llamado a mucho más que eso, no sólo tiene la capacidad de estar junto a otro para ayudarse, sino que su comunicación con los seres de su misma especie es a un nivel muy superior; se comunica para engrandecer a su propia persona y a su sociedad, se manifiesta culturalmente para dejar patente su paso por el mundo. No es un simple nacer, crecer, reproducirse y morir. El hombre, más allá de esto, busca felicidad, plenitud y vida eterna por su fin sobrenatural.

## **2. La persona en el Derecho**

### ***2.1. Persona en sentido jurídico***

El ser humano, además de su dimensión ontológica o natural, goza también de un tratamiento a la luz del Derecho. En efecto, el hombre es un ser susceptible de tener derechos y obligaciones; vimos en el inciso anterior que por el hecho de sentir hambre, tenía la posibilidad de buscar su alimento, pero también a diferencia del resto de los animales, se daba cuenta de esa necesidad y eso le causaba una obligación moral de atender esa hambre y satisfacerla. Como ésta, el hombre tiene una gran cantidad de derechos que puede hacer valer ante el resto de sus congéneres y de obligaciones que de la misma manera tiene que cumplir, o que se le pueden hacer cumplir incluso por la fuerza.

Estos derechos y obligaciones vienen dados por la propia naturaleza del ser humano, es decir, por su racionalidad y todo lo que ello lleva consigo -por ejemplo su libertad-, y que fue anotado en el inciso anterior. Así, esta capacidad de ser portador de derechos, le viene de que algo se le debe por justicia, que algo le corresponde por un título natural de justicia, y esto es atribuible a cada hombre en lo individual, aunque es para todo hombre existente. Lo que queremos decir con esto, es que el ser humano no es portador de derechos y obligaciones de manera general (no es una posibilidad que se inserte en el género humano), sino que si bien es cierto que todo hombre los tiene, también es cierto que se manifiestan en cada uno como individuo. Se estableció la unicidad del ser humano, su individualidad y su independencia de los demás; del mismo modo, diremos que estos derechos y obligaciones, por estar insertos en una persona individual y concreta, independiente y diferenciable de los demás, son susceptibles de exigirse a esa persona y no a una colectividad.

También es importante hacer notar que este concepto no es algo accidental, como el hecho de ser alto, delgado, médico o abogado; por el contrario, es esencial al ser humano -como ya se decía por su naturaleza-, ser portador de derechos. Todos los hombres son sujetos de derechos, aunque se verifiquen en lo individual. De la misma manera, si todos somos igualmente hombres, por tener la misma naturaleza, todos tenemos los mismos derechos naturales, que se desprenden de ella. Esto es independiente de que la ley positiva reconozca o no estos derechos.

“La libertad -de nuevo nos referimos a la persona humana- constituye a la persona en principio y dueño de sus actos. De este modo, la persona tiene dominio sobre su actuar, pues no obra necesariamente de un modo determinado. Ni las leyes físicas ni los instintos constriñen su actuación de un modo absoluto, como sí lo hacen en el caso de los demás seres. La persona es capaz de dominar el curso de sus actos, a ello le llamamos dominio moral.

“Lo anterior apuntala el carácter natural de la noción jurídica de persona, pues si la persona es por naturaleza causa libre de sus actos, y por ende responsable de ellos y dueño, se le debe -de un modo igualmente natural- respetar tal pertenencia. En este sentido, dar a la persona lo que naturalmente corresponde equivale a respetar esta pertenencia de los propios actos”.<sup>12</sup>

En palabras de Javier Hervada, “la palabra derecho se aplica a las normas, a la cosa justa y a la facultad moral de exigir. El problema reside en determinar cuál de estas cosas es el derecho en sentido primario y cuáles se llaman en derecho por derivación, o más científicamente por analogía. ¿Cuál es el significado analogante de la palabra derecho y cuáles los analogados? La cuestión es importante, porque de su respuesta depende la idea última que se tenga del derecho y de la función propia del jurista. Para la concepción normativista, el derecho es, ante todo norma -conjunto de normas- siendo la función del jurista interpretar y aplicar la ley; el jurista es un legista. Para el realismo jurídico en cambio, el derecho o *ius* es

<sup>12</sup> MIER Y TERAN, Salvador, *El régimen jurídico de la llamada reproducción asistida. Presupuestos, exposición, crítica*, Tesis doctoral, Pamplona, España, 1989, p.43.

ante todo la cosa justa porque el arte del jurista es el arte del reparto justo de las cosas, averiguar en cada caso qué es lo justo, esto es, saber determinar en cada caso qué cosa o cosas le son debidas a un sujeto. El objeto del arte del derecho es, pues, la cosa justa, lo justo; de donde lo justo, el derecho, es lo que especifica dicho arte y, en consecuencia, el sentido primario del derecho -al analogante- es el de lo justo o cosa justa. Todo lo demás es derecho en relación con este sentido primario”.<sup>13</sup>

“Y si el derecho tiene como sujeto a la persona; el derecho natural se da en la persona. Precisamente desde esta perspectiva, surge la noción jurídica de persona: la persona es naturalmente sujeto de derecho.

“Por ello decir que la ley positiva vigente es la que otorga al hombre el ser persona en sentido jurídico, equivale a desconocer fácticamente la naturaleza ontológica de la persona humana, pues cuando se reconoce -con todas sus consecuencias- la naturaleza ontológica de la persona humana, nos conduce a afirmar que todo hombre es sujeto de derecho”.<sup>14</sup>

Por su parte Alberto Pacheco, confirma lo anterior, el Derecho y la persona nacen juntos, pero el Derecho debe estar para servir a la persona. “No obstante que Hombre y Derecho nacen juntos, conceptualmente la Persona Humana es anterior al Derecho en tanto

---

<sup>13</sup> HERVADA, Javier, SANCHO IZQUIERDO, Miguel, *Compendio de Derecho Natural*, T. I, Pamplona, 1980, p. 204.

<sup>14</sup> MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 47.

que el Derecho nace para servirle, para ordenar la convivencia en vistas al fin de la Persona Humana, que por ser trascendente, es superior a todo orden jurídico”.<sup>15</sup>

En este sentido, en la medida que tengamos un correcto concepto del ser humano, tendremos un claro concepto del derecho que por su naturaleza le corresponde, y de que en efecto le corresponde ser sujeto de derechos y obligaciones, mismos que están implícitos en su calidad de persona, anterior a una legislación positiva. Ya que el derecho y la persona nacen juntos (se verá adelante el concepto de capacidad), no se puede en ningún momento, ni siquiera antes del nacimiento, limitar o eliminar tales derechos, ninguna legislación o gobernante puede suprimir para la persona lo que por naturaleza le corresponde.

Manuel Albaladejo, lo establece en estos términos: “El derecho positivo ha de inspirarse en el natural, no contradiciéndolo, sino desarrollando sus principios y reglas a tenor de las circunstancias y necesidades de cada momento y lugar.

“Sólo su armonía con el Derecho natural legitima al positivo. En otro caso no se trata de verdadero Derecho, sino de un puro mandato injusto, aunque su cumplimiento pueda imponerse por la fuerza”.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *La persona en el Derecho Civil Mexicano*, Ed. Panorama. 1992, p. 24.

<sup>16</sup> ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, T. I, volumen primero, Ed. Bosch, Barcelona. 1985, pp. 20 y 21.

Como bien nos hace notar Alberto Pacheco, se está hablando de un título natural de justicia que es anterior a una legislación positiva, por lo tanto, "No se debe confundir -como ya se explicó anteriormente- la existencia de la norma jurídica con la norma positiva dictada por una autoridad concreta en una sociedad determinada. El Derecho no es sólo Derecho Positivo. El derecho existe como regla de todas las relaciones entre los hombres pues todas ellas se desenvuelven en el campo de la justicia: toda relación entre hombres implica necesariamente una obligación de dar o respetar en el otro lo suyo, y esto es la materia de la justicia y el objeto del Derecho. El sentido innato de justicia que tienen todos los hombres, les hace actuar conforme a la norma jurídica innata que existe también en ellos".<sup>17</sup>

Ahora bien, el hombre tiene una naturaleza clara, es superior a todos los demás seres de la creación por su racionalidad, pero no debemos olvidar que también tiene libertad y que, desgraciadamente, en muchas ocasiones en el ejercicio de esa libertad actúa en contra de su propia naturaleza en una aparente búsqueda de su fin; sin embargo, comete acciones que dañan a otros seres y que, por tanto, no verifican una relación de justicia entre ellos, sino, más bien, una relación de injusticia que limita y entorpece la consecución del mencionado fin natural y sobrenatural del hombre. En este sentido, queda claro que el hombre no sólo debe buscar su desarrollo y bienestar, sino que también debe permitir y coadyuvar a la realización de los fines de sus congéneres, de esta manera sí podremos hablar de justicia y de derecho. Lo legítimo no siempre está identificado con lo justo, así la ley positiva se muestra con cierta

---

<sup>17</sup> PACHECO ESCOBEDO, *op. cit.*, p. 24.

independencia de la norma jurídica, del derecho natural. Una ley positiva sólo será justa, cuando busque reflejar fielmente a la realidad natural, cuando cumpla con la propia naturaleza del hombre para la consecución de su fines, y por tanto, sólo se podrá hablar de una relación de justicia cuando el hombre efectivamente cumpla la ley justa y combata la injusta. Y todo esto al servicio de la persona, pero no a sus fines particulares no encaminados a respetar su naturaleza y su característica trascendente, sino a los fines de todos los hombres (que como ya se dijo tienen la misma naturaleza), y para lograr, todos, ese fin trascendente al que están *naturalmente* llamados.

“Por lo anterior es correcto concluir que la Persona humana es el centro mismo del orden jurídico; es la razón de existir del Derecho; sin persona humana el Derecho perdería su razón de ser y no se estaría ordenando nada a nadie. El fin trascendente de la Persona y sus características básicas naturales como tal Persona, no pueden ser modificadas por el orden jurídico sino que, como ya se dijo, deben de ser protegidas y promovidas para que la Persona humana alcance la plenitud de su realización como tal...

(...)

“La relación de justicia que está implícita en toda relación jurídica, lleva en ocasiones la necesidad de modificar o inclusive desconocer algunos de los bienes secundarios o particulares de la Persona para atender al bien de la comunidad, pero sin subordinar nunca aquélla a ésta en su dignidad de persona, porque con eso se estaría atentando contra el bien común, pues negar o desconocer el estatuto básico de

cualquier persona, atenta contra todos aquéllos sujetos que con el ofendido, participan de su condición de persona".<sup>18</sup>

## *2.2. Persona en sentido formal*

Ya quedó apuntado el concepto de persona en sentido ontológico, y también que esa sustancia individual de naturaleza racional, por tener esa naturaleza y por la dignidad que de ella se desprende, es portador de ciertos derechos que le son concedidos por un título de justicia inmerso en la naturaleza. El hombre en sentido jurídico, *ese* sujeto de derechos naturales, debe ser protegido y respetado por un ordenamiento positivo, ya que éste último debe someterse al derecho natural para ser justo; y es ese derecho natural el que le da al hombre lo que por justicia le corresponde. Así, sólo puede ser portador de estos derechos el que es considerado como persona jurídica y por tanto, anteriormente, persona ontológica, y sólo el individuo de naturaleza racional puede reputarse válidamente como persona ontológica.

El derecho, en su búsqueda de ordenar las cosas y lograr la justicia, ha creado figuras y reconocido otras anteriores. Como toda disciplina, tiene su punto de partida, pero ese punto de partida suele derivarse de una disciplina distinta. El derecho y la filosofía (de donde se deriva el sentido ontológico de persona), son diferentes e independientes, pero el primero debe tomar las bases de la segunda para poder iniciar su propia función. De esta manera, sólo sabiendo

---

<sup>18</sup> *Idem*, p. 26.

qué es persona, se le pueden atribuir o reconocer derechos (función del derecho positivo, que a su vez debe derivarse del natural para ser justo). El derecho debe regular para ordenar a la sociedad, pero no puede "legislar" en materia filosófica; antes bien, debe valerse de ella para dar por supuesto una serie de conceptos y principios a partir de los cuales ordenará el comportamiento del hombre en sociedad para la consecución del bien de la colectividad.

Aquí es donde entra el concepto de persona en sentido formal. Se entiende por persona para el derecho a aquél sujeto que tiene capacidad, traducida esta capacidad en la susceptibilidad de tener derechos y obligaciones: es *capaz* de tener esos derechos y obligaciones.

Para el derecho son personas en sentido formal las personas físicas (de las que hemos estado hablando) y las personas morales. Es importante aclarar que teniendo su diferencia jurídica, acaban, las segundas, individualizándose en las primeras. La persona moral es una ficción creada por el derecho para la realización de fines bien distintos de los fines naturales de la persona física. Persona moral es pues una colectividad de personas físicas que se unen para ciertos fines que una persona física sola no podría alcanzar, o al menos le sería mucho más difícil. Pero a fin de cuentas, aunque formalmente existan personas físicas y personas morales, las personas morales siempre estarán formadas por personas físicas perfectamente independientes, identificables y diferenciables de la moral. Y es en las físicas en quien, en última instancia, se insertan los derechos y las obligaciones, aunque la ley se las otorgue a las morales. Esto se

demuestra fácilmente ya que no se le puede reconocer ni atribuir a una persona moral una inteligencia y voluntad propias, separada de la inteligencia y voluntad de sus miembros, las personas físicas. De esta manera, al no tener facultadas espirituales, no pueden ser sujetos, naturalmente, de derechos y obligaciones.

Sin embargo, también es importante decir que “la personalidad de la que trata el Derecho Civil va más allá de la noción ontológica de persona. Sólo el individuo de naturaleza racional puede válidamente reputarse como persona ontológica. Un accidente metafísico de relación -sea una corporación, una sociedad, un Estado, etc.- no es persona ontológica porque carece de la dimensión sustancial, esencial a la personalidad ontológica. En cambio la personalidad formal es extensiva a los fenómenos denominados personas morales. Estos fenómenos tienen personalidad jurídica en cuanto que son sujetos ante la ley de derechos y obligaciones”.<sup>19</sup>

En nuestra legislación, el art. 22 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, establece que “la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”.

---

<sup>19</sup> MIER Y TERAN, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

El artículo 337 por su parte dice que “para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil...”.

En estos dos artículos está contenido el concepto formal de persona. Para el derecho la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones comienza con el nacimiento y termina con la muerte, sin embargo, como ya vimos y el propio ordenamiento lo hace notar, se le reconocen derechos desde el momento de la concepción, ya que desde ese momento es persona.

Se reconocen derechos al nacido, que es aquél que ha sido dado a luz y ha permanecido vivo veinticuatro horas desprendido del seno materno, o que ha sido presentado vivo al Registro Civil. Aquí consideramos que se debe aclarar -se hará con más profundidad en el capítulo segundo de este trabajo- que el ser humano es persona con todos sus atributos espirituales y con su dignidad desde el momento mismo de la concepción, por lo que el derecho debe protegerlo desde ese mismo momento. Sin embargo, el código le otorga la calidad formal al nacer; tiene los derechos, aunque los tiene sujetos a una condición -la de nacer y vivir 24 hrs. o ser presentado al Registro Civil-, desde el momento de la concepción. “Esto no quiere decir de ninguna manera que antes de reunirse esas condiciones el concebido o el ya nacido no sea persona. Sería absurdo el pensar que la persona comienza por la inscripción en el Registro Civil o que comienza en la hora veinticuatro de haber nacido. Los que así pensarán, podrían también en consecuencia afirmar que no es asesinato matar a un niño ya nacido a la hora veintitrés después del alumbramiento y sí sería

homicidio matarlo a la hora veinticinco. A lo que el Derecho Civil se está refiriendo con estas normas, es al *principio formal* de la persona humana, no al *principio natural* de la persona humana. (...) Al decir que 'sólo se reputa nacido' (Art. 337 del Cód. Civ.) al que es presentado vivo al Registro Civil o vive veinticuatro horas desprendido del seno materno, el Código Civil no está afirmando de ninguna manera que antes la persona no existía, sólo está indicando que la personalidad para efectos civiles sólo se consolida, sólo se convalida plenamente en aquella persona humana cuando se den los requisitos antes mencionados. Antes, existe la persona humana, pero el establecer relaciones jurídicas definitivas del orden civil en relación con ella, queda sujeto a la condición suspensiva de su nacimiento vivo y viable".<sup>20</sup>

"En este sentido comienza a ser persona en el instante de su total desprendimiento del claustro materno, sin que sea preciso esperar veinticuatro horas. Esta demora afecta sólo a un aspecto: el de los derechos *subjetivos privados* y por una razón de derecho sucesorio, a saber, evitar que los derechos a la herencia se modifiquen por el azar del nacimiento de un infante que no puede seguir viviendo.

(...)

"... no se trata de privar de la condición de persona a un ser humano vivo sino de condicionar su capacidad para variar el curso de una sucesión o, en general, adquirir derechos patrimoniales (no adquiriéndolos, ya no se halla en el caso de transmitirlos)".<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> PACHECO ESCOBEDO, *op. cit.*, pp. 28 y 29.

<sup>21</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, T. I, volumen segundo, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, pp. 16 y 17.

A este tipo de derechos que tiene el no nacido pero concebido, y que conserva durante toda su vida, se le llama capacidad de goce. A la capacidad de ejercer esos derechos por cuenta propia se le llama capacidad de ejercicio. No entraremos a detallar estas dos figuras jurídicas -propias de la persona en sentido formal-, baste constatar que la persona en sentido formal es la misma persona en sentido ontológico en cuanto es considerada como sujeto de esos derechos y obligaciones, es decir, a partir del nacimiento.

Resumiendo, la personalidad formal es una atributo del derecho que hace reconociendo la personalidad ontológica. "El Derecho Civil no juzga sobre la personalidad ontológica, porque no es de su competencia. De ahí, que cuando el Derecho Civil sólo reputa al ya nacido la personalidad formal, no está afirmando que el *nasciturus* carezca de naturaleza racional. Tan sólo está indicando que a partir de cierto momento o de cierto trámite, se adquiere personalidad formal; pero no se juzga sobre la dimensión ontológica del *nasciturus*. No es de su competencia hacerlo. La noción formal de persona en la medida que no se desquicia, es decir en la medida en que no desborda los límites o el marco jurídico-formal para el que fue creada, no atenta contra la naturaleza".<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> MIER Y TERAN, *op. cit.*, pp. 54 y 55.

## **CAPITULO II**

### **LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ARTIFICIAL**

En el presente capítulo se dará una explicación médica de las diferentes técnicas de Reproducción artificial. Como veíamos en el capítulo anterior, el ser humano está dotado de una dignidad especial, que lo hace diferente al resto de los seres creados, en este sentido, es indispensable hacer notar, al explicar estas técnicas, que se está hablando de ese ser humano como principal destinatario de ellas, y que ni la ciencia, ni el derecho, están por encima de esa dignidad. Por ello, no estamos hablando de experimentación en animales, asunto que en ninguna forma afecta tal dignidad, sino de seres con inteligencia, voluntad y libertad; hechos a imagen y semejanza del Creador. Por ello es capital tener en mente cómo se debe actuar ante ese ser humano cuando se manipula la genética para "crear" nuevas vidas o experimentar con ellas.

Hablando de las técnicas en general, no debemos olvidar que el ser humano, al ser una sustancia individual de naturaleza racional se autopertenece; es decir, por su dignidad no le pertenece a nadie, nadie se puede hacer acreedor de un ser humano, nadie tiene un derecho o título natural de propiedad sobre ese hombre. Así, el ser humano se pertenece a sí mismo y a nadie más, y por lo mismo no debe ser instrumentalizado.

Las técnicas de reproducción asistida se han querido presentar como cura para la esterilidad, es decir como medio terapéutico, pero en realidad lo que hacen es sustituirla. Se ve claramente este aspecto con

la técnica de la inseminación artificial *post mortem* (la inseminación se hace con semen del marido que ha muerto antes; -esta técnica más adelante se explicará a detalle-). A nadie se le ocurriría pensar que un ser humano concebido después de la muerte de la persona que ha dado su gameto para fecundar, pueda ser cura para la esterilidad.

En ningún momento estas técnicas ayudan a lograr el funcionamiento normal del aparato reproductor de alguno de los padres ni corrige algún defecto que impida la fecundación natural, tal podría ser el caso de una alimentación especial, un tratamiento a base de hormonas o ejercicios determinados para ese efecto; éstos últimos sí son medios terapéuticos, para corregir, naturalmente, un defecto que permita lograr una fecundación igualmente natural. Más adelante se hablará de algunos medios terapéuticos para curar la esterilidad, que como se verá, no tienen nada que ver con una fecundación artificial como lo son estas técnicas.

Iniciaremos el estudio de este capítulo explicando el único medio previsto por la naturaleza para concebir, el embarazo natural. Se dejará muy claro cuándo inicia la vida humana, -y que es humana desde el principio-, para después explicar todas las técnicas de reproducción artificial.

## **1. El embarazo natural**

En este apartado seguiremos a Salvador Mier y Terán.<sup>23</sup>

Para que se logre un embarazo, se necesitan, indispensablemente, espermatozoides maduros y un óvulo maduro.

El varón debe producir semen (esperma o líquido espermático) en los testículos, con las propiedades adecuadas para la fecundación, éste se deposita en las vesículas seminales, en este trayecto se enriquece con nuevas sustancias.

La mujer debe producir un óvulo maduro de cualquiera de sus aproximadamente 200,000 folículos, en alguno de sus dos ovarios.

Estos dos gametos (el espermatozoide y el óvulo) deben encontrarse y el primero fecundar al segundo.

Durante la unión sexual entre el varón y la mujer se debe producir una eyaculación, los espermatozoides (de 200 a 300 millones que se depositan en 2 ó 3 cm<sup>3</sup>) suben por el interior del cuerpo del útero y de la trompa de falopio donde se encontrarán con el óvulo. El 65% de los espermatozoides deben tener una movilidad normal y capacidad de penetración.

El folículo ovárico se rompe, se desprende el óvulo y es captado por la ampolla de la trompa, inicia su descenso hacia el útero y en el camino

---

<sup>23</sup> MIER Y TERAN SIERRA, Salvador. *El régimen jurídico de la llamada reproducción asistida*, Tesis doctoral presentada en Pamplona, 1989, pp. 111 y ss.

se encontrará con los espermatozoides que lograron subir y uno de ellos lo penetrará fecundándolo.

Esta fecundación da como resultado de dos gametos (espermatozoide y óvulo) una nueva célula o cigoto, perfectamente diferenciado de los dos gametos que le dieron origen; éste tendrá los 46 cromosomas característicos de la especie humana, 23 aportados por cada gameto.

“El embrión comienza entonces una serie de divisiones mióticas y se transforma en mórula (hasta el estado de 12-16 células, mórula temprana). Este estadio suele corresponder con la entrada del embrión en el útero. Comienza después la formación de una cavidad -con contenido líquido- dentro de este grupo de células, y se llega al estadio llamado blastocisto. El blastocisto se adhiere a la cavidad uterina o endometrio y empieza a invadir los tejidos maternos para la formación de la placenta. Según los estudios de Biggers, son necesarios 3 días para recorrer las trompas. Como la implantación tiene lugar 6 días después de la fertilización, el embrión está suelto en el útero un término medio de 3 días, mientras se va desarrollando hasta el estadio de blastocisto”.<sup>24</sup>

Queda claro este proceso de avance del embrión durante sus primeros 6 días de vida, sin embargo, se le conoce con distintos nombres según su grado de desarrollo. A las 72 hrs. el embrión se conoce con el nombre de mórula y a los 5 días blastocisto. Al sexto día aproximadamente el embrión llega al endometrio “y comienza la

---

<sup>24</sup> Cfr. BIGGERS, J.D., *In vitro fertilization*, cit por RODRIGUEZ LUÑO, Angel y LOPEZ MONDEJAR, Ramón, *La fecundación 'in vitro'*, Madrid, 1985, p. 39.

relación entre *dos* organismos claramente diferenciados: el de la madre y el del nuevo ser humano que tan sólo mide un milímetro y medio".<sup>25</sup>

El proceso de multiplicación celular no es al mismo ritmo durante toda la vida del nuevo ser, "hasta el momento del nacimiento, se producen 41 generaciones celulares, y sólo 4 generaciones más tendrán lugar desde el nacimiento hasta el final de la vida (en una vida media de aproximadamente 70 años). Ello quiere decir, valga la expresión, que parece como si el nuevo ser tuviese más vida que un adulto".<sup>26</sup>

### *1.1. El inicio de la vida humana*

Es ya un dato irrefutable, dado por la ciencia médica -en particular por la inmunología-, que la vida se inicia con la fusión de los gametos masculino y femenino. Tanto el espermatozoide como el óvulo, tienen una vida muy limitada, poco tiempo fuera del aparato genital del hombre (en el caso del espermatozoide) presenta un proceso de regresión y desintegración terminal; igual al óvulo, si después de 12 a 24 hrs. de la ovulación no ha sido fecundado experimenta un proceso de regresión y muere. "Lo notable -dicen Jiménez Vargas y López García- es que cuando esas dos células, cuya vida está a punto de terminar, se unen en la fertilización, constituyen desde entonces un organismo de características estructurales y bioquímicas únicas. Y como consecuencia de los procesos bioquímicos producidos, en la nueva célula han quedado marcados, escritos, por decirlo así, los

---

<sup>25</sup> *Idem*, p. 119.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 121.

planes de desarrollo, lo que se manifiesta en una intensa multiplicación celular. Es decir, cuando los componentes bioquímicos de un espermatozoide han quedado incluidos en el óvulo, se ha producido el origen de una nueva vida, y ha quedado ahí trazada la totalidad de las instrucciones que dirigen el desarrollo del ser que empieza a vivir".<sup>27</sup>

Así, se ve claramente la diferencia entre los gametos y el cigoto. los gametos son células vivas procedentes de un hombre y una mujer, con una vida muy corta y con una función específica: crear al cigoto. El gameto que no fecunda, muere. El cigoto, por su parte, ya es una vida humana diferente e independiente de los seres humanos que le dieron origen y más aún de los gametos de esos seres. El cigoto, mórula, blastocisto o embrión, no es sólo un conjunto de células, como podría ser un órgano del cuerpo; es, muy por encima de eso, un ser humano completo; tan completo como sus padres, aunque todavía no alcance el grado de desarrollo que se tiene al nacer, como tampoco tiene el desarrollo de un adulto el niño de dos años y no por eso se duda de su calidad de ser humano. Pero es evidente, que se trata sólo de etapas de desarrollo, no está en duda que ese ser no tenga, aunque en potencia, las capacidades intelectuales de cualquier adulto, las mismas facultades espirituales, y por tanto, su dignidad como ser humano.

Ahondando en la independencia de este nuevo ser, queda latente, aclarada la iniciación de la vida humana, la pregunta de si el embrión es parte de la madre o un ser independiente de ella, a este respecto y a

---

<sup>27</sup> JIMENEZ VARGAS, Juan; LOPEZ GARCIA, Guillermo. *Aborto y contraceptivos*, Pamplona, 1983, cit por *idem*, pp. 114 y 115.

la pregunta de qué pasa cuando se funden 2 gametos, Jerome Lejeune contesta "cada nuevo ser concebido recibe una combinación completamente original que no se ha producido antes y nunca se volverá a producir... Dentro de su cápsula de supervivencia (el saco amniótico), el nuevo ser es tan vital como un astronauta que pasea por la luna encerrado en su escafandra: el aprovisionamiento de fluidos vitales es asegurado por la nave madre. Esta nutrición es indispensable para la supervivencia, pero no 'hace' al niño más de lo que la nave espacial más sofisticada hace al astronauta. A los 2 meses de edad el ser humano es menor que un pulgar... Cabría comodamente en una cáscara de nuez, pero ya está todo allí; las manos, los pies, la cabeza, los órganos, el cerebro, todo en su lugar. Su corazón late ya desde al menos un mes... Con un buen aparato engrandecedor se podrían distinguir sus huellas digitales... Aceptar que después de la fecundación un nuevo ser humano ha comenzado a existir no es ya una cuestión de gusto o de opinión... No es una hipótesis metafísica, sino una evidencia experimental".<sup>28</sup>

"Evidentemente el embrión, desde su concepción y hasta su nacimiento, mantiene una relación de dependencia con la madre, pero esta dependencia no es argumento válido para negarle al embrión el estatuto de persona humana. Dependencia y personalidad ontológica no son dos conceptos excluyentes. Es patente que el ser humano es dependiente de muchos elementos hasta el último día de su vida: depende del medio ambiente, de los alimentos, de otros hombres, y no por ello su dignidad como persona humana se ve anulada, ni su

---

<sup>28</sup> Cit. por RODRIGUEZ LUÑO, LOPEZ MONDEJAR, *op. cit.*, pp. 91 y 92.

individualidad se ve restringida, ni su subsistencia sufre menoscabo alguno.”<sup>29</sup>

Jiménez Vargas da un argumento más para reafirmar la independencia de los dos seres que se traduce en una completa existencia única y autónoma del *nasciturus*. “Por la implantación y el desarrollo de la placenta en una fase ulterior, el embrión dispone de un medio adecuado que garantiza el aporte de sustancias nutritivas y respiración celular. Pero esto no es nada esencial en cuanto a la potencialidad y la predeterminación del desarrollo, según el plan establecido en la fecundación. Suponer que el embrión no vive propiciamente hasta la implantación, resulta tan pintoresco como sería suponer que el feto no vive hasta que respira aire atmosférico. Más claro, cuando impiden el desarrollo embrionario evitando la implantación, lo que hacen es lo mismo que impedir el desarrollo del recién nacido por falta de oxígeno y nutrición. Presentar las cosas de otra manera es incompatible con la realidad de los hechos biológicos.”<sup>30</sup>

A este respecto, Zamorano Sanabria, Velayos y Reinoso Suárez dicen: “Es un concreto individuo humano, varón o hembra desde el momento de la fecundación, que es el principio minúsculo, pero que después, progresivamente, se irá haciendo de mayores dimensiones. Su muerte, si es temprana, durante la primera semana de desarrollo, dará lugar a un cadáver pequeñito, de unos cuantos centenares de micras, (lo cual se designa como un microaborto, que no es más que la muerte de un ser humano diminuto); de cuatro milímetros y medio al mes, o de

---

<sup>29</sup> MIER Y TERAN, *op. cit.*, pp. 59 y 60.

<sup>30</sup> JIMENEZ VARGAS, Juan, *A qué se llama Aborto*, Madrid, 1975, pp. 47 y 48.

veintinueve milímetros a los dos meses o de treinta y tantos centímetros en el nacimiento. Hoy día se ha podido demostrar que cada estudio del desarrollo es característicamente humano.

“Y ese nuevo ser contiene una carga genética aportada por los progenitores en el momento de la fecundación, que es la responsable de las diferencias del mismo con respecto a otros individuos de su misma especie, no sólo por lo que se refiere al sexo, pues ya es varón o hembra, como hemos dicho antes, o a los aspectos externos -el color de los ojos, la forma de su nariz, el modo de andar, la tonalidad de la voz, etc.-, sino también por lo que respecta a sus órganos internos, es decir a su corazón, su hígado, etc... Y es que ese ser humano concreto, único e irrepetible, distinto de todos los demás. ...el óvulo y el espermatozoide que se unen son únicos en cuanto a su programa genético, y no existe ningún óvulo ni ningún espermatozoide igual a ellos (...) por tanto, el producto de la concepción -por ser la unión de dos células únicas- es un ser único e irrepetible”.<sup>31</sup>

Por último, el Dr. Bernard Nathanson, quien en su tiempo fuera uno de los principales promotores del aborto en Estados Unidos, dice: “Hoy, gracias a la inmunología, se sabe con absoluta certeza que el feto no es una parte del cuerpo de la madre. Los glóbulos blancos de la sangre son capaces de reconocer cualquier cuerpo extraño al organismo y de poner en marcha los mecanismos de defensa para destruirlos. Cuando el feto se implanta en la pared del útero, el sistema inmunológico materno reacciona para expulsar al intruso, pero,

---

<sup>31</sup> ZAMORANO SANABRIA, L.; VELAYOS JORGE, J.M.; REINOSO SUAREZ, F., *El comienzo de la vida humana*, Madrid, 1983. pp. 27 y ss.

naturalmente, el feto está dotado de un delicado método de defensa ante esa reacción. En algunos casos la defensa no es tan eficaz como debiera, y el feto es expulsado y se malogra. Esto muestra que el feto no es una parte del cuerpo de la madre. Simplemente está ahí como huésped de paso y ella -la madre- no puede disponer sobre él".<sup>32</sup>

Con estos argumentos queremos dejar patente dos asuntos de radical importancia para el desarrollo es este trabajo: Primero, que el ser humano es eso, un ser humano, distinto e independiente de la madre que lo porta 9 meses, y de los padres que le dieron vida aportando sus gametos, desde el momento mismo de la fecundación, es decir, en el momento en que se unen espermatozoide y óvulo, no antes, no después. Segundo: como ya habíamos visto en el capítulo anterior y se refuerza en este, en el momento que hay persona ontológica, hay persona jurídica y persona formal -aunque con la condición suspensiva de la viabilidad-, y que por tal motivo se debe cuidar y respetar tal vida, ya que es un ser humano como cualquier otro y con las mismas posibilidades de ser sujeto de derechos. Y el primero y más importante de esos derechos, es precisamente el derecho a la vida.

## **2. Las técnicas de reproducción asistida**

En este apartado analizaremos las principales técnicas de reproducción artificial que comúnmente se llevan a cabo sobre todo en países europeos.

---

<sup>32</sup> Conferencia dictada en Camberra, Australia, en febrero de 1981.

### **2.1. Inseminación artificial**

Como se decía antes, estas técnicas se han querido hacer pasar como medio terapéutico para combatir la esterilidad, en realidad, decíamos, no la corrigen sino que la sustituyen. Se trata de lograr un embarazo por vías diferentes a la natural que se acaba de explicar. En este sentido, la experiencia europea ha puesto ciertos parámetros para permitir dicha inseminación artificial. Esto es, que se tenga una imposibilidad física para llevar a cabo la inseminación natural, o bien, llevar a cabo el embarazo.

Para llevar a cabo la inseminación artificial (IA) se requieren ciertos impedimentos o problemas en el organismo de los cónyuges (o de la pareja) que les impidan procrear naturalmente tales como: impotencia del varón, vaginismo de la mujer, malformación en las trompas, alteración en el cuello uterino, alteración en el semen (falta de movilidad, penetración, poco número de espermatozoides en el líquido espermático, etc.), incompatibilidad moco-semen, que el hombre se someta a radioterapia o quimioterapia de donde se derive una esterilidad o daño en los testículos, incapacidad de eyacular durante el coito.

Otros aspectos son los factores cervicales que impiden al semen llegar a su destino, endometriosis, presencia de anticuerpos antiespermatozoides en el moco cervical y la prevención de enfermedades genéticas o ligadas al sexo, etc.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Al respecto cfr. MIER Y TERAN, *op. cit.*, pp. 153 a 157.

### 2.1.1. La técnica de la Inseminación Artificial

“La inseminación artificial (...) consiste en la intervención médica para depositar el semen del varón en la vagina, en el cuello uterino o en el interior de la cavidad del útero por medios diferentes al coito. El procedimiento es sencillo. El semen se introduce en la parte superior de la vagina próximo al cervix, o si no, se inyecta en el útero a través de un fino catéter. La inseminación se efectúa en la época de ovulación prevista, que es el momento del ciclo menstrual de la mujer”.<sup>34</sup>

La inseminación artificial presenta una modalidad diferente a la antes descrita, esta modalidad es la transferencia intratubárica de gametos (TIG) y que consiste, en palabras de Anson, en “introducir espermatozoides y óvulos en la trompa de falopio de la mujer de forma que la fertilización o fecundación del óvulo se produce de manera natural en la propia trompa de falopio, así como la posterior implantación y anidación del embrión en la mucosa del útero o endometrio. La razón de incluir la TIG dentro de las modalidades de IA se debe a la fecundación no se hace *in vitro*, como es el caso de la FIV (fecundación *in vitro*, técnica de la que se hablará más adelante), sino que se realiza dentro de la futura madre, en su aparato reproductor”.<sup>35</sup>

En las dos técnicas anteriores, para poder llevarlas a cabo, se necesita extraer el semen del cuerpo del dador, para poder colocarlo ya sea a la

---

<sup>34</sup> *Idem*, pp. 157 y 158.

<sup>35</sup> ANSON, Francisco, *Se fabrican hombres, informe sobre la genética humana*, Madrid, 1988, pp. 88 y ss.

vagina de la mujer (en el caso de la IA) o en la trompa (en el caso de la TIG). El modo de extraer el semen más usual es la masturbación,<sup>36</sup> aunque existen otros métodos que no requieren de la eyaculación, como por ejemplo la aspiración en la cola del epidídimo o en el conducto deferente, la biopsia testicular, el masaje vía rectal de la próstata y las vías seminales. Sin embargo, el espermatozoide maduro, es decir, con todas sus propiedades para fecundar, es el que se obtiene por vía natural, ya que de los testículos, a los conductos y finalmente por la uretra, se va enriqueciendo de nuevas sustancias (como el líquido espermático) que le dan nutrición especial y esencial para cumplir su propósito.

Cuando el semen obtenido para la realización de estas técnicas de modo diferente a éste, no es adecuado para garantizar la fecundación; es necesario prepararlo en laboratorio, esto se realiza, en primer lugar, seleccionando los espermatozoides por diferentes métodos y filtrándolos con determinadas sustancias para obtener los mejores en movilidad lineal y penetración.<sup>37</sup>

Como se ve, el proceso de fecundación en esta técnica (IA) es natural, lo que es artificial es, primero, la obtención del semen; segundo, la preparación del semen (en su caso); y tercero, la introducción del semen al aparato reproductor de la mujer. Una vez dentro, el proceso

---

<sup>36</sup> Informe Warnock, *Comisión investigadora sobre la fertilización humana y la embriología*, Departamento de Sanidad y Seguridad Social, Informe presidido por Mary Warnock, Londres, Imprenta de Su Majestad, la Reina, julio de 1984, capítulo IV, 4.1. *Informe presentado en el Congreso de los Diputados, Comisión Especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas*, Presidente, Marcelo Palacios, Madrid, 6 de marzo de 1986, p. 135.

<sup>37</sup> Cfr. MIER Y TERAN, *op cit.*, pp. 158 y 159.

sigue su camino natural; en la IA, tendrá que subir, ayudado por el organismo femenino rumbo a las trompas para encontrar un óvulo y fecundarlo.

Otro problema que se encuentra, es saber si efectivamente habrá un óvulo que pueda ser fecundado en alguna de las trompas; para ello, es necesario saber el momento exacto de la ovulación, ya que, como se dijo antes, el espermatozoide tiene dos días de vida.

En el caso de la TIG encontramos un problema adicional, que es la obtención del óvulo y la colocación de éste junto con los espermatozoides en la ampolla de las trompas de falopio.<sup>38</sup> En este caso sí sabemos -al momento de llevar a cabo la fecundación- que tendremos juntos los gametos para ver si se da la concepción, pero el problema es mayor, ya que se debe tener mucho cuidado para llevar a cabo la recogida del óvulo en el momento preciso.

Otra modalidad de la inseminación artificial es la IA *post mortem*, ésta como técnica, es igual a la IA antes explicada, la variedad consiste en que la *post mortem* se lleva a cabo, como su nombre lo indica, después de muerto el dador del gameto masculino. La mujer, una vez muerto su esposo, va al banco de esperma, retira los gametos depositados y se insemina artificialmente con ellos. Así, una persona técnicamente puede tener un hijo mucho tiempo después de su muerte. Con esto, biológicamente (no jurídicamente) nace un niño, hijo de un sujeto que dejó de existir 8, 9 ó 10 años de la concepción. Para esto se requiere de guardar el semen congelado durante ese tiempo. Esto se explicará

---

<sup>38</sup> De los métodos para controlar la ovulación se hablará más adelante al tratar la técnica de la FIV.

detalladamente más adelante al hablar del almacenamiento de gametos.

Cabe aclarar -más adelante se detallarán los efectos- que la IA presenta dos modalidades: cuando se utiliza el semen del marido o compañero, se habla de una IA homóloga; cuando se habla del semen de un tercero extraño (donador) -ya sea por la esterilidad del marido o bien en el caso de la mujer sola- se habla de IA heteróloga; esto es simplemente dilucidar la procedencia del gameto, masculino o femenino, ya sea de una pareja o bien de un donante. Esto es también aplicable a la Fecundación *In Vitro* que a continuación se explica.

## ***2.2. La Fecundación In Vitro***

Para llevar a cabo la fecundación *in vitro*, es necesario todo un complicado proceso de laboratorio. Como en el caso de la TIG, se necesita -antes que nada- extraer los gametos masculino y femenino.

La obtención del esperma ya ha quedado explicada, en cuanto a la obtención del gameto femenino, primero es necesario realizar en la mujer una laparoscopia (que consiste en la inserción de un endoscopio por una fisura abdominal), misma que permite la observación de los órganos internos, para ello, se inyectan gases (anhidrido carbónico) para distender el abdomen y facilitar la observación; el objetivo es ver

si es posible llegar a los ovarios para la recogida del óvulo y si existe un ritmo normal de ovulación.<sup>39</sup>

Hecha la observación, se procede a la obtención de los gametos y llevar a cabo la fecundación. Para obtener los gametos se utilizan 2 métodos: la laparoscopia y la recogida por vía percutánea con control ecográfico.<sup>40</sup>

Estas dos técnicas se explicarán muy someramente para evitar tecnicismos que rebasan los intereses jurídicos de este trabajo.

### 2.2.1. Laparoscopia

La primera parte del procedimiento ya ha sido explicada, ya que está distendido el interior con la inyección de los gases, se introduce una pinza atraumática por la parte superior de la sínfisis púbica para fijar el ligamento útero-ovárico.

“Se introduce después por vía umbilical el laparoscopio para la visualización del aparato genital (...) se hace pasar una canula-aguja a

---

<sup>39</sup> Cfr. RODRIGUEZ LUÑO y LOPEZ MONDEJAR, *op cit.*, pp. 39 y ss.

<sup>40</sup> Es preciso decir que la mujer produce un óvulo al mes y rara vez hasta dos; éstos deben ser obtenidos en el momento exacto que su maduración, ya que si el óvulo es recogido en anterioridad a ella, no servirá para su propósito y, en cambio, si se procede a obtenerlo tarde, se pierde el óvulo y hay que esperar otro mes. Dadas estas dificultades, en laboratorio se produce una superovulación en la mujer por medio de la hormona gonadotropina menopáusica humana (HMG), o por el citrato de clomifeno; con esto se produce la maduración de varios folículos a la vez, además de que se controla el momento exacto de la recogida de los óvulos por medio de la hormona gonadotropina coriónica humana (HCG). Así se puede disponer de más o menos 8 óvulos para intentar la fecundación.

la cavidad peritoneal con la que se inyecta el folículo para aspirar el contenido".<sup>41</sup> Se debe aspirar todo el líquido folicular. "La aspiración se interrumpe cuando se ve una pequeña masa opaca que pueda contener el óvulo",<sup>42</sup> finalmente éste se aspira con aparatos electrónicos.

### *2.2.2. Vía percutánea con control ecográfico*

"Este método de aspiración folicular está despertando gran interés. Por el momento, sin embargo, a veces el óvulo no se recoge a la primera aspiración, y hay que hacer un lavado de la cavidad folicular con el medio de cultivo para asegurar la recogida del óvulo. Los interrogantes que todavía existen sobre este método dicen relación a tres órdenes de problemas: a) cualidad del óvulo, ya que el diámetro de la aguja utilizada es muy pequeño; b) posibilidad de infecciones; c) posibilidad de complicaciones, que por ahora no se han presentado".<sup>43</sup>

Obtenidos los 2 gametos, según los métodos antes explicados, se procede a preparar a los espermatozoides limpiándolos, seleccionándolos y se preincuban 5 hrs. en un medio químico artificialmente creado.

---

<sup>41</sup> RODRIGUEZ LUÑO y LOPEZ MONDEJAR, *op. cit.*, p. 55.

<sup>42</sup> MIER Y TERAN, *op.cit.*, pp. 167 y 168.

<sup>43</sup> RODRIGUEZ LUÑO y LOPEZ MONDEJAR, *op. cit.*, p. 57.

El cultivo de óvulos se incuban a 37C en un pH de 7.6 de 6 a 18 hrs. Posteriormente se unen los espermatozoides a este cultivo de óvulos y que serán penetrados entre 3 y 6 hrs. después.<sup>44</sup>

Todo esto se lleva a cabo en el laboratorio, en una caja de petri y bajo un estricto control de temperatura, medios químicos, tiempo, etc. Ahora bien, cabe aclarar que son dos cosas bien distintas la fecundación del óvulo en estas condiciones (FIV) y la posterior transferencia de ese embrión.

Una vez fecundado el óvulo, es decir, ya que hay una vida humana, se procede a implantar (transferir) al embrión del medio artificial al cuerpo de la mujer que llevará el embarazo hasta su final. Este es el momento en que más pelagra la nueva vida; el Informe Warnock recomienda "trasplantar más de un embrión a la posible madre" y así, darle "más posibilidades de quedar embarazada".<sup>45</sup>

No entraremos en detalles en cuanto a los procedimientos de implantar los embriones en el cuerpo de la mujer,<sup>46</sup> sólo diremos que se tiene muy poco tiempo después de la inseminación, ya que mientras más tiempo pase, más peligros hay para el niño. Se ha dicho que lo más recomendable es en el estadio de 2 a 4 células de la fusión, "con el fin de evitar al máximo las condiciones artificiales de crecimiento, y

---

<sup>44</sup> MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 169.

<sup>45</sup> Informe WARNOCK, *op. cit.*, capítulo quinto, 5.2, 5.3 y 5.4.

<sup>46</sup> Los métodos pueden ser por vía transcervical y transcutánea, si el lector quiere ahondar en el tema puede consultar RODRIGUEZ LUÑO y LOPEZ MONDEJAR, *op. cit.*, pp. 60 y ss.

porque se ha comprobado además que en probeta el crecimiento es más lento".<sup>47</sup>

Los resultados de los embarazos obtenidos después de la transferencia del embrión concebido en laboratorio son alarmantes: en 1983 se logró el 90% de éxito en el proceso inicial (obtención de los gametos y fecundación), pero sólo en el 17% de los casos se consiguió que el embrión se implantara y no fuera expulsado por el organismo femenino.<sup>48</sup>

En el Congreso Internacional de Helsinki, se proporcionan las siguientes cifras: Se estudiaron unos 9,600 ciclos ováricos, de los que se habían recogido unos 24,000 ovocitos, 7,733 mujeres recibieron por lo menos un embrión en su útero, habiéndose iniciado un embarazo sólo en el 15% (1,160 mujeres). Nacieron 590 niños, con 56 embarazos gemelares (10.8%), 7 trillizos (1.4%) y 2 cuatrillizos (0.4%). De estos niños uno presentaba mongolismo, cifra que no revela la tasa real de anomalías cromosómicas, pues el cariotipo no se efectúa sistemáticamente y existen ciertas anomalías que no son detectables morfológicamente. Cuatro niños nacieron muertos y uno falleció a los 4 meses. Otros 4 niños presentaban diversas anomalías...<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> *Idem*, p. 60.

<sup>48</sup> Cfr. GROBSTEIN, C.; FLOWER, M.; MENDELOFF, "External human fertilization: An evaluation of policy", en *Science*, vol. 222 (4620), 1983, pp. 127 y 128, cit. por MIER Y TERAN, *op cit.*, p. 172.

<sup>49</sup> Cfr. FERRE JORGE, J., y MARTINEZ DE ARTOLA, V., "Fecundación Artificial, aspectos médicos y cuestiones legales", en *Revista de Medicina de la Universidad de*

Estas cifras podrán situar al lector en la problemática que se presenta en estas técnicas, de 7,733 embriones transferidos, nacieron 586 niños vivos, y varios de ellos con malformaciones o enfermedades. Es decir, al menos 7,147 seres humanos perecieron en el proceso, sin contar los embriones que fueron concebidos y que no fueron implantados en las mujeres, que, como ya se ha dicho, son seres humanos, que muy probablemente también se perdieron.

En 1983 se publicaron otros resultados: “a 427 mujeres les fueron transferidos entre uno y cuatro embriones. Así, de un total de 984 embriones, llegaron a nacer 95 (9.4%); murieron 889 embriones (90.6%). Tómese en cuenta que la publicación se refiere a embriones efectivamente transferidos sin tomar en cuenta los que se pierden antes del *transfer*.”<sup>50</sup>

Aclaremos que no todos los embriones que son concebidos para llevar a cabo la FIV son implantados en la mujer. Se dijo antes que se provocaba una superovulación en ella para tener varias posibilidades de lograr el embarazo, todos los gametos resultado de esa superovulación son fecundados y sólo algunos de ellos son implantados para lograr un embarazo. Se implantan varios igualmente para aumentar las posibilidades de que alguno llegue a buen término (por eso en estos resultados se dan tantos partos múltiples), pero como se indica, se implantan de 1 a 4 embriones en cada mujer de los ocho o más que se concibieron para tal fin. El resto normalmente se congela o se utiliza para experimentación. Repetimos que los embriones, sea

---

Navarra, Vol. XXIX, No. 3, Pamplona, julio-septiembre, 1985, p. 203 y 204, cit. por MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 174.

<sup>50</sup> MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 174.

cual sea su estado de desarrollo son seres humanos, por lo que estamos hablando de congelamiento o experimentación en hombres.

### *2.3. Almacenamiento de gametos y embriones*

Al haber explicado en qué consiste la IA, la IA *post mortem*, la TIG y la FIV, queda pendiente explicar cómo es posible guardar los gametos masculinos para después ser utilizados por la mujer. Es importante aquí recordar lo dicho en la IA *post mortem* y la capacidad técnica de guardarlos hasta por 10 años.

Este punto junto con los 3 anteriores demuestran el importante avance científico que el hombre ha logrado, pero también demuestra cómo el hombre ha perdido el rumbo de lo bueno y lo justo para creer que, por dominar la ciencia, se puede dominar la vida de los demás.

El procedimiento es el siguiente: una pareja matrimonial o extramatrimonial<sup>51</sup> desean salvaguardar el futuro de la familia (adquirir la posibilidad de formar una familia cuando mejor les parezca), incluso en ausencia del padre, por ejemplo, si el señor se va a someter a una operación peligrosa que lo pueda dejar estéril o quitarle la vida; o en algún otro caso, incluso el capricho. Esta pareja, decide tener una garantía almacenando material genético -semen- en un banco de esperma, según las pruebas hechas, el semen puede estar congelado diez años o más.

---

<sup>51</sup> Entendemos por pareja un hombre y una mujer que viven juntos en matrimonio o que su relación es similar al matrimonio.

En cuanto al depósito del semen sólo vale la pena decir que se introduce en pequeños tubos de plástico, en fracciones de 0.25 ml. y se congela en nitrógeno líquido a  $-190^{\circ}\text{C}$ .<sup>52</sup> En el caso del óvulo no ha sido posible científicamente congelarlo, por lo que se lleva a cabo la superovulación que se mencionó antes.

Ahora bien, es importante hacer notar que “la malicia principal de este sistema, no se encuentra, fundamentalmente, en el modo de obtener el semen -normalmente por masturbación- que es, ciertamente, un acto inmoral; sino en otras consideraciones también aplicables a los óvulos -si estos pudieran congelarse- como (...) (es, entre otros, la) posibilidad de que el proceso de congelación y descongelación dañe a las células”.<sup>53</sup>

Se está hablando aquí, al decir “malicia principal”, en la manera y las circunstancias en que se está trayendo a la vida al ser humano. Mier y Terán continúa: “Se concederá al menos que en esos supuestos (el autor habla de la donación de gametos<sup>54</sup>) no se da una necesidad vital grave y urgente para la existencia personal. Se da a lo más una necesidad psicológica -no siempre psicológicamente normal y equilibrada-, que también podría resolverse a través de la adopción”.<sup>55</sup>

En cuanto al congelamiento de embriones, citaremos el caso del multimillonario matrimonio Rios, quienes decidieron llevar a cabo la fecundación de varios óvulos y siendo ya estos seres humanos los

---

<sup>52</sup> MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 182.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 197.

<sup>54</sup> También se podría incluir aquí la congelación de gametos.

<sup>55</sup> MIER Y TERAN, *op. cit.*, pp. 197 y 198.

### *Las técnicas de reproducción artificial*

congelaron para su utilización posterior. Poco tiempo después, marido y mujer hicieron un viaje falleciendo ambos en un accidente aéreo, sin dejar indicaciones de qué se debería hacer con los embriones, ni con la herencia.

Evidentemente estamos hablando de seres humanos, por lo que no se puede decidir su destrucción, ante tal problema, y sobretodo ante la gran fortuna que estaba en juego, muchas personas quisieron adoptar a los embriones, pidiendo que se les implantaran para que llegaran a nacer, y así acceder a los beneficios económicos de los Rios.

Esta es una buena muestra de los problemas tan delicados que se pueden ocasionar al permitir estas técnicas, se convierte a un ser humano en un muy buen negocio.

Insistimos en que el camino correcto no es la destrucción de los embriones, ya que son personas como cualquier otra, pero la discusión de la adopción de los mismos, es un asunto muy delicado, porque el “altruismo” de todas las posibles parejas que buscan la adopción es completamente cuestionable.

#### *2.4. Maternidad subrogada*

Esta técnica no tiene ya relación con la fecundación del óvulo hecha por el espermatozoide dentro o fuera de la mujer, hace más bien, referencia al embarazo.

Vimos ya que la fecundación se puede hacer dentro del cuerpo de una mujer (IA, TIG) o fuera del cuerpo para después transferirlo al útero (FIV). Estos supuestos pueden ser llevados a cabo en la madre (en la persona que aportó el gameto femenino para la fecundación) o en una tercera mujer, quien entrega el bebé al terminar el embarazo a la mujer que la contrató, y que, generalmente, será la que haya aportado el gameto para la fecundación.

En otras palabras, ésta técnica es utilizada por una persona que, teniendo óvulos normales, no puede llevar a buen término un embarazo por alguna razón. En este caso, se le extrae el óvulo con algún método de los antes mencionados, o el embrión en una de sus primeras etapas, y es transferido al útero de la segunda persona quien llevará a fin el embarazo.

Si lo que se extrajo fue el óvulo, éste tendrá que ser fecundado por el semen del marido de la mujer que aporta el óvulo ya sea por medio de una IA practicada en la mujer gestante, o por una FIV, en laboratorio, para después hacer la transferencia del embrión al útero de la gestadora. Al finalizar el embarazo, es decir, a momento del parto, el niño es devuelto a los padres, a quienes dieron los gametos en el caso del matrimonio o la pareja estable, y termina la labor de la madre sustituta. Esta técnica también es conocida como alquiler de úteros.

“El informe Warnock dice que ‘la subrogación equivaldría a una opción destinada a aliviar la carga de la esterilidad. Así, por ejemplo, una mujer, con una grave enfermedad de la pelvis que no puede tratarse quirúrgicamente, o bien que no tiene útero. También cabe recurrir a la subrogación como ayuda a las mujeres que han sufrido

problemas de aborto en repetidas ocasiones. Quizás existan también circunstancias en las que la madre genética, aunque no sea estéril, podría beneficiarse con la coyuntura de que fuera otra mujer la que llevara el embarazo. Un ejemplo de ello sería el que una madre genética perfectamente preparada para cuidar de un niño después de su nacimiento, pero que sufre una afección que desaconseja el embarazo desde un criterio médico’.

“Esta figura presenta una problemática notable: citamos, por ejemplo, el caso de las gemelas Sevault en Francia: Magali aborta espontáneamente como consecuencia de un accidente y queda imposibilitada para tener más hijos. Así, pide a su hermana Christine que acepte ser fecundada con semen del marido de Magali y como producto de esa IAD (...) nace, en abril de 1983 Stephane y con él, los problemas: Christine dice que era una vida infernal: ella quería alimentar a Stephane pero su hermana se lo impidió para evitar que la criatura se vinculara con Christine. Terminó odiando a su hermana y tuvo que acudir al psiquiatra.

“Conocemos el caso de un niño nacido con una grave malformación que fue rechazado tanto por la madre portadora como por la pareja que contrató por 10,000 Dls. U.S. sus servicios. El resultado es que el niño se encuentra solo y los médicos no saben a quién deben pedir permiso para realizar la operación quirúrgica necesaria.

(...)

“Queremos subrayar que este tipo de problemas no son hipotéticos aunque bastaría la hipótesis sola para que el Derecho tuviera que

intervenir: Mary Beth Whitehead, estadounidense (Hac Kensack-New Jersey) de 29 años ha provocado una auténtica tormenta judicial al negarse a entregar la criatura que tuvo por encargo, amparándose en que el padre podría ser en realidad su marido y no el hombre de quien fue inseminada artificialmente.

“El conflicto empezó cuando los Stern acudieron a una agencia que se encarga de poner en contacto a matrimonios que desean tener hijos y a posibles 'madres' y llegaron a un acuerdo con Mary Beth, casada con un antiguo camionero y madre de dos chicos de doce y diez años, respectivamente. Por diez mil dólares, Mary Beth aceptó ser inseminada artificialmente y mantuvo estrecho contacto con los Stern a lo largo del embarazo, en el que todo era cordialidad y buen entendimiento.

“Este tipo de situaciones abre una casuística muy grande: ¿Qué pasaría con el niño si la madre que lo encargó muere? ¿Y si se divorcian? ¿Y si la madre subrogada decide abortar?

“Así, la nueva criatura ha sido un mero instrumento: de ganancia económica para unos; de satisfacción afectiva para otros”.<sup>56</sup>

Quisimos presentar aquí, a manera ejemplificativa, algunos problemas que se pueden derivar de esta técnica. Sobra decir que en el caso de Stephane, la madre es Christine, ya que fue ella inseminada con semen del marido de Magali, pero el óvulo era de ella. Por otro lado podemos pensar en el caso de la portadora que no quisiera regresar el bebé bajo el principio jurídico de que se reputa madre la que da a luz; en este

---

<sup>56</sup> *Idem*, pp. 193 a 195.

caso, habría que hablar de una madre genética o biológica (la que aporta el gameto) y una madre gestante (la que da a luz).

Estos problemas serán analizados más adelante, por ahora, nos quedamos con la técnica de la subrogación, que, repetimos, nos hace referencia a la fecundación en sí, aunque queda patente que están íntimamente relacionadas, sino al desarrollo del embarazo.

Terminaremos el estudio del presente capítulo haciendo mención que todas las técnicas explicadas tienen como fin ayudar a las parejas estériles o con problemas fisiológicos, a tener un hijo propio. Sin embargo se ha difundido el uso de estas técnicas de un modo abusivo, y con intenciones distintas a las que las vieron nacer. Mencionaremos algunos ejemplos, sin entrar a su estudio ya que esto desborda el interés del presente trabajo.<sup>57</sup>

Las desviaciones no deseables en el uso de estas técnicas son: la selección del sexo e identificación del género (el segundo se hace para detectar malformaciones o enfermedades y permitir el aborto si es el caso); el uso de los embriones sobrantes de una FIV; la fecundación entre especies; la ectogénesis; el uso de embriones humanos para experimentación; la gestación de embriones humanos en otras especies (es lo mismo que la maternidad subrogada pero en este caso la madre portadora podría ser un cerdo o un conejo, o incluso un orangután); la clonación (es la producción de dos o más individuos genéticamente idénticos); la biopsia del embrión (consiste en introducir en un embrión determinado gen para hacerlo normal cuando tiene algún

---

<sup>57</sup> El lector puede profundizar en este tema en el trabajo de Salvador Mier y Terán. *op. cit.*, pp. 199 a 220.

problema, esta técnica es muy parecida a la clonación); la prevención de defectos genéticos; etc.

En el siguiente capítulo se analizan algunos principios fundamentales que nos darán la pauta a seguir cuando estemos hablando de seres humanos. Todas éstas técnicas, tratadas aquí desde el punto de vista médico o científico, serán revisadas a la luz del derecho y de la dignidad del ser humano explicada en el primer capítulo.

### CAPITULO III

#### PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MATERIA

Como en toda disciplina, es necesario tomar algunos puntos, a veces separados o independientes de la materia propia de estudio, que sirvan como punto de partida para profundizar en el conocimiento del tema expuesto. A lo largo de este trabajo, que tiene una connotación jurídica y en particular de derecho civil, hemos analizado a la persona en su dimensión ontológica y hemos visto las técnicas de reproducción asistida desde la perspectiva científica -biológica y médica-, de esa disciplina.

En este capítulo, por la misma razón expuesta, daremos tres principios que nos marcarán la pauta para el estudio, propiamente de derecho positivo y en particular del derecho civil, que se hará en el siguiente capítulo. Cabe aclarar que aunque estos principios como tal no se encuentran completamente contemplados en la legislación positiva, sí son una evidencia sustraída de la misma norma positiva, y con fundamento en el Derecho Natural.

Estos tres principios son el principio pro-vida, el principio de familia y el principio de prevalencia de la verdad biológica. Como dice Mier y Terán siguiendo a Lombardi Vallauri, “los dos primeros coinciden con el Principio de Sacralidad o de Veneración a la Vida Humana iniciada (relativo al embrión en sí considerado) y el principio de familia (relativo a sus relaciones microsociales)”.<sup>58</sup> El tercer principio -el de

---

<sup>58</sup> MIER Y TERÁN SIERRA, Salvador. *El régimen jurídico de la llamada reproducción asistida*, Tesis doctoral presentada en Pamplona, 1989, p. 305.

prevalencia de la verdad biológica- es muy importante ya que, como veíamos en el capítulo anterior en el caso de la subrogación o alquiler de úteros, rompe con el principio *Mater semper certa est*.

Con estos criterios empezaremos el estudio de los tres principios.

## 1. Principio pro-vida

Este principio, que es de derecho natural, no significa sino que todo ser humano tiene derecho a la vida, y a la protección y preservación de ésta, se encuentra contemplado en los artículos 14 y 22 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, que hablan de la defensa del derecho a la vida y de la protección que debe tener por parte del Estado. El artículo 14 dice:

“...Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos...”.

Entendemos, que *nadie* se refiere a *todo individuo*, término desprendido del artículo primero que habla del derecho que goza *todo individuo* (entendido como todo ser humano, incluso los concebidos no nacidos), de las garantías que otorga la Constitución. No obstante lo anterior, no indica con certeza en qué momento inicia la vida humana y por tanto la protección al ser humano.

El artículo 22 de la propia Constitución establece la prohibición de la pena de muerte salvo en algunos casos que no son importantes para el

objeto del presente estudio, ya que el concebido no nacido no queda comprendido en los supuestos señalados.

Con estos dos artículos se establece la prohibición de privar de la vida a otro, lo que a *contrario sensu* significa que todo ser humano, sin importar el grado de desarrollo, tiene derecho a la vida y a la preservación de ésta.

Para Bazdresch “la Constitución por supuesto no garantiza que cada hombre viva lo que quiera y como quiera, pues también como las demás garantías, lo que protege la vida humana rige exclusivamente una relación de las personas con el Estado, y poro tanto no incluye las afectaciones que la vida puede sufrir a consecuencia de la misma naturaleza humana, que por esencia es perecedera, ni de las eventualidades y accidentes que provienen de las fuerzas naturales, ni menos de las que resultan de las actividades intencionales o imprudenciales de otras personas.

“La garantía de la vida consiste simple y concretamente en que el Estado no puede privar de la vida a un individuo humano sino como resultado de un enjuiciamiento formal. ...y como complemento de precisión, el artículo 22, párrafo tercero, determina los casos en que puede ser legal privar de la vida a una persona...”<sup>59</sup>

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal, en su artículo 22, dice a la letra:

---

<sup>59</sup> BAZDRESCH, Luis, *Garantías constitucionales*, Ed. Trillas, México, 1983, pp. 80 y 81.

“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”.

En este artículo se deja claro el reconocimiento que hace el derecho mexicano de que todo ser humano lo es como tal desde el momento de la concepción y, por tanto, debe ser protegido. Queremos recordar en este momento que es importante, al reconocer el momento del nacimiento de la personalidad, que este ser humano tiene una dignidad natural independiente del otorgamiento de la personalidad civil, es decir, tiene una personalidad ontológica con todo lo que ello implica.

Este derecho a la vida es el primero y principal de todos los derechos, el fundamento de las garantías individuales y sociales; de nada serviría hablar del derecho al voto o del derecho de acceder a los tribunales, si no se habla antes del derecho a la vida.

“La vida es precisamente existir, ser, y particularmente para los hombres, tener un cuerpo y una mente, aunque uno y otra estén incapacitados parcial, total, transitoria o permanentemente, siempre que el corazón mantenga su actividad. Decimos que la vida comienza, y por tanto el derecho a su garantía, desde el nacimiento, porque la primera parte del artículo 22 del *Código civil federal* dispone que la capacidad jurídica de las personas físicas, se adquiere por el nacimiento, lo que significa que éste es necesario para que el hombre sea sujeto de derechos; pero la segunda parte de ese mismo artículo 22 suscita un problema al disponer que, para los efectos del propio *Código civil*, se tenga al individuo por nacido desde el momento en que es concebido, pues racionalmente y llevando a cabo

una interpretación lógica sistemática de la ley, ese principio debe hacerse extensivo para todos los efectos de derecho, inclusive el constitucional, sin circunscribirlo exclusivamente al Derecho civil, de donde se seguiría que el individuo que ha sido concebido, tendría entre otros el derecho de nacer, del que no podría privarsele sin los requisitos y formalidades que integran la garantía de la vida, lo cual obviamente trascendería a la inconstitucionalidad de las leyes que autorizaran o legitimaran el aborto provocado”.<sup>60</sup>

Veremos más adelante que no sólo tiene repercusiones en cuanto al aborto provocado, sino también en cuanto a la manera en que se debe tratar a los embriones congelados, y en última instancia el derecho a la vida, tiene una relación implícita, con la manera en que debe ser transmitida esa vida, ya que debido a la dignidad del ser humano de la que hemos hablado, debe haber una dignidad similar o equivalente con respecto a los medios de fecundación.

Siguiendo con el estudio de la protección de la vida en la legislación mexicana, el Código Penal federal, en su artículo 302 establece que “Comete delito de homicidio: el que priva de la vida a otro”. Este artículo no distingue quién es otro, por lo que se entiende, como en el caso de la constitución que ese otro debe ser cualquier ser humano sin importar su estado de desarrollo, y nuevamente se debería incluir al concebido no nacido. Sin embargo, el propio Código Penal hace la distinción al establecer como un delito diferente el aborto: Artículo 329: “Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez”.

---

<sup>60</sup> *Idem*, p. 80.

No entendemos la diferenciación que hace el Código Penal entre homicidio y aborto, ya que en la Constitución, se hace referencia a *todo individuo*, sin especificar que ya haya nacido. Las penas que se imponen al homicida y al abortista son completamente dispares, por lo que no se logra la protección total del *nasciturus* con el delito de aborto, más considerando que el código penal permite el aborto cuando es producto de una violación o por una causa terapéutica: que se ponga en peligro la vida de la madre (Artículos 333 y 334). Aquí el legislador castiga al *nasciturus* impidiéndole la vida por culpa de un delincuente muy diferente que es el violador y de otros delincuentes que son la madre abortista y quien la ayude a abortar. Se está privando de un derecho a la persona menos culpable de todas, y se le está privando de un derecho constitucional; de la principal de las garantías individuales.

Insistimos que la voluntad del legislador en el artículo primero de la Carta Magna, es proteger a todo ser humano, y recordamos que todos somos seres humanos desde el momento de la fecundación. Apoyamos esta crítica al código penal con el propio artículo 22 del Código Civil, quien reconoce que se debe respetar la vida desde el momento de la concepción, aún cuando ese derecho quede sujeto a la condición suspensiva del otorgamiento de la personalidad a que el niño nazca vivo y viable.

Es absurdo pensar, sin embargo, y así se desprende de la legislación civil y penal, que ese reconocimiento de la personalidad jurídica queda suspenso a la voluntad de la madre de abortar, ya que como no llega a nacer vivo y viable, no hay por qué hablar de personalidad jurídica y

por tanto queda sin efecto la protección que hace el artículo 22 del Código Civil con respecto al concebido no nacido.

Encontramos aquí una grave contradicción con respecto al principal de los derechos humanos, ya que lo que se protege en un artículo, pierde su razón de ser más adelante en otro ordenamiento; mismo que debe basarse, como ya habíamos dicho, en datos otorgados por otras ciencias como es el inicio de la vida humana.

Martínez Morán, al respecto dice que “Al igual que los demás seres vivos de la naturaleza, el hombre posee una vida biológica. No obstante, en el caso concreto del hombre, la vida biológica constituye no sólo un hecho empíricamente comprobable, sino además un derecho. Derecho fundamental que nace de su propia naturaleza de no ser privado injustamente de su vida anterior y superior a las leyes positivas que se limitan a consignarlo y sancionarlo, aunque sea limitado como lo es la propia persona”.<sup>61</sup>

Como veíamos en el capítulo anterior, es de capital importancia que el ordenamiento positivo tenga su fundamento en el derecho natural; ya que como se observa en este caso, de no ser así corre el peligro de ser un ordenamiento injusto. Con esta premisa estableceremos ahora que el derecho pro-vida, es de derecho natural, no *otorgado* por la constitución, sino que debe ser *reconocido* por ella y en consecuencia por el resto de los ordenamientos positivos.

---

<sup>61</sup> MARTINEZ MORAN, N., *El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en Derecho comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia y eugenesia*, R.D.U.C.M., 1979, monográfico 2, p. 158. Cit. por MORO ALMARAZ, Ma. Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación "in vitro"*, Barcelona 1988, p. 144.

Dividiremos el estudio en dos partes: en primer lugar estableceremos los documentos internacionales que defienden el derecho a la vida, y terminaremos este punto con la opinión de algunos doctrinarios sobre la calidad natural de este derecho.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 3, establece que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. “Esta Declaración, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217-A (III) de 10 de diciembre de 1948, constituye en sí misma un logro invaluable, al obtener un consenso no sólo sobre un número básico de derechos humanos sino sobre la semántica de los mismos (...). Se dijo entonces que esta Declaración expresaba ‘una comprensión común de todos los pueblos del mundo en cuanto a los derechos inalienables de todos los miembros de la familia humana, y constituye un a obligación para los miembros de la comunidad internacional’. Por lo tanto, los criterios y normas que consagra se admiten como obligatorios.

“Dado el carácter universal de esta Declaración, y considerando que las normas que consagra tienen un carácter no sólo moral, sino jurídico, (...) los Estados que la han aceptado están obligados a respetarla.

“Por su primacía y excelsitud el derecho a la vida es considerado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como absoluto, en contraposición con otros relativos que puedan sufrir algún tipo de restricción o suspensión en los casos límite o excepcionales, cuales

son los estados de emergencia por calamidades públicas, amenazas a la seguridad nacional, etc".<sup>62</sup>

En efecto, el derecho a la vida como derecho fundamental, no admite ningún tipo de transacción con respecto a otros derechos ya individuales o sociales, debido a que es la base y cimiento de todos los demás derechos. "Todo ser humano es titular de los derechos humanos, porque allí donde existe la naturaleza humana hay la dignidad y el valor que está en la base de los derechos".<sup>63</sup> De igual forma, como apuntábamos arriba, la dignidad de la persona humana no puede estar supeditada a nada; no existe ningún bien de orden personal, grupal, nacional o mundial que justifique, ni siquiera en circunstancias extremas, atentar contra esa dignidad. Por lo tanto, al estar el derecho a la vida inmerso en esa dignidad, no puede ser violentado sin violentar al mismo tiempo a la persona, y al negar a la persona no vale la pena ya hablar de ningún tipo de facultad inherente a la misma.

Volviendo a los documentos internacionales, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que "el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".<sup>64</sup>

Mier y Terán al respecto comenta "nos hemos referido anteriormente que el derecho tiene como sujeto a la persona; el derecho natural

---

<sup>62</sup> MIER Y TERAN, *op. cit.*, pp. 309 y 310.

<sup>63</sup> HERVADA, Javier, *Escritos de Derecho Natural*, Pamplona, 1986, p. 644.

<sup>64</sup> Cit. por MIER Y TERÁN, *op. cit.*, p. 312.

necesariamente se da en la persona. De aquí surge la noción jurídica de persona: la persona es naturalmente sujeto de derecho y la ley positiva no debe desconocer la ley natural. El Pacto entonces, tiene el acierto de consagrar el derecho a la vida de toda persona, entendido este último concepto en su sentido ontológico”,<sup>65</sup> y por tanto, desde el *nasciturus* hasta el anciano.

Recordemos que respetar la vida no significa exclusivamente no matar, al respetar la vida se está incluyendo el tener acceso a la salud y proporcionarlo de manera efectiva, también incluye no torturar, no degradar, mutilar, etc., ni disponer del propio cuerpo sin consentimiento. Aquí nos queremos referir a que nadie debe experimentar sobre el cuerpo de una persona si antes esa persona que va a ser afectada por la experimentación, no ha dado su consentimiento expreso para ello, ya que de hacerlo, nuevamente estaríamos atentando contra su dignidad como ser humano. No cabe aquí que los padres o quien tenga la tutoría, dé ese consentimiento supliendo el consentimiento del niño, (o del *nasciturus*), si el experimento no es indispensable para mantener su vida. Así lo marca el artículo 7 del mencionado Pacto: “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

Más adelante retomaremos las ideas en cuanto a la experimentación en embriones y fetos humanos.

---

<sup>65</sup> MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 312.

Por su parte la Conferencia Panamericana en Bogotá (1948) obliga a los países americanos a defender esta dignidad: “la concepción de la libertad americana descansa en dos postulados: la dignidad del hombre como persona y la soberanía de la nación como Estado”.<sup>66</sup> Nótese que primero habla de la dignidad del hombre y luego de la soberanía de la nación.

En el mismo sentido está el *Pacto de San José* o Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual en su artículo primero dice que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...”<sup>67</sup>

“Se ha dicho por algunos estudiosos que cuatro son los pilares en los que descansa la Convención Americana, a saber: el carácter esencial de la persona humana; la sociedad democrática como proyecto; la correlación entre derechos y deberes; y, finalmente, el carácter subsidiario de la protección internacional de los Derechos Humanos.

“Respecto a la primera nota básica, es de mencionar el carácter fundamental que los derechos protegidos tienen respecto a la persona humana. Estos no son otorgados por el Estado, ni por la Constitución o Ley positiva, ni por la comunidad internacional, sino que son ‘atributo de la persona humana’, como se dice en el preámbulo de la propia convención”.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> *Idem*, p. 313.

<sup>67</sup> Este Pacto fue firmado en San José de Costa Rica en 1969, *Idem*.

<sup>68</sup> MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 313.

Finalmente queremos mencionar la Declaración de Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959. "En esta Declaración se dice que dada la necesidad de protección especial que requieren los niños, y por razón de su física y mental inmadurez, necesitan especial cuidado y una apropiada protección legal, tanto antes, como después de su nacimiento. El principio 1 consagra el goce de todos los derechos del niño sin discriminación; el principio 2 exige protegerlos especialmente para su pleno desarrollo; y el principio 4 menciona los derechos que tiene a la seguridad social y a las sanciones prenatales".<sup>69</sup>

En el presente se está retomando, en la llamada Conferencia de El Cairo, el asunto de la dignidad de la persona a la luz de la permisibilidad del aborto y de los medios artificiales de concepción. La mayoría de los países civilizados están discutiendo a favor del aborto y de los medios artificiales de concepción; como vemos los mismos países que en su momento suscribieron todos los documentos derivados de la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU, ahora están negando esos principios que fueron el motor de aquellos documentos y de la propia creación de la ONU. México por su parte, que siempre ha sido un país defensor de la vida (aunque su legislación interna a veces no lo demuestre), en este momento se está absteniendo de votar en favor o en contra.

Esto nos debe hacer reflexionar sobre si el hombre está avanzando o retrocediendo, a nosotros nos queda claro que los valores fundamentales no pueden variar con el tiempo o con la situación

---

<sup>69</sup> *Idem*, p. 315.

## *Principios informadores de la materia*

política, social o económica de un pueblo. Si dijimos atrás que la vida es un valor fundamental, el primero y más importante de ellos, y si este principio inspiró tantos documentos a la mitad de este siglo, no se entiende como 40 años después se modifique a tal grado el modo de pensamiento de las naciones y se tengan que “revisar” principios que se ve a todas luces que naturalmente no han cambiado ni cambiarán, ya que como vimos, mientras no cambie la naturaleza humana (y ésta nunca va a cambiar) no van a cambiar los principios derivados de su dignidad.

Sumado a lo anterior, aún en los países que más defienden de la vida, la legislación vigente no alcanza a cubrir definitivamente ese respeto a la vida. Veíamos que los países desarrollados permiten el aborto, y en México en particular, recordamos, que aún cuando el aborto está prohibido en la mayoría de los casos, se permite cuando el embarazo es producto de una violación o cuando peligre la vida de la madre, constituyendo esto -gran paradoja- otra violación, es decir, el derecho fundamental a vivir del inocente.

### *1.1. Los gametos, embriones y el principio pro-vida*

En cuanto a la gran cantidad de abortos provocados por las técnicas de Reproducción Asistida, en particular de la Fecundación *in vitro* con transplante del embrión, es “indefendible que tener un hijo (...) deba prevalecer respecto a la pérdida de vidas humanas.

“No hay aquí -seguimos a Sancho Rebullida- otros derechos fundamenteles, constitucionalmente proclamada su protección, cuyos

finés prevalentes, como la investigación científica o médica, o la venida al ser de otras vidas, justifiquen el sacrificio deliberado de aquélla. Por tanto, -concluye Sancho Rebullida- la producción artificial de embriones, a partir de la manipulación de gametos, es contraria a este principio informador de nuestro Derecho...

“Y esto porque se trata de producir vidas humanas destinadas antes de nacer, a morir, sin que la intención diferente del agente médico pueda impedirlo: simplemente así es. (...) -Embriones que- se producen, siempre, voluntariamente, a ciencia y conciencia de grave riesgo de perecimiento; y en hipótesis frecuentes (embriones sobrantes, defectos o enfermedades congénitas, etc.) destinados de antemano a ser destruidos por quien los originó con su manipulación”.<sup>70</sup>

Tratando de defender esta experimentación, se ha suscitado una gran discusión por los estudiosos en torno al inicio de la vida humana. Ya veíamos que la vida empieza con la concepción, sin embargo se dice que la vida no es completamente “humana” sino hasta el día 14 de la concepción, cuando se forma la cresta neural del ser humano. Esto atiende a que hasta antes de ese momento, un embrión puede dividirse en dos, dando como resultado los llamados gemelos monocigóticos. Al no saberse si ese embarazo va a dar como resultado un ser humano o dos, algunos se permiten cuestionar la “humanidad” de ese embarazo, y lo toman como bandera para permitir la destrucción de esos embriones por varias razones o la experimentación en ellos.

Nuevamente nos encontramos con una pobre protección de la vida, ya que no por existir la posibilidad de la división gemelar, un embarazo

---

<sup>70</sup> *Idem*, pp. 322 y 323.

producto de un espermatozoide humano y un óvulo humano deja de ser un humano. Es ilógico pensar que algo que no nació como humano -hablando del niño producto del embarazo- al día 14 se convierta en humano.

Mier y Terán, comentando a Lombardi Vallauri, dice que el Derecho debe prohibir atentar contra la “posible” vida del ser humano “lo que sería suficiente argumento para excluir toda intervención destructiva o instrumentalizante -nunca se debe admitir y autorizar el riesgo de matar a un hombre- del mismo modo que uno debe de abstenerse de disparar en la obscuridad a una figura que no se distingue bien pero que pudiera ser hombre”.<sup>71</sup>

Igualmente Moro Almaraz habla de esta esquizofrenia de algunos autores con respecto al desarrollo del embrión “que suponen un quebrantamiento de su integridad, de su capacidad u oportunidad de desarrollo e implantación y, en consecuencia, la posibilidad de su posterior nacimiento”.<sup>72</sup>

Al respecto de esta protección, comentando cambios en el ordenamiento español, Andrés de la Oliva habla de “una subversión regresiva del Derecho. Y es un cambio retardatorio de tal magnitud que, por ejemplo, la muerte deja de ser un hecho jurídico (casi

---

<sup>71</sup> *Idem*, p. 324.

<sup>72</sup> MORO ALMARAZ, *op. cit.*, p. 361.

siempre un hecho jurídico típico) para ser, en numerosas ocasiones un acto jurídico".<sup>73</sup>

Lacadena aclara con bastante clarividencia el aspecto de los 14 días, en una entrevista reciente, comentando que la vida empieza con la fecundación. "Existe un problema -continúa- respecto a la valoración ética y científica del *status* de los primeros 14 días, cuando aún no están fijadas ni la unidad ni la unicidad. (...) -Es embrión- en estado de dos células, de cuatro células, de 32 células, etc. Pero siempre es un embrión humano. Es evidente que durante los primeros 14 días de su desarrollo, no tiene el mismo *status* que después. Pero, en cualquier caso, lo de 'preembrión' -que es como figura en la legislación española- no se sostiene científicamente, como muestra que el Consejo de Europa lo llama embrión. El hecho de que un embrión, en los primeros estadios de su desarrollo, pueda dividirse en dos o, al revés, que dos embriones distintos puedan fundirse en uno solo, indica que existe una fase del desarrollo embrionario donde aún no están fijadas las dos propiedades típicas de la individualización del ser humano: la unicidad e irrepitibilidad y ser una sola cosa. A partir del día decimocuarto de la fecundación, más o menos, es cuando el embrión inicia el desarrollo de su sistema nervioso. Desde ese momento ya no se puede dividir, ni fundir. Desde el punto de vista biológico, esos 14 días marcan un 'algo' distinto en el proceso de desarrollo que, por otro lado, es continuo.

---

<sup>73</sup> OLIVA SANTOS, Andrés de la, "¿Nasciturus o moriturus?", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, No. 4, Madrid, julio-agosto de 1986, p. 85., cit. por MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 321.

“Por eso, yo pregunto cómo puede existir una vida humana si antes no la había. La vida existe desde el mismo momento de la fecundación, pero esa vida va ganando categoría, *status*, a partir del día decimocuarto, cuando usted es usted y yo soy yo, ya que antes podríamos habernos dividido en varios o fundido en uno. Pero eso no justifica sostener que en esos primeros 14 días no haya vida humana. Lo que nunca se puede olvidar es que, ante todo, está la dignidad del ser humano”.<sup>74</sup>

También la legislación mexicana hace la distinción entre preembrión y embrión, incluso más allá de lo que hemos visto, considera al preembrión hasta el término de la segunda semana de gestación, el embrión hasta el término de la decimosegunda semana y feto desde ese momento hasta la “expulsión del seno materno”.<sup>75</sup>

Estimamos igual que Salvador Mier y Terán que el preembrión (si se aceptara el término), luego se convertirá en embrión, en feto, en niño, adulto y anciano, y será desde el principio hasta el final, un ser humano.

Retomando el asunto de unidad y unicidad, El Informe Palacios dice que la “**individualización** viene dada por dos propiedades: **unicidad** (ser único e irrepetible) y la **unidad** (ser uno solo) (...) la unidad puede estar contradicha biológicamente en los seres humanos (los fenómenos llamados **quimeras**) (...) y la unicidad (...) puede estarlo con los gemelos monocigóticos (...) **un embrión ya no puede dejar de ser lo**

<sup>74</sup> LACADENA, Juan Ramón, “El término 'preembrión' es una estrategia para adormecer las conciencias”, entrevista realizada para *Aceprensa*, Servicio 16/94, Madrid, 1994, pp. 2 y 3.

<sup>75</sup> Cfr. artículo 314 de la Ley General de Salud.

que es a partir del día catorce de la fecundación cuando aparece el primer tejido nervioso con la cresta neural y coincidiendo con el final de la implantación".<sup>76</sup>

En el mismo sentido, la Ley TRA (Ley sobre técnicas de Reproducción Asistida), en el apartado II de su exposición de motivos, sólo protege al embrión definitivamente anidado en el útero.<sup>77</sup>

Vemos la injusticia que comete la Ley al privar de protección al ser humano durante los primeros 14 días, cuando, como ya se ha dicho, existe vida humana, aunque no esté perfectamente diferenciada.

"Es muy discutible -y muy discutido en la ciencia biológica- que falte unidad y unicidad en el embrión antes de los catorce días siguientes a la fecundación del óvulo; las fusiones y otras quimeras jamás se han logrado en embriones humanos, y la clonación y producción de gemelos idénticos exigen manipulación extrínseca sobre los mismo con que se difícilmente pueden ser admitidas como definitivas del ser humano. Y amplios sectores científicos, solventes y de muy diversa extracción ideológica, niegan que la vida 'aparezca' al 'finalizar' la anidación (lo cual tampoco es matemática y universalmente a los catorce días de la fecundación) y que tal hito del desarrollo del embrión no supone sino aumentar las esperanzas de progreso en el ser humano ya vivo desde la fecundación del óvulo. Por su parte -dice

---

<sup>76</sup> Informe presentado en el Congreso de los Diputados, Comisión Especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas, presidente Marcelo Palacios, Madrid, 6 de marzo de 1986, p. 48.

<sup>77</sup> Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (122/000062), Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 31 de octubre de 1988, III Legislatura, Madrid.

Sancho Rebullida- ‘la adopción de la aparición de la cresta neural como criterio delimitador de la vida humana y su manipulabilidad o no, me parece que es desplazar el criterio de la dignidad humana al de la sensibilidad vital, desplazamiento larvado y subconsciente que se aprecia incluso en algunas valoraciones sociales: hay quienes contemplan con indiferencia la destrucción de embriones humanos insensibles y que se estremecen por el apaleamiento de un perro o por la lidia de un toro’.<sup>78</sup>

A este respecto, el profesor Lejeune dice que “a algunos teólogos les encantan las discusiones sobre los verdaderos gemelos . El embrión que todavía se puede dividir en dos -afirman- no tiene alma, ya que el alma es indivisible. Así pues, si no tiene alma, el embrión precoz -concluyen- no puede ser considerado como un ser humano. Conclusión hartamente curiosa me parece: ¡ante la menor duda de que un embrión pudiera producir dos seres, en buena lógica, habría que respetarlo doblemente!”.<sup>79</sup>

Cafarra dice que “los científicos serios con los que he tenido la oportunidad de hablar, reconocen en seguida que desde el momento de la fecundación estamos ante ‘un individuo de la especie humana’ ”.<sup>80</sup>

El fin de la “transacción” en el inicio de la vida -como la llama Salvador Mier y Terán-, en los catorce días, responde al interés de los científicos en experimentar con seres humanos.

---

<sup>78</sup> MIER Y TERAN, Salvador, *op. cit.*, pp. 332 y 333.

<sup>79</sup> LEJEUNE, Jerome, citado por MONGE, Fernando, *Persona humana y procreación humana*, Madrid, 1988, p. 48 y ss., cit. por MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 334.

<sup>80</sup> Cit. por MONGE, *op. cit.*, p. 45.

En efecto, defienden que antes del día catorce no hay vida humana y por ello se debe permitir la experimentación, sin embargo, si su intención fuera otra, no les importaría experimentar con hamsters o con chimpancés, teniendo resultados muy similares a los que se obtienen con el ser humano, pero curiosamente no lo hacen por que es más barato y fácil experimentar con seres humanos que conseguir una hembra de chimpancé para experimentar con ellos.<sup>81</sup>

Finalmente, hablando del comportamiento que el ordenamiento jurídico debe tener ante el principio pro-vida y la experimentación en embriones, Andrés de la Oliva opina que “no parece admisible ‘producir’ vidas humanas individuales, con un designio que comporte objetiva e inexorablemente, una alta probabilidad de destrucción de una sola de ellas, cualquiera que sea su grado de desarrollo, por lo que permitir una experimentación científica que suponga destrucción de vidas humanas no es conforme al Derecho español<sup>82</sup> (...), las normas resultantes deberían prohibir su empleo (...) esa prohibición sería parte del ‘sistema legal para la defensa de la vida, que suponga una protección efectiva de la misma’”.<sup>83</sup>

Por su parte Lombardi Vallauri dice que “...lo que vale para el hombre ya nacido, el primer artículo de una legislación sobre nuestra materia deberá ratificar el derecho del *nasciturus* a la vida y a la salud, así como la prohibición de cualquier intervención sobre el embrión que no sea realizada a beneficio complejo del embrión mismo. Como la del

---

<sup>81</sup> Cfr. LACADENA, Juan Ramón, *op. cit.*, p. 2.

<sup>82</sup> Ni conforme al Derecho Natural, fundamento de todo Derecho positivo.

<sup>83</sup> Cfr. OLIVA SANTOS, Andrés de la, *Información...*, cit por MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 339.

hombre ya nacido, la vida del embrión humano debe ser considerada inviolable y no instrumentalizable para ningún fin externo, ni siquiera para la investigación científica o médica, o para la venida al ser de otras vidas".<sup>84</sup>

A la luz del principio que estamos analizando, nos queda claro que la mejor protección que se puede tener para el ser humano es la de prohibir definitivamente no sólo la experimentación en embriones, sino más aún, el uso de todas estas técnicas de reproducción asistida, ya que como se vea, van en contra de la dignidad de la persona humana, amén de la gran cantidad de vidas que se pierden por esta manipulación genética.<sup>85</sup>

España es el país que tiene una legislación más completa -no por eso justa-, en cuanto al tratamiento de estas técnicas, la Ley TRA, citada arriba, contiene sin embargo serias contradicciones: en su artículo 20, B. considera infracciones muy graves:

- a) Fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.
- b) Obtener preembriones humanos por lavado uterino, para cualquier fin.

---

<sup>84</sup> LOMBARDI VALLAURI, Luigi, *Las biomanipulaciones: cuestiones éticas y jurídicas*, p. 11., cit. por MIER Y TERÁN, *op. cit.*, p. 340.

<sup>85</sup> Queremos recordar que como dice Sancho Rebullida "aún en los Centros más perfeccionados (Australia), la manipulación, congelación-descongelación, lleva consigo la muerte de un 56% de embriones". SANCHO REBULLIDA, *Informe para la Comisión Especial de estudio sobre la Fecundación in vitro y la inseminación artificial humana*, presentado al Congreso de los Diputados, Cizur, 1985, p. 11.

c) Mantener in vitro a los óvulos fecundados y vivos más allá del día catorce siguiente al que fueron fecundados, descontando de ese tiempo el que pudieran haber estado crioconservados.

d) Mantener vivos a los preembriones, al objeto de obtener de ellos muestras utilizables.

(...)

f) Utilizar industrialmente preembriones o sus células si no es con fines estrictamente diagnósticos, terapéuticos o científicos, en los términos de esta Ley o de las normas que la desarrollen y cuando tales fines no puedan alcanzarse por otros medios.

(...)

i) Transferir al útero gametos o preembriones sin las exigibles garantías biológicas o de viabilidad.

(...)

k) Crear seres humanos idénticos, por clonación y otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

(...)

p) La fusión de preembriones entre sí o cualquier otro procedimiento dirigido a producir quimeras.

q) El intercambio genético humano, o recombinado con otras especies, para la producción de híbridos.

r) La transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal, o la operación inversa, que no estén autorizadas.

s) La ectogénesis o creación de un ser humano individualizado en el laboratorio.

(...)

x) Las investigaciones o experimentaciones que no se ajuste a los términos de esta Ley o de las normas que la desarrollen.

Como se desprende, al utilizar el término preembrión se hace permisible la utilización de ellos antes del día catorce sin darles un tratamiento propio de un ser humano, y después del día catorce, “creo entender -dice Salvador Mier y Terán comentando el apartado B.c) de mismo artículo- que se trata de la primera vez en que se declara obligatorio matar a unos seres humanos”.<sup>86</sup> El apartado a) prohíbe la producción de gametos con cualquier fin distinto a la procreación, luego el apartado i) no permite que esos se implanten si no hay garantías de viabilidad, ¿qué pasa con esos embriones sobrantes?, no olvidar que se trata de seres humanos. Debería a nuestro juicio determinar la obligación de implantarlos todos, y tratar de salvar las más vidas posibles, ya que mientras no se deshechen siguen vivos, con pocas o muchas posibilidades de viabilidad, -asunto que no nos parece de fácil determinación y que con ese pretexto, la no viabilidad, se pueden cometer muchas injusticias-. Reiteramos: siguen vivos, y en correcta ética médica, se debe buscar siempre preservar la vida, aún en los casos más difíciles (piénsese por ejemplo en un trasplante de corazón de una persona ya nacida). No vemos por qué al vivo no implantado no se le da esa posibilidad de luchar hasta el final por su vida y sí se permite que como tiene pocas o casi nulas posibilidades se investigue sobre él y luego se desheche.

Más adelante, en el apartado x), prohíbe investigaciones y experimentaciones que no se ajusten a esta Ley o de las normas que la desarrollen, pero no la prohíbe definitivamente, lo que nos hace creer, que mientras no sea considerado embrión, es decir, antes del día

---

<sup>86</sup> Comenta esto ya que en ningún lado se establece la obligación de implantar esos gametos, lo que supone necesariamente su muerte. Ver MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 350.

catorce se puede hacer con ellos lo que sea, contraviniendo directamente el apartado a) del mismo artículo.

A este respecto el artículo 15 de esta Ley, dice:

“La investigación o experimentación en preembriones vivos sólo se autorizará si se atiende a los siguientes requisitos:

1. Para cualquier investigación o experimentación sobre los preembriones, sea de carácter diagnóstico o general, será preciso:

a) Que se cuente con el consentimiento escrito de las personas de las que proceden, incluidos en su caso los donantes, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones...

(...)

3. Sólo se autorizará la investigación en preembriones con otros fines que no sean comprobación de su viabilidad, o diagnóstico:

(...)

c) Si se realiza en base a un proyecto debidamente presentado y autorizado por las autoridades sanitarias y científicas competentes, o en su caso, por delegaciones, por la Comisión Nacional Multidisciplinar”.

El artículo 17. 2. dice “Se permite la utilización de preembriones humanos no viables con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos previamente conocidos y autorizados”.

Como se aprecia, a pesar de lo establecido en el artículo 20, b.a), se abre la puerta a muchos tipos de investigaciones y utilizaciones muy distintas a las directamente encaminadas a la preservación de la vida, que es el único fin válido, según el artículo 12. y 13, el 12, en su apartado 1. que dice: “Toda intervención sobre el preembrión vivo, in vitro, con fines diagnósticos, no podrá tener otra finalidad que la

valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o de *desaconsejar su transferencia para procrear*.<sup>87</sup> En este artículo no se determinan las condiciones para “desaconsejar” su implantación, lo que nos parece una laguna importante. El artículo 13 dice:

“1. Toda intervención sobre el preembrión vivo, in vitro, con fines terapéuticos, no tendrá otra finalidad que tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas.<sup>88</sup>

2. Toda intervención sobre el embrión o sobre el feto en el útero, vivos, o sobre el feto fuera del útero, si es viable, no tendrá otra finalidad terapéutica que no sea la que propicie su bienestar y favorezca su desarrollo”.<sup>89</sup>

Como se aprecia, es muy pobre la protección que da esta Ley a la vida humana, aún en estos puntos que no buscan sino protegerla. En otros puntos que se analizarán en el capítulo siguiente,<sup>90</sup> es todavía menos protectora.

Terminamos el estudio de este principio enfatizando que la mejor manera de proteger la vida es no manipulándola. Es una gran incongruencia que se pretenda hablar de control de la natalidad porque “somos muchos y no cabemos” matando seres humanos por medio de abortos y microabortos, y por otro lado se permitan estas técnicas de reproducción asistidas porque las parejas estériles -y las que no lo son-

---

<sup>87</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>88</sup> ¿y si no son terapéuticas, se debe entender que sí se puede?

<sup>89</sup> Queremos hacer notar al lector cómo el legislador “juega” con los términos preembrión, embrión y feto, como si fueran algo distinto a un ser humano según al grado de desarrollo.

<sup>90</sup> Tal es el caso de la donación de embriones, congelación y descongelación de ellos y maternidad subrogada.

quieren tener un hijo por este medio y para ello también se cometen abortos deliverados o se destruyan embriones no implantados.

Por cualquier razón, -porque no se quiere tener hijos o porque se quiere tener hijos artificialmente- se provoca la muerte de miles de seres humanos, negando así -y curiosamente enarbolando la bandera de la protección al mismo- el derecho a la vida del no nacido. Derecho este, dijimos, fundamental para la existencia de los demás derechos humanos.

## **2. El principio de familia**

El concepto de familia, tiene diversas acepciones, se habla en primer lugar del hogar formado por varón y mujer, de sus hijos; más ampliamente de los ascendientes, y socialmente se habla de la familia como un grupo de personas que se unen en torno a algún fin o que tienen algo en común, así se habla de la familia cristiana o de la familia mexicana, etc.

Aún en su dimensión jurídica, se hace referencia a aspectos matrimoniales, de filiación, patrimoniales, etc. dándoles connotaciones diferentes en cada caso.

En su primera y más importante acepción, "La familia ha sido considerada siempre como la expresión primera y fundamental de la *naturaleza social* del hombre. En su núcleo esencial esta visión no ha cambiado ni siquiera en nuestros días. Sin embargo, actualmente se prefiere poner de relieve todo lo que en la familia -que es la más

pequeña y primordial comunidad humana- representa la aportación personal del hombre y de la mujer. En efecto, la familia es una comunidad de personas, para las cuales el propio modo de existir y vivir juntos es la comunión: *communio personarum* (...) La familia, comunidad de personas, es por consiguiente la primera «sociedad» humana. Surge cuando se realiza la alianza del matrimonio, que abre a los esposos a una perenne comunión de amor y de vida, y se completa plenamente y de manera específica al engendrar los hijos la «comunión» de los cónyuges da origen a la «comunidad» familiar”.<sup>91</sup>

Desde aquí se deja ver que estamos ante una institución natural a la que después se le da una connotación jurídica y positiva, por lo tanto, tal y como se decía del derecho a la vida, a los ordenamientos jurídicos no les compete “otorgar” dicho derecho, sino únicamente “reconocerlo”. Regresaremos sobre esto más adelante.

Jurídicamente, en sentido **amplio**, entendemos por familia “el conjunto de personas unidas por matrimonio o por los vínculos de parentesco (natural o adopción). (...) en sentido **estricto**, se llama actualmente familia al grupo restringido formado por los cónyuges y por los padres e hijos, con exclusión de los demás parientes, o al menos de los colaterales. En esta ascepción integran sólo la familia relaciones **conyugales y paternofiliales**”.<sup>92</sup>

En este sentido queda muy claro para nosotros que si una familia jurídicamente -y naturalmente- se funda con el matrimonio, no es

---

<sup>91</sup> JUAN PABLO II, *Carta a las Familias*, Roma, 2 de febrero de 1994, punto 7.

<sup>92</sup> CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. Y, Madrid, 1978, pp. 33 y 34, cit por MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 356.

equiparable hablar aquí de uniones de facto, de mujeres solas con hijos<sup>93</sup> y menos aún de uniones homosexuales. En este sentido, si se habla de relaciones paternofiliales, queda claro que puede haber filiación entre los padres de la criatura y la misma criatura, pero una unión de concubinato o entre seres del mismo sexo no debe, amén de no atentar contra una figura natural, equipararse a la institución natural a que nos referimos. Este asunto se desarrollará más adelante.

En cuanto al tratamiento que nuestro ordenamiento positivo da a la familia, el artículo 4o. de la Constitución Política, reconoce la igualdad del hombre y la mujer y la posibilidad de ambos de decidir sobre la fundación de su familia, este artículo 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.

(...)

"Toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios con el fin de alcanzar tal objetivo..."

En este artículo se aprecia en primer lugar la igualdad entre el hombre y la mujer, nos parece un acierto de la legislación, no sólo en el ámbito de la familia sino en el ámbito general de la vida y relaciones

---

<sup>93</sup> No confundir mujer sola con hijos (mujer que estando soltera se embaraza), con una viuda; en el segundo caso sigue existiendo la familia, ya que jurídicamente nació como una familia bien fundada y ese *status* no se pierde por la muerte de alguno de los cónyuges.

jurídicas. En particular, en el caso de la familia, es evidente que debe haber igualdad entre los esposos, y que juntos deben decidir sobre el futuro de esa relación conyugal y de la prole que de ella surja. Dificilmente se podría hablar de familia, en el sentido en el que hemos querido entenderla, si no hubiera una capacidad de decisión de la mujer con la misma fuerza que la del hombre. En efecto así es porque “como bien apunta el doctor Luis Díez Picazo, jurista español, la familia presupone una determinada manera de organización, unas determinadas pautas de comportamiento, unas reglas y unas ideas, que son evidentemente culturales y que están sometidas a constante evolución; estas pautas son distintas de sociedad en sociedad, y aun en una sociedad determinada pueden distinguirse diferencias sustantivas.”<sup>94</sup>

“(…) Es por ello que, en palabras de Díez Picazo, es posible sostener que la ‘familia’ pertenece a la supraestructura social, y que jurídicamente ‘se fragmenta en un conjunto de relaciones: el matrimonio o relación conyugal; las relaciones paterno-filiales, y las genéricas relaciones de parentesco’.

(…)

---

<sup>94</sup> Queremos aclarar, que al estar la familia inmersa en una sociedad, y más aún, siendo la familia el fundamento primero de la sociedad, de su estabilidad y permanencia depende en gran medida la estabilidad y permanencia de la sociedad. Efectivamente la sociedad y la cultura avanzan, están en constante movimiento, y ante este movimiento, la familia debe evolucionar, pero no por ello debe someterse y renunciar a los principios básicos y naturales de igualdad ontológica de sus miembros y el consiguiente respeto a su dignidad. También queremos hacer notar que el autor menciona diferencias “sustantivas” en la sociedad y por ello en las familias, es necesario tener cuidado aquí, porque sustancialmente el concepto de familia, al ser un concepto natural, es idéntico en todas las sociedades y culturas.

“Desde el punto de vista ideológico nuestra sociedad contemporánea es un mosaico de las diferentes concepciones del matrimonio; empero, se observa en ellos, como común denominador, que la estructura familiar ha devenido menos jerarquizada, más democrática y más igualitaria. Basta darle lectura a los textos originales de algunos Códigos Civiles para percibir este cambio; así, el artículo 213 original del Código Civil Francés ordenaba: ‘El esposo debe protección a su esposa; y la esposa le debe obediencia a su esposo’, o bien el artículo 1353 fracción I del Buergerliches Gesetz Buch, en el que se obliga a los cónyuges a vivir juntos en una comunidad marital de vida, para no citar el Código Imperial Ruso, que ordenaba a la esposa amar a su esposo, disposición que los Tribunales Franceses consideraron más que ridícula, absurda. En nuestro derecho positivo es de mencionarse el artículo 201 del Código Civil de 1870, que reproduce, posteriormente, el artículo 193 del Código Civil de 1884, que enunciaba: ‘El marido debe proteger a su mujer; ésta debe obedecer a aquél, así en lo doméstico, como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes’. Estas normas constituyen más que reglas específicas de conducta, verdaderas exhortaciones a cierto modelo ideal de vida.(...) En síntesis, la cohesión familiar depende de la unión de los esposos y no de la preeminencia del ‘jefe de familia’, que conduce al ejercicio de un derecho decisorio en constante conflicto”. Lo mismo ha sucedido con respecto del padre y los hijos: “El cambio de nombre de ‘patria potestad’ por el de ‘autoridad familiar’, también expresa un cambio de espíritu: la palabra poder evoca la potestad romana, es decir, un derecho, un poder de dominación que se da sobre la persona de los menores y que corresponde al padre, en tanto ‘jefe de familia’; en contraste, la

autoridad correspondiente a un complejo de derechos y obligaciones que, en términos jurídicos, equivale a una función, es decir, lo que no constituye ni un derecho puro, ni tampoco una obligación pura, y este complejo se estructura en función del interés del menor y de la igualdad del padre y de la madre.

“La expresión autoridad familiar hace también efectivos los derechos que hasta ahora habían sido sólo derechos virtuales de la madre y sitúa en un estado de igualdad pleno al padre y a la madre, que ya reconoce nuestro texto constitucional.

“Sin embargo, existe una grave contradicción en cuanto se refiere al espíritu del postulado constitucional y a la reglamentación civil vigente, ya que aún persiste en la legislación secundaria el tradicional concepto de ‘patria potestad’ y la sujeción de la mujer a ciertas decisiones del marido”.<sup>95</sup>

Como se veía al principio, es importante resaltar la igualdad de los cónyuges dentro del matrimonio y en la toma de decisiones para la “creación” de la familia y la educación de los hijos. Una familia sólida y formada en el respeto, sólo se logra con la participación activa -y en igualdad de circunstancias-, de los padres, ya que en ambos recae dicha responsabilidad. El acenso social que ha logrado la mujer, no responde sino a la igualdad ontológica con el hombre, dada por la naturaleza y ahora reconocida por la legislación, y esta igualdad convierte a los cónyuges en ‘autoridad familiar’ idéntica para ambos, como idénticos son en cuanto su esencia de seres humanos.

---

<sup>95</sup> SANCHEZ CORDERO, Jorge A. “El postulado familiar del artículo 4o. constitucional: una interpretación”, en *Nuestra Constitución*, t. VII, México, 1990, p. 46 a 50.

Y esta igualdad no tiene otro sentido sino el de participar ambos en la manutención y educación de los hijos; “a manera de conclusión -dice Sánchez Cordero- se puede afirmar que la autoridad familiar tiene una función primaria tuitiva: es esencialmente protectora de los intereses de los menores, tanto por el padre como por la madre, en su ejercicio conjunto”.<sup>96</sup>

El mismo autor menciona unas ideas de la Revolución Francesa sintetizadas en el proyecto del Código Civil por Cambecérés:

“El hombre nace débil... nace con derechos y facultades... pero no puede reclamar ni sus derechos ni ejercer sus facultades, y es este estado de infancia, de debilidad, tanto física como moral, lo que se conoce como minoridad. En este estado el hombre necesita apoyo... los primeros años de su vida están confiados al cuidado de aquellas personas que le dieron la vida. Los primeros tutores son el padre y la madre. No debe hablarse, por lo tanto, de poder paterno. Es necesario que alejemos los términos de poder pleno, autoridad absoluta, fórmula de tiranía y sistema ambicioso que la naturaleza indignada rechaza, y que no ha hecho más que deshonorar la tutela paterna, cambiando la protección por dominación y los deberes por derechos...”.<sup>97</sup>

Este sentimiento de dominación se ve claramente en las madres abortistas que defienden el derecho sobre *su* cuerpo: “nosotras parimos, nosotras decidimos”, sin importar el cuerpo ni la vida del hijo no nacido. En este caso estamos lejos de lograr esa protección del más indefenso, protección que según Cambecérés, son los padres -los

---

<sup>96</sup> *Idem*, p. 52.

<sup>97</sup> *Idem*.

### *Principios informadores de la materia*

que le dieron la vida- los primeros que tienen que velar por ella, no manipularla y dominarla sin importar el bienestar y el derecho del menor.

En este sentido queremos hacer referencia a la gran importancia que tiene la familia en el impacto psicológico de cada uno de sus miembros como escuela de vida, de virtudes, de obligaciones naturales, individuales y sociales. La familia constituye *naturalmente*, es decir, como institución natural, el lugar donde se toman las primeras y más importantes experiencias, que marcarán en gran medida el modo de pensar y actuar de todos los miembros de la familia, en particular de los menores, quienes sin capacidad plena de raciocinio, absorben como esponja lo que ven y lo toman como bueno; de ahí la gran responsabilidad, incluso social, de los padres de ser ejemplo de comportamiento ante sus hijos.

Volviendo al aspecto jurídico de esta institución natural, dice Salvador Mier y Terán que “dada la connaturalidad del hecho familiar con la especie humana, se comprende que la más íntima y radical regulación de aquél sea moral: un conjunto de reglas éticas que luego el Derecho transforma en jurídicas hasta donde es posible y conveniente. ‘Eso explica -dice RUGGIERO- el fenómeno peculiar en el Derecho de familia, de haber preceptos sin sanción o con sanción atenuada, obligaciones incoercibles, porque el Derecho, o es por sí incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de dichos preceptos, o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre, a otras fuerzas que actúen en el ambiente social’ ”.<sup>98</sup>

---

<sup>98</sup> MIER Y TERAN, *op. cit.*, pp. 354 y 355.

Al respecto Cossio y Cosio dice que “la organización familiar está fundada en la naturaleza y en las necesidades naturales, tales como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia, la cooperación y que la organización familiar no se haya exclusivamente en el Derecho. (...) la intervención que debe tener el Estado es para fortalecer los vínculos, para garantizar las seguridades de las relaciones, para disciplinar mejor el organismo familiar, así como para dirigirlo rectamente a la consecución de sus finalidades (...) Por estas causas, cuando el legislador trata de trastornar el orden familiar incluyendo dentro del texto de la Ley disposiciones que están en contra de los elementos de la familia, estos textos no tienen vigencia propia y no satisfacen ninguna necesidad, sino que quedan incrustadas dentro del texto legal y viven como una planta exótica, constantemente en un invernadero”.<sup>99</sup>

En efecto, mucho se ha hablado pero poco se ha hecho para defender esa íntima relación que hay entre los esposos que no se logra en su totalidad en los demás tipos de unión, y las secuelas psicológicas que esto causa en el niño que vendrá al mundo en condiciones diferentes al matrimonio.

“En el plano del deber ser, -dice Rivero Hernández-, la procreación, por su alta función y sus exigencias, al quedar sometida moral y socialmente a rigurosa disciplina, encuentra en el matrimonio, en la familia que surge y se constituye sobre él, su óptimo medio, y el hijo

---

<sup>99</sup> COSSIO Y COSIO, Roberto, “La familia en nuestro Derecho”, en *Revista Ius*, T.I., No. 4, México, Noviembre de 1938, pp. 23 y 24.

que llega a ella, el ambiente más propicio para su desarrollo físico, intelectual y moral".<sup>100</sup>

En cuanto a la equiparación del matrimonio con otro tipo de uniones no matrimoniales para fundar una "familia", Francisco Sancho Rebullida dice que a tal equiparación "se oponen, por lo menos, razones epistemológicas, exegéticas, técnicas y prácticas; a saber:

"a) No parece coherente aplicar soluciones legales a quienes han preferido prescindir de la Ley para organizar su vida afectiva y sexual. Hay que respetar su libertad, pero establecer, también, que se atengan a las consecuencias de su libre opción.

"Tómese en cuenta, además, que semejantes equiparaciones son adecuado cauce para burlar la ley. Piénsese, por ejemplo, en pareja que convive *more uxorio* y no se casan porque tienen impedimentos no dispensables: impotencia para la cópula, vínculo previo, parentesco, etc.

"Por otra parte, la equiparación de la familia *de facto* a la *de iure* nos parece peligrosa, al carecer de criterios fijos, objetivos, para acertar en su calificación jurídica, especialmente para determinar su limitación (si es que, como suponemos, habrá que delimitarse). Hoy se habla de equiparación de la pareja estable al matrimonio; de una familia natural como familia paralela a la matrimonial...; pero es posible que no se encuentren, mañana, razones de peso para negar tal equiparación a la pareja homosexual (ya se ha incoado la propuesta) a la poligamia, o

---

<sup>100</sup> RIVERO HERNANDEZ, Francisco, *La presunción de la paternidad legítima*, Madrid, 1971, pp. 36 y 37, cit. por MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 363.

poliandria también estable, a la comuna promiscua, con estabilidad grupal y fungibilidad personal (...) En último análisis, si la pareja estable, en tanto tal, cupiera en el artículo 39 de la Consitución,<sup>101</sup> cabría también la situación adulterina estable, cuya protección resulta incompatible con la de la familia. (...)

“c) No dispone el ordenamiento jurídico de criterios uniformes y findados para medir la estabilidad. Esta apreciación -afirma Sancho Rebullida- puede ser consecuencia a un pasado (la pareja lleva conviviendo varios años) o a una previsión de futuro (aún no conviven, pero han comprado un piso entre los dos y lo están amueblando). En el primer aspecto, ¿desde qué día de convivencia comienza la estabilidad? en el segundo aspecto, ¿es trasladable a la estabilidad la distinción *corpus* y *animus* que, para la convivencia conyugal, establece el artículo 87 del Código Civil?<sup>102</sup> : es posible que los sujetos convivan en el domicilio -o se hayan de establecer en él- sólo por razones económicas o sociales, incluso encaminadas exclusivamente a que se les autorice la Inseminación o Fecundación artificiales; mientras cabe también la habitualidad referida a encuentros furtivos clandestinos (casos de adulterio, por ejemplo).

“La habitualidad puede medirse con criterios subjetivos (se han jurado amor eterno) u objetivos (han nacido el uno para el otro). (...)”.<sup>103</sup> El autor sigue hablando de la dificultad de las pruebas al momento de llegar a tribunales.

---

<sup>101</sup> El autor habla de la Constitución española.

<sup>102</sup> En la legislación mexicana el artículo conducente sería el 163 del Código Civil con respecto a la obligación de vivir juntos y el 1635 con respecto al concubinato.

<sup>103</sup> Cfr. SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 12 y ss. cit por MIER Y TERAN, *op. cit.*, pp. 379 a 382.

Lo que queremos destacar aquí es que la familia es una institución natural, reconocida -no creada- por la legislación, y que tal legislación (hacemos la misma reflexión que hicimos para el caso del inicio de la persona y por tanto de la personalidad) para ser justa tiene que adecuarse a los datos que da la naturaleza, y no puede artificiosamente crear nuevas “figuras naturales” que van contra esa misma naturaleza.

### ***2.1. La familia y las técnicas de reproducción asistida***

Como ya vimos es indispensable para lograr el más alto desarrollo espiritual en el ser humano, que éste cuente desde el principio de su vida con los medios propios, acordes a su naturaleza, y en un ambiente que si bien se dijo es muy particular (esposos e hijos), tiene un impacto social enorme, por las características de aprendizaje que luego él mostrará en la sociedad.

Por tal motivo se desprende fácilmente que el reflejo que el niño vea del matrimonio que se vive en su casa, será el concepto que se forme de él, y lo mismo pasará con los medios de procreación, propios y ajenos.

Dada la intimidad propia del matrimonio, debe prohibirse tajantemente cualquier tipo de procreación distinta a la natural, ya que aunque haya matrimonio debidamente establecido, de no darse en él el medio de procreación idónea, la imagen entre los esposos se debilita y por lo mismo la idea de la familia también se ve afectada.

Así, a manera ejemplificativa, citamos a Flores García dice que “en cualquier caso, la moral natural no encuentra justificación posible. La fecundación por donante, aún con el consentimiento del marido atenta contra la unidad del matrimonio y a las promesas de mutua y exclusiva entrega de los cuerpos ínsita en el matrimonio. Porque esa mutua y exclusiva posesión no es meramente la carnal, sino las consecuencias naturales de que la misma puedan derivarse.

“Esta participación biológica de un extraño va contra la autenticidad de la familia, contra la consanguinidad real, que es la base y fundamento del parentesco.<sup>104</sup> De ahí su inmoralidad desde el punto de vista de la moral familiar”. Hablando de las secuelas en el niño, dice que “no es ilógico sospechar que tal descubrimiento pueda producir, llegada la edad del desarrollo, de los intereses y los sentimientos sociales, o sea, ese delicado periodo de la adolescencia, una serie de complejos psicológicos, desde el de inferioridad hasta el de desarraigo de la institución familiar, que es su más noble y entrañable raíz: la paternidad y la maternidad, se habrán convertido para él en un mero proceso de bioquímica.<sup>105</sup> El descubrimiento de un padre anónimo y de la falsedad de los lazos familiares que haya conocido hasta entonces, le llevará, sin duda, a la desconfianza de los sentimientos humanos, y a no respetar en el fondo nada de lo social, puesto que habrá perdido la fe en lo más respetable y venerado: el padre, la madre, la familia. Todos conocemos esas vidas tristes y

---

<sup>104</sup> Queremos anotar que el autor está haciendo referencia al parentesco natural que se deriva de la procreación, ya que evidentemente en el caso de adopción no hay tal consanguinidad real, y no por eso deja de haber parentesco.

<sup>105</sup> Esto también es aplicable a la Inseminación artificial con semen del marido y óvulo de la mujer (IAM).

### *Principios informadores de la materia*

resentidas de los hijos naturales que no han conocido padre. Todos sabemos los índices de delincuencia que dan en las estadísticas. Y es que el individuo que crece con uno de estos complejos tiene la desgracia indescriptible de carecer de esa institución media: la familia bien constituida, que canaliza la adecuación con el ambiente social. Hay en sus vidas una radical ruptura con el medio ambiente. Y esa ruptura es peligrosamente delictógena.

“Cada uno quiere, en el fondo de su conciencia ser hijo de un padre y una madre. tendría que deformarse hasta lo más profundo el alma humana para que el hombre se conforme con ser hijo de un número puesto en un tubo de ensayo”.<sup>106</sup>

De este punto se derivan dos aspectos fundamentales en el trabajo que realizamos: La inclusión de un extraño en un matrimonio, y la posibilidad del niño de conocer la identidad del donante, quien es su verdadero padre.

En cuanto al primer punto, creemos que cuando existe un matrimonio debidamente constituido, y la mujer se insemina con semen de persona distinta a su marido, es tanto como permitir un adulterio. Ya que como decía Flores García, “atenta contra la unidad del matrimonio y a las promesas de mutua y exclusiva entrega de los cuerpos ínsita en el

---

106 FLORES GARCIA, Fernando, “La inseminación artificial en la especie humana”, en *Criminalia*, año XXI, No. 6, México, junio de 1955, p. 352.

No es aquí aplicable el decir que muchos niños nacen sin padre porque éste muere durante el embarazo de la mujer y no por eso viven afectados y sin conciencia de la familia, ya que en este caso se les está condenando a aceptar tener un padre diferente al que ven todos los días en su casa o bien, en el caso de la mujer sola que se insemina, que tienen un padre que nunca verán por que es un donador anónimo y desde antes de su concepción ya se les estaba obligando a nacer sin padre.

matrimonio. Porque esa mutua y exclusiva posesión no es meramente la carnal, sino las consecuencias naturales de que la misma puedan derivarse”.

En efecto, la maldad del acto en el caso del adulterio, no es únicamente la relación sexual que tiene uno de los cónyuges con una persona ajena al matrimonio, sino precisamente romper con esa promesa de exclusividad de la relación, con esa unidad no sólo de cuerpos sino de espíritus. Y aún cuando haya un mutuo consentimiento, el lazo íntimo de la relación matrimonial ya se ha visto afectado. Insistimos que no es necesaria la unión de cuerpos para engañar a otro, y aunque el derecho no puede castigar los pensamientos, desde la imaginación se puede resquebrajar (naturalmente, aunque no jurídicamente) esa unión libre, eterna y exclusiva que se llama matrimonio. En este caso el asunto es más delicado que un simple pensamiento, ya que el hijo que nazca, efectivamente será hijo de una persona diferente al marido.

“La participación de un tercero (donante) en la procreación de mujer casada en ningún caso puede obtener tutela legal ni financiación con fondos públicos. Aquí ya hay alteridad y consiguiente implicación en el orden jurídico (...). Se está jugando con la institución familiar, la paz social, la moralidad pública y el interés del hijo y el valor educador -o deseducador- de las leyes”.<sup>107</sup>

La otra consecuencia, la relativa a la identidad del donante, será tratada en el siguiente punto de este capítulo.

---

<sup>107</sup> MIER Y TERAN, *op. cit.*, pp. 369 y 370.

### **3. El principio de prevalencia de la verdad biológica**

Como hemos visto, el Derecho contempla diversas figuras jurídicas para la protección de las prerrogativas del ser humano; tenemos una figura llamada matrimonio para la unión entre el varón y la mujer, unión natural que debe ser reconocida por el Estado. De igual manera, existe otra figura llamada filiación para reconocer un vínculo de parentesco entre los padres y los hijos, o bien la nacida de la adopción.

Como en los temas anteriores, es necesario tomar datos de la naturaleza para darle fundamento sólido a los ordenamientos legales, así evitaremos tener una serie de ordenamientos aislados sin una aplicación práctica, real y sobre todo justa.

“La filiación es una situación jurídica que se deriva del hecho natural de la procreación. No coincide, y en ocasiones es hasta deseable que no coincida, la filiación biológica con la filiación jurídica; conforme a la primera, todo ser humano tiene padre y madre, aunque no sepa quienes son. La filiación biológica puede definirse como el vínculo que liga al generado con sus generantes y tiene importantes manifestaciones en los caracteres hereditarios. Para el Derecho la filiación es más bien el vínculo o relación jurídica que existe entre dos personas a las cuales la ley atribuye el carácter de procreante y procreado”.<sup>108</sup>

En este sentido, trasladando esta figura jurídica al tema que nos ocupa, la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, un niño nacido por

---

<sup>108</sup> PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *La familia en el Derecho Civil mexicano*, México, 1985, p. 172.

inseminación artificial dentro de un matrimonio, pero con semen de un donante, tiene dos padres distintos: un padre biológico que es aquella persona que ha donado su semen y que se desconoce quien es por el “debido” anonimato del que gozan los donantes, y un padre legal, que es aquella persona que está casado con la madre aunque no haya tenido nada que ver con la fecundación.

Por otro lado tenemos un principio jurídico que desde la antigüedad se ha tomado como ley inmutable y que hoy ponemos en duda: *mater semper certa est*. En efecto, en la legislación se dan ciertas reglas para determinar la paternidad de un niño, pero no se pone en duda la maternidad, es madre la que da a luz. Con estos “avances” tecnológicos, es posible que la madre que da a luz sea diferente a la madre que dio el gameto para ser inseminado (recuérdese el caso de la maternidad subrogada que se explicó en el capítulo anterior).

El tema de la filiación se tratará a profundidad más adelante, por ahora nos basta con establecer estos ejemplos que nos hacen reflexionar sobre las figuras jurídicas existentes y nos plantean el problema de establecer a quién se le debe establecer la verdadera paternidad o maternidad: a los padres biológicos o a los padres legales. Además, queda en duda si debemos modificar esas figuras jurídicas por una serie de personas que no actúan conforme a ese derecho. Es cierto que el Derecho debe contemplar los cambios sociales y regularlos, pero también es cierto que se debe atender a la justicia y no legislar injusticias.

Fosar Benlloch “ha considerado -con razón- que es imprescindible relativizar antropológicamente los postulados hasta ahora considerados

absolutos y válidos para todos los tiempos tales como los conceptos de procreación, parentesco, familia, matrimonio, etc., si se quiere avanzar en el previsible laberinto -también jurídico- que las técnicas de que venimos hablando nos plantean”.<sup>109</sup>

El problema se plantea solamente con la aparición del donante en la procreación; en caso de la IAM no existe tal duda, ya que si bien es cierto que hay una inseminación artificial, los dos gametos vienen de las mismas personas que están legalmente casadas, por lo que el parentesco queda claro.

“El Informe de la Comisión Parlamentaria llega a contemplar a este respecto la existencia de las siguientes clases de participación o vinculación en una misma relación paterno-filial: maternidad biológica plena o no plena (y ésta, genética y de gestación), afectiva o educacional, de deseo y legal; y paternidad biológica (siempre genética), educacional, de deseo, de adopción y legal. La Comisión estimó que debía considerarse hijo legal al nacido en el seno de una pareja estable receptora de gametos donantes. En consecuencia, la Recomendación 100 estima que deberá regularse que el matrimonio o la pareja estable a cuya mujer se realice una IAD o una FIV con semen, óvulos o embriones de donante serán los padres legales del o de los hijos que nazcan; y la 101 que el marido o varón a cuya mujer se ha realizado sin que él haya dado su consentimiento podrá renunciar al hijo así nacido, que será registrado como sin padre”.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 385.

<sup>110</sup> *Idem*, pp. 388 y 389.

¡Vaya paradoja!, un niño que tiene dos padres será registrado como sin padre.

En cuanto a la posibilidad de conocer la identidad del padre biológico, la Ley de Técnicas sobre Reproducción Asistida,<sup>111</sup> dice que la donación de gametos será “un contrato gratuito, formal y secreto”. ‘La donación será anónima’ y los ‘hijos nacidos tienen derecho (...) a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad’, salvo ‘excepcionalmente en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo’ y en ‘tales casos se estará a lo dispuesto en el artículo 8o., apartado 3’ que a su vez establece que ‘la revelación de la identidad del donante en los supuestos que proceda (...) no implicarán en ningún caso, determinación legal de la filiación’. El artículo 8o. establece que ‘ni el marido ni la mujer cuando hayan prestado su consentimiento, previo y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación’.<sup>112</sup>

Ya veíamos que si la figura de la filiación nace de una natural relación de parentesco genético, consideramos que el niño tiene todo el derecho de conocer la identidad de sus padres biológicos en cualquier momento, no sólo en “circunstancias excepcionales”. Esto, queremos aclarar, no tiene que ver en este momento con la reclamación de la paternidad y sus consecuentes derechos, ese tema será abordado más adelante.

---

<sup>111</sup> Recuérdese que tomamos esta ley española de ejemplo a falta de legislación en México, aparte de ser la ley más completa (no justa) en esta materia.

<sup>112</sup> Cit. por MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 390.

En España, se ha desatado una fuerte polémica por este artículo de la Ley TRA, ya que según el artículo 39.2 de la Constitución española la Ley posibilitará la investigación de la paternidad. Negarle este derecho al niño por el hecho de haber nacido con gametos de un donador, y darle la posibilidad a quien nazca por vías naturales, es discriminatorio por causa del nacimiento, lo que contradice una gran cantidad de leyes y tratados internacionales de los que hablamos cuando se trató el punto del derecho a la vida.

En conclusión, la legislación reconoce como derecho la investigación de la paternidad, pero lo que sí es un hecho es que esos legisladores de la Constitución y Código Civil españoles, tienen en mente una paternidad natural; en el tiempo de esas legislaciones no se conocían estos problemas causados por la donación de gametos, por lo que resulta evidente que se está hablando de medios naturales de concepción. La reclamación de la paternidad que se hace, pues, para que una mujer reclame al padre del niño que no se quiere hacer responsable de la concepción o para que el marido burlado haga lo propio. Insistimos que no se habla ahora de los derecho y obligaciones nacidos de la filiación, sino de conocer la identidad del padre *natural*. Una cosa es “la generación (mediante relación sexual o no) que no deja de ser tal por extracorpórea que sea, y otra el vínculo jurídico que el Derecho haya de instrumentar atendiendo a otras consideraciones, pero que, en modo alguno, modifican la autoría de los generantes y, por ende, la precedencia del generado”.<sup>113</sup>

---

<sup>113</sup> *Idem*, p. 397.

En México no existe tal legislación, pero de existir estaría contravinimiento el artículo 347 del Código Civil que dice: “La acción que compete al hijo para reclamar su estado es imprescriptible para él y sus descendientes”. Y dada la reglamentación como actualmente se encuentra y el espíritu de la misma, la posibilidad de reclamar su estado está haciendo referencia a una paternidad biológica.

Haremos ahora, siguiendo a Salvador Mier y Terán, un breve estudio de las derivaciones que nacen de la inseminación artificial por gametos de donantes.

Ya hemos dado al inicio de este punto la definición que los estudiosos hacen de la filiación, “su objeto no es una creación técnica -en el sí ni en el cómo- del Ordenamiento Jurídico, sino un esfuerzo, siempre insuficiente, de éste para regular, en orden a su fin específico, una realidad que le viene dada; una realidad natural, en este caso biológica, y que, por lo mismo, no se agota en su consideración jurídica. (...) Se caracteriza la filiación por lo delicado y oscuro de sus problemas y por su considerable importancia. Tiene una evidente trascendencia moral y patrimonial, para la persona y para la familia”.<sup>114</sup>

También es preciso aclarar que como dice Pacheco,<sup>115</sup> No coincide, y en ocasiones es hasta deseable que no coincida, la filiación biológica con la filiación jurídica; piénsese en el caso de la violación, pero no significa que se deba quitar de tajo una realidad natural para suplirla con una ficción jurídica que es la filiación legal. Independientemente

---

<sup>114</sup> MIER Y TERAN, *op. cit.*, pp. 395 y 396.

<sup>115</sup> *Ibid* cita 51.

de quién sea el padre, y cómo haya sido la concepción, todo ser humano tiene un padre y una madre naturales o biológicos (que son los procreantes), y puede tener o no tener un padre y una madre legales (que serán quienes tengan los derechos y las obligaciones que se desprendan de la filiación legal).

Lo verdaderamente importante de todo esto, es que debe quedar a salvo: la posibilidad del niño de conocer la identidad de su padre, la protección de sus derechos y, por lo mismo, imputarle al padre irresponsable el cumplimiento de las obligaciones nacidas de su actuación, ya sea por un acto de procreación natural, o por la donación del espermatozoide. Delgado Echeverría dice que la “responsabilidad por lo actos socialmente relevantes” que conducen al nacimiento de un nuevo ser no ha de plantearse sólo en relación con la mujer que dará a luz, sino preferentemente, en relación con la criatura que nacerá; no basta con que el dador de semen pueda decir; ‘yo no le he hecho un hijo a nadie’ (a ninguna mujer), cuando no hay duda de que ha contribuido poderosamente a que una criatura nazca. El dador de semen no puede ignorar que la finalidad del acto, encuadrado en las actividades de una organización a ello dedicada, es fecundar y traer al mundo un nuevo ser humano, aunque él acepte ignorar qué mujer pondrá los gametos femeninos”.<sup>116</sup>

Así, independientemente de la intención del donador de semen de crear un vínculo jurídico entre él y la nueva criatura, debe responder

---

<sup>116</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. El determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde*, ponencia presentada ante el II Congreso mundial Vasco sobre Filiación, T. I, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, pp. 16 y ss. Cit por *Idem*, p. 402.

de sus actos al dar los elementos propios para la generación de esa vida, ya que aunque no haya una voluntariedad en el vínculo jurídico, sí hay una voluntariedad en el acto de la donación, lo que lleva implícita la responsabilidad. Existen infinidad de personas que por vías naturales conciben a un nuevo ser sin tener la intención de hacerlo, y menos aún de crear una relación jurídica, mas sin embargo, se deben al niño todos los medios para su desarrollo. No encontramos diferencia en la voluntariedad de concebir de una pareja casada que no quiere tener hijos, y la del dador de semen. El caso es el mismo, se están poniendo los elementos propios para engendrar, y el niño nacido, insistimos, requiere de cuidado aún cuando no se haya deseado.

“Lo que ocurre es que por distintas consideraciones (...), la ley puede atribuir a otras personas, aunque no sean generantes, la patria potestad, apellido, parentesco y derechos de alimentos y sucesorios. Pero ello no constituye novedad alguna (...), pues sucede lo mismo en la adopción, cuyo régimen legal es compatible con la investigación y establecimiento -en determinadas circunstancias- de la paternidad”.<sup>117</sup>

Por otro lado, repetimos, independientemente de la voluntariedad y responsabilidad del donante, se tiene que atender al interés y protección del niño, quien tiene todo el derecho a conocer la situación de su nacimiento. Hay quienes como Zanoni se van por una solución intermedia: “ni el anonimato impuesto a ultranza, ni la obligación legal de informar al hijo acerca de los datos del donante y la forma de su concepción”.<sup>118</sup> Sin embargo, dice Salvador Mier y Terán “¿en

<sup>117</sup> MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 409.

<sup>118</sup> Cit por *Idem*, p. 411.

aras a qué, o interés de quién, podría negarse al hijo tal derecho a conocer su verdadero origen? Con dos personas puede entrar en conflicto el interés y derecho de hijo. De un lado, con el (los) padre(s) jurídico(s) a quien(es) pudiera molestar que el hijo conzca su imposibilidad o ineptitud para darle vida de forma normal y natural. Por otro lado, el donante de gameto temeroso de que el hijo pudiera reclamarle algo, o a quienes pudiera molestar que se sepa, o que, ese ser sepa, su participación y que él y el que es origen y causa de la herencia biológica de éste. Pero en ambos casos, como en todo conflicto de intereses jurídicos, debe ceder el menos ante el más valioso. Y parece bastante clara la superioridad del interés del hijo respecto del de sus padres, y respecto del que pudiera invocar el donante.”<sup>119</sup>

Terminamos el estudio del presente capítulo, recordando que ante todo, el Derecho debe buscar, conforme a la naturaleza, la protección del más débil, que como hasta ahora hemos visto es el niño nacido por estas técnicas. Recordemos que la vida es el primero y principal de los derechos humanos, sin respeto a la vida -o al inicio de ella-, de nada sirve hablar de otros derechos inherentes al ser humano.

La familia, institución natural y social por excelencia, también debe tener una protección mayor, es imprescindible tener una familia fortalecida para tener una sociedad con valores firmes y que conduzcan al progreso; nuevamente decimos que por sus características de permanencia y estabilidad, el matrimonio es el único medio -garantizador de desarrollo-, de fundar una familia.

---

<sup>119</sup> *Idem*, p. 413.

Por último, la filiación se deduce de un hecho natural de procreación y el niño tiene derecho a conocer de donde viene.

Como observamos claramente, todos estos datos fundamentales, vienen derivados de un hecho natural, por lo que la legislación que no los reconozca como tales, será altamente injusta, contradiciendo, como se indicó, el fin principal del Derecho.

En el siguiente capítulo se hará un estudio más detallado, a la luz del Derecho civil, del tratamiento jurídico que se debe dar a la donación de gametos y embriones, a la maternidad subrogada y el contrato de subrogación, las implicaciones de filiación y sucesorias en la inseminación artificial *post mortem*, y las relaciones paterno-filiales en el supuesto de la donación de gametos, de lo cual ya dimos un esbozo en este capítulo.

## CAPITULO IV

### LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ARTIFICIAL Y EL DERECHO CIVIL

Encontramos que este tema tiene su principal injerencia en los derechos de la personalidad, en particular del concebido no nacido, y en el derecho de familia. Por tal motivo, aún cuando el tema se presta a grandes discusiones filosóficas, queremos establecer esas prerrogativas según el Derecho Civil vigente.

En este capítulo se estudiará como se deben interpretar los derechos y obligaciones de los involucrados en estas técnicas y algunas figuras jurídicas tales como la donación, el contrato de "alquiler" de úteros, y los efectos de filiación y sucesorios en la Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro* hechas después de la muerte del padre.

Como veremos, todas estas figuras no encuentran una fácil incrustación en la legislación vigente, lo que nos sitúa en la disyuntiva de prohibir el uso de estas técnicas, o de crear una nueva legislación acorde a ellas. Recordamos que el Derecho debe regular los acontecimientos sociales y el avance de la sociedad, so pena de convertirse en un derecho obsoleto e inaplicable, pero también debemos recordar que el Derecho debe buscar la consecución de la justicia y el orden para el bien común, no para bienes particulares que en mucho se alejan de la justicia y atiendan a razones sentimentales.

Con estas premisas, iniciamos el estudio de la donación de gametos del que ya hemos hecho algunas referencias en el capítulo anterior.

Antes de iniciar propiamente lo relativo a la donación de los gametos, hemos de establecer nuevamente que estas técnicas nacieron como una cura de la esterilidad, que, como ya hemos visto no curan nada, sino que más bien la sustituyen. Tal es el caso de la donación de gametos: no por recibir gametos de una persona ajena al matrimonio o pareja estable, se va a curar la esterilidad del marido o compañero, más aún en el caso de la mujer sola.

Como vemos, el hombre se degenera a gran velocidad y abre posibilidades que de suyo son inmorales e injustas, y que no resuelven el problema. En estas técnicas, lo que nació como una inseminación artificial dentro de un matrimonio debidamente establecido, para salvar un problema físico en la mujer que impedía la llegada de los espermatozoides al óvulo, se ha convertido en una grave permisividad que daña a todos, al grado de cuestionarse si las mujeres solas e incluso las parejas homosexuales deben tener derecho a los hijos por medio de estas técnicas.

Poco ha importado lo que el niño hubiera deseado o lo que más conviene para su mejor desarrollo, a continuación presentamos un testimonio que ejemplifica claramente el golpe psicológico que puede causar en el niño así concebido.

Margaret R. Brown, norteamericana de 19 años, estudiante de biología, expresa su perplejidad después de saber que fue engendrada por inseminación artificial:

“Tengo un sueño recurrente: me veo flotando en medio de la obscuridad mientras giro cada vez más deprisa en una región sin

nombre, fuera del tiempo, casi no terrenal. Me angustio y quiero poner los pies en el suelo. Pero no hay nada sobre lo que plantar los pies. Ésta es mi pesadilla: soy una persona engendrada por inseminación artificial con espermatozoides de donante, nunca conoceré la mitad de mi identidad. Siento rabia y confusión y se me plantean miles de preguntas. ¿De quién son los ojos que tengo? ¿A qué tanto secreto? ¿Quién metió en la cabeza a mi familia la idea de que mis raíces biológicas no importaban? No se puede negar a nadie el derecho de conocer sus orígenes biológicos.

“Empezando con la selección del donante de espermatozoides, todo se basa en el engaño. Se busca un donante que coincida lo más posible -desde el color del pelo y de los ojos a las preferencias musicales y religiosas- con la madre, o también con el marido, si está casada. Normalmente se realizan varias inseminaciones: una especie de lotería de la fecundación, a menudo con un donante distinto cada vez, de modo que es prácticamente imposible determinar quién es exactamente el padre biológico. En muchos casos, después de la donación se eliminan los registros (aunque creo que hay unos pocos bancos de espermatozoides que permiten conocer la identidad de los donantes). Se sugiere a las parejas que no digan a nadie que van a recurrir a la inseminación artificial. Algunos médicos les aconsejan que mientan, que digan que el tratamiento contra la infertilidad del marido ha tenido éxito. Así, los amigos y familiares creen que el niño es fruto natural de la mujer y el marido.

“Hasta hace poco me enteré que mi padre en realidad no es mi padre. Mis padres se divorciaron cuando yo tenía 7 años, y he tenido muy poco contacto con mi padre desde entonces. Hace dos años, a los 16,

cuando expresé mi deseo de volver a verle, mi madre decidió contarme que ‘papá’ no era mi padre y que la mitad de mí correspondiente a mi padre procedía de una probeta. Como no quedan registros la mitad de mi herencia ha sido borrada. Nunca sabré de quién he heredado los ojos. En vano he buscado álbumes de fotos familiares.

“La noticia ha afectado a mi sentido de identidad. ‘¿Quién soy?’ es una pregunta difícil de contestar para alguien que ignora de dónde viene. Me gustaría tener el consuelo de saber a quién me parezco. Es sorprendente cómo se puede perder el sentido de identidad cuando nadie te ha dicho nunca: ‘Eres igual que tu madre cuando era joven’. Supongo que soy igual que el donante.

“(…) Además de preguntarme quién soy y de dónde vengo, desde que se descubrió el secreto tengo una dificultad mayor: la confianza. Me he preguntado si no habrá otros secretos que desconozco. No debería dudar de mi madre. Pero me he sorprendido preguntándome si me había dicho toda la verdad. ¿Cómo puedo estar segura de que hubo un donante, como ella dice?

“Los defensores de la fecundación artificial alegan que en la paternidad la biología es irrelevante: el amor y la atención que el niño recibe es lo único que importa. Comprendo que una pareja desee tener un hijo y no niego que sean capaces de ofrecerle mucho amor y atención, con independencia de cómo se produzca la concepción. Pero en un mundo donde la historia es una asignatura obligatoria y las bibliotecas contienen secciones dedicadas a la genealogía, no entiendo cómo alguien puede privar conscientemente a otro de algo tan básico y esencial como su herencia. (…)

“Lo más asombroso, a la vista de la importancia que da la sociedad actual a los derechos de los niños es que en la inseminación artificial se actúa en interés de la intimidad de los padres y del médico, en vez de en interés del niño. (...) Parece que nadie pensó que quizá yo querría conocer la otra mitad de mi constitución genética. Pero un hijo no es una mercancía ni una propiedad: es una persona que tiene sus propios derechos”.<sup>120</sup>

### **1. La donación de gametos**

Iniciaremos el estudio de este punto, dando una breve explicación del tratamiento jurídico que se le debe dar a los gametos, para descubrir si son susceptibles de ser donados como se dona una córnea o un riñón.

En efecto, muchas personas buscan encontrar la justificación de donar gametos en la posibilidad de donar órganos, pero aquí mismo, en la propia palabra encontramos la primera diferencia: una cosa son los órganos (como “entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño del mismo trabajo fisiológico”<sup>121</sup> que para nosotros, en el caso de la donación es la *conservación de una vida existente*), y otra los gametos o células germinales (como “las células reproductoras masculinas y femeninas

---

<sup>120</sup> Tomado de ACEPRENSA, Servicio 51/94, No. 13, del 13 de abril de 1994, pp. 1 y 2.

<sup>121</sup> Artículo 314 fracción VIII de la Ley General de Salud.

capaces de dar origen a un embrión”,<sup>122</sup> o sea para la *generación de una nueva vida* no existente).

De la misma manera se encuentra la diferencia entre los gametos (células) y los embriones (seres humanos), misma que ya se explicó en el capítulo II.

Para facilitar este estudio se analizará el tema bajo cuatro distintos puntos de vista:

- 1.1. En cuanto a la naturaleza jurídica de los gametos;
- 1.2. En cuanto al “contrato de donación” de gametos;
- 1.3. En cuanto al dador de gametos y
- 1.4. En cuanto al receptor de los gametos.

### *1.1. En cuanto a la naturaleza jurídica de los gametos*

En cuanto a la naturaleza jurídica de los gametos, queda entendido que por sus características y función específica, es difícil su clasificación, pero una primera aproximación parece decirnos que son cosas. De aceptar esto, debemos establecer si están dentro o fuera del comercio, según su naturaleza o por disposición de ley, para determinar si son susceptibles de disposición o no. Como vemos en primera instancia, son cosas que ciertamente existen en la naturaleza y son determinadas en cuanto a su especie, sin embargo, trataremos de demostrar, que no

---

<sup>122</sup> *Idem*, fracción III.

se encuentran dentro del comercio, por lo que no deben ser objeto de disposición ni contratación.

Para la mayoría de los doctrinarios, los gametos no están dentro del comercio, y en caso de permitir una circulación sería “restringida, gratuita, limitada y controlada; y que pueden ser objeto de negocios jurídicos, o estar en el comercio, no como *res vanales*, sino como elementos utilizables para ciertos fines cuya bondad se ha establecido de antemano. Y es precisamente esta ‘bondad’ la que en coherencia con los principios informadores no podemos admitir por contradictoria a la dignidad humana y por ofensiva a la institución familiar”.<sup>123</sup>

Salvador Mier y Terán, por su parte concluye que “sea como fuere, estoy de acuerdo con aquéllos que afirman que los gametos no son cosas, y entiendo que esta postura es conciliable con la de CASTAN, quien afirma que no está admitido el derecho de disposición del propio cuerpo y que éste queda fuera del comercio de los hombres. Y si se admite un derecho sobre el propio cuerpo como manifestación del *ius in se ipsum*, estará sujeto a las limitaciones del orden público entre los que figura la donación de semen.

“Por nuestra parte consideramos que los gametos son, sencillamente, gametos y que no cabe -por su propia naturaleza fecundante- ubicarlos en categorías patrimoniales o en el derecho de cosas, no homologarlos a los supuestos de donación de sangre y órganos, a menos que se hagan interpretaciones sumamente forzadas. En todo caso, el debate sobre su naturaleza jurídica nos resulta bizantino: razones de orden

---

<sup>123</sup> Cfr. MIER Y TERAN, Salvador, *El Régimen jurídico de la llamada reproducción asistida*, tesis doctoral presentada en Pamplona, España, 1989, pp. 472 y 473.

público desaconsejan su tráfico -al menos con fines reproductivos- y lo inhabilitan para hacer objeto de un contrato pues tienen causa ilícita, hieren a la moral y a las buenas costumbres y están viciados de nulidad... »<sup>124</sup>

Aubert da una solución bastante clara de la naturaleza jurídica de los gametos en comparación con los órganos: “la figura del donador de espermia no es equiparable a la del donador de riñón o de la córnea y, por consiguiente, (...) los bancos de espermia no son equiparables a los bancos donde se conservan órganos vitales para ser trasplantados. En primer lugar el trasplante de un órgano vital es necesario en ciertos casos para salvar la vida de una persona humana (o para mejorar considerablemente su calidad de vida). Al margen de los problemas que en ciertas circunstancias puedan plantearse, es indudable que constituye una intervención verdaderamente terapéutica. No puede decirse lo mismo de la IAD o de la FIV heteróloga. En estos dos últimos supuestos se trata de satisfacer un deseo, una demanda, cuya racionalidad y humanidad deberían discutirse detenidamente. En todo caso, se concederá al menos que en esos supuestos no se da una necesidad vital grave y urgente para la existencia personal. Se da a lo más una necesidad psicológica -no siempre psicológicamente normal y equilibrada-, que también podría resolverse a través de la adopción. Pero fundamentalmente se debe notar que un órgano vital (como el riñón) no es en sí mismo comparable al espermia. El órgano vital es una parte del ‘soma’ del organismo viviente individual, cuyo funcionamiento es indispensable para la vida humana. La función de la célula espermática no es mantener la vida de quien la recibe, sino la

---

<sup>124</sup> Idem, pp. 475 y 476.

creación de una nueva vida humana. Con su patrimonio genético esa célula es expresión de una personalidad y de una historia, de una genealogía que escapa al dominio del individuo que la recibe en su organismo. Estructuralmente y funcionalmente no son casos equiparables. La diferencia se aprecia intuitivamente atendiendo al modo como es vivida por el hombre. ¿Por qué en la donación de esperma la exigencia del anonimato tiene una urgencia y unas características que no existen en los demás casos? ¿Por qué el conocimiento de la identidad del donador pasa de generar un imborrable sentimiento de gratuidad a provocar -en los padres y en los hijos- traumas psicológicos difíciles de reparar, que incluso pueden arruinar el matrimonio cuyo equilibrio se quería asegurar?"<sup>125</sup>

También se debe recalcar, que en el caso de la donación de órganos, se está hablando de una parte del cuerpo no regenerable o de muy difícil regeneración, si no fuera así, no sería tan apremiante la necesidad de una donación; en el caso de los gametos no se puede hablar de la necesidad de la *regeneración* de los mismos para mantener la vida. En todo caso, en el caso de que hubiera matrimonio y alguno de los esposos no pudiera dar sus gametos para fecundar, se estaría hablando de *sustitución* de células generativas, pero no de regeneración para mantener la vida o un nivel mejor de la misma.

Con respecto a la analogía que se presente con la donación ya no de órganos sino de sangre, Vidal Martínez opina que "la puesta en tráfico de estos elementos (genéticos) podría -considerada únicamente la

---

<sup>125</sup> AUBERT, J.M., "L'insémination artificielle devant la conscience chérétienne", en *Revue des Sciences Religieuses*, 55/4, 1981, pp. 253-263, cit. por *Idem*, pp. 477-479.

materialidad de los mismos- regirse analógicamente por una normativa tal, como la que se dicta en materia de hemodonación, pero que, en su funcionalidad, tal analogía se desvanece: Las células germinales, semen u ovocitos, contienen un código genético peculiar de cada individuo de la especie humana. De este modo, hay que concluir que la facultad de procrear o de utilizar las fuerzas genéticas es personalísima e intransmisible”.<sup>126</sup>

Evidentemente estamos ante “cosas”, jurídicamente hablando, muy distintas. Con estos comentarios de Aubert y Vidal Martínez nos parece a todas luces que los gametos no pueden ser objeto de disposición, y que no cumplen con los fines terapéuticos que vieron nacer estas técnicas artificiales de concepción.

“Por nuestra parte -dice Mier y Terán- consideramos que para acceder a una calificación jurídica de los gametos, por elemental que sea, se debe atender, sobre todo, a su significado biológico: su capacidad fecundante. Y es por esta que no nos sirven las categorías patrimoniales y sólo de modo **muy reducido** (en tanto no tengan una dirección procreativa) las disposiciones acerca de la extracción y trasplante de órganos. Los gametos no son un factor o instrumento curativo y nunca se constituyen, por tanto, en terapéuticos de nada (a diferencia del plasma, etc). Estas afirmaciones deben servir a los juristas: no se trata de ubicar a los gametos entre categorías patrimoniales, ni resulta del todo clarificadora la diferenciación de aquéllos con otros órganos o tejidos (regenerables o no) del cuerpo

---

<sup>126</sup> VIDAL MARTINEZ, *Las nuevas formas de reproducción humana*, Madrid, 1988, p. 21. cit por *Idem*, p. 485.

humano: son las buenas costumbres, el orden público, y el dato natural -que por cierto es permanente- a los que habría que prestar más atención”.<sup>127</sup>

Ahora bien, la legislación mexicana, en particular el Título Decimocuarto de la Ley General de Salud, nos hace claras diferencias entre los gametos y los órganos, tejidos, plasma y embriones, y además nos deja ver, la nula posibilidad que se tiene de disponer de los gametos.

A continuación haremos la diferencia de los órganos, tejidos y plasma sanguíneo con los gametos, y dejaremos el problema de la disposición para más adelante, cuando hablemos del punto del dador del gameto.

El artículo 314, de la mencionada Ley General de Salud dice:

“Para efectos de este Título, se entiende por:

“I. Disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos: El conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o investigación.”

(...)

“III. Células Germinales: Las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;

(...)

“VII. Tejido: Entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñen una misma función.

---

<sup>127</sup> MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 491.

“VIII. Órgano: Entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño del mismo trabajo fisiológico.”

Por su parte, el artículo 330, dice: “...La sangre será considerada como tejido”.

Nos parece que de la propia letra de la ley, queda completamente clara la diferencia que existe entre las células germinales (o gametos), y los tejido y órganos. Las células germinales son precisamente células, pero no agrupación de ellas que ordenadas desempeñan la misma función (lo que sería el tejido), sino que cada célula germinal (masculina y femenina), actuando completamente solas (es decir un sólo espermatozoide y óvulo), son capaces de crear la vida.

Sería absurdo a este respecto hablar del tejido reproductor masculino o tejido reproductor femenino por la cantidad de espermatozoides que se producen en una eyaculación, se habla únicamente de la célula reproductora masculina o femenina, porque con una sola basta para cumplir la función. Con ello, queda claro que la célula es perfectamente diferenciable del tejido. Con más claridad se diferencia del órgano, el cual es una agrupación de tejidos.

Este mismo título de la Ley General de Salud, habla de la disposición de los tejidos y órganos (se verá después), pero en ningún lado se habla de la disposición de células. De ahí que, según se desprende del artículo 313<sup>128</sup> y de la fracción I del artículo 314, no se puede disponer

---

<sup>128</sup> “Compete a la Secretaría de Salud ejercer el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componenets y cadáveres de seres humanos...”

de células germinales, ya que si la Ley es tan explícita en determinar de lo que se puede disponer, queda claro que de lo que no se indique no se puede disponer.

Con estas anotaciones creemos que queda claro que al no poder disponerse de los gametos, los convierte en cosas fuera del comercio para efectos de contratación por disposición de Ley.

### *1.2. En cuanto al contrato de donación de gametos*

Intimamente relacionado con la naturaleza jurídica de los gametos, se presenta el problema de la calificación de la donación de gametos como contrato jurídico. Nos parece evidente que se han dado elementos de sobra para desechar la idea desde el principio, sin embargo, queremos citar dos artículos del Código Civil mexicano que esclarezcan aún más esta situación.

El artículo 1825 del Código Civil, establece que “la cosa objeto del contrato debe: 1º Existir en la naturaleza; 2º Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3º Estar en el comercio”. El artículo 2332 del mismo ordenamiento dice que la “donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes”.

Ya establecimos que los gametos no pueden ser considerados bienes, y más aún que son cosas que están fuera del comercio por disposición de ley, por lo que al no ser objeto de disposición, no pueden ser objeto

de contrato. A mayor abundamiento, no entran en la definición del contrato de donación.

En efecto, los gametos son gametos y no otra cosa, querer darle una equivalencia para insertarla forzosamente en la legislación es forzar al Derecho a que diga lo que queremos que diga, sin importar, como ya se mencionó, los valores que protege el mismo; nos parece indiscutible que la voluntad de las partes no puede derogar el Derecho, cuando va, como en este caso, contra el orden público y las buenas costumbres y sobre todo contra el dato natural.

Al no existir objeto de contrato, cualquier donación de gametos estaría viciada de inexistencia jurídicamente hablando, por lo que el tratamiento jurídico que se le debe dar al hecho de una inseminación por donante, es que el niño nacido debe ser considerado como hijo del dador del gameto pero no en virtud de un contrato, sino equiparable a una relación de tipo sexual, es padre biológico del niño independientemente del matrimonio en el que interfiera, si es el caso, o de su propia voluntad y la de la madre. “De aquí que, sobre semejantes supuestos e interpretaciones -la permanente metamorfosis que sufre el término **moral** (...)- no acabamos de encontrar el límite de la tolerancia para evitar, convincentemente, que el día de mañana se contrate la transmisión heteróloga de gametos vía copulación -me da igual si gratuita y onerosamente- que también podría justificarse, según entendemos -utilizaré expresiones de la Exposición de Motivos de la Ley TRA-, ‘como alternativa de la esterilidad’, ‘con los ritmos que la sociedad les señale’ según ‘el criterio mayoritario de la población’ y, por supuesto, producidos ‘sin motivaciones interesadas ni presiones ideológicas, confesionales o partidistas, sustentándose

únicamente en una ética de carácter cívico o civil, no exenta de componentes pragmáticos (...) una ética, en definitiva, que responda al sentir de la mayoría (...)”<sup>129</sup>

Nos parece totalmente insulsa y fuera de lugar esta afirmación que hace la Ley TRA acerca de la ética, ya que como vimos en el primer capítulo, los datos naturales son perennes, no modificables por culturas, épocas o corrientes ideológicas. Son datos esenciales y objetivos que en ningún caso son negociables.

Para la Ley TRA, si existe un contrato de donación de gametos; que según el artículo 5o., 1, es un “contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el Centro autorizado”, este contrato “sólo será revocable cuando el donante, por infertilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados” (art. 5o., 2). Para nosotros, este artículo es completamente contrario a Derecho y el contrato creado debe ser considerado como inexistente porque objeto no es disponible, y es contrario no sólo en lo relativo al contrato, sino también en cuanto a la revocabilidad del mismo, de esto se hablará en el punto siguiente.

En cuanto a la gratuidad del contrato, cabe destacar que en un principio, cuando estas técnicas comenzaron, el semen era comprado. Ahora, con esta nueva Ley, se ha hecho hincapié en que sea un contrato gratuito, este asunto es realmente irrelevante como tal, ya que queriendo, como quieren, homologar esta donación a la de tejidos, plasma, etc. Todas éstas son cuestiones “altruistas”, por lo que es

---

<sup>129</sup> *Idem*, pp. 491 y 492.

evidente su gratuidad. Mier y Terán acota: “debo reiterar que el título gratuito de la disposición es un ropaje más para envolver, sin argumentos jurídicos rigurosos, una práctica lesiva al bien común, a la familia y a la persona”.<sup>130</sup>

### *1.3. En cuanto al dador de los gametos*

El artículo 315 de la Ley General de Salud dice que “Se considerará como disponente originario, para efectos de este Título, a la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo”. En el artículo 314, ya citado, establece que:

“Para efectos de este Título, se entiende por:

“I. Disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos: El conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o investigación...”

Nótese, se decía al hablar de la naturaleza jurídica de los gametos, que en este artículo se hace referencia a la disposición de órganos, tejidos y cadáveres, pero en ningún momento se hace referencia a las células

---

<sup>130</sup> *Idem*, p. 504.

germinales que, según la definición que da la propia ley -ver arriba-, no cabe en ninguno de los supuestos de este artículo.<sup>131</sup>

En este sentido se desprende de la ley misma que ni el disponente originario y menos aún alguien más, puede disponer de los gametos, ya que aunque son parte de su cuerpo, no entran la definición de disposición que da la Ley.

Alberto Pacheco al hablar sobre los derecho sobre el cuerpo ajeno dice que “el proveedor de semen no sólo comete un acto necesariamente inmoral, sino también ilícito pues con su acto está permitiendo al menos experimentos de ingeniería genética casi siempre homicidas, o inseminaciones o fecundaciones artificiales, siempre injustas, como se ha visto. Debe por tanto considerarse su acción como un ilícito de carácter penal, pues con pleno consentimiento de su parte está colaborando a una acción injusta.

(...)

“Por tanto: a) Nadie tiene derecho sobre su propio cuerpo para convertirse en proveedor de semen”.<sup>132</sup>

En el mismo sentido “Castán Tobeñas dice que ‘el propio cuerpo es una de las cosas que no están en el comercio de los hombres y, por consiguiente, están excluidas de la contratación por el art. 1271 del

---

<sup>131</sup> Recordemos que no se debe confundir las células germinales con los mal llamados preembriones; ya hemos dicho que son seres humanos, independientemente de que se les llame preembriones, embriones, fetos, etc. Desde el momento de la concepción, hay vida humana.

<sup>132</sup> PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *La persona en el Derecho Civil mexicano*, México, 1985, pp. 95 y 96.

Código Civil',<sup>133</sup> y al referirse al derecho a la disposición de las partes separadas del cuerpo, afirma que su propiedad y comercialidad 'sólo tienen lugar en tanto que la Ley y las buenas costumbres no se opongan' ".<sup>134</sup> y <sup>135</sup>

La propia Ley TRA da las reglas sobre la forma del contrato de donación en cuanto a los sujetos que intervienen, dice que tiene que ser por escrito entre el donante y el Centro autorizado. Aquí, como se ve, se excluye totalmente a quien será el receptor del gameto, porque según la propia Ley, se debe garantizar el secreto del contrato y no se puede revelar la identidad del donante.

Al considerar, veíamos, este contrato como inexistente, poco importa si el gameto fue dado a un centro que a su vez lo utilizó para inseminar a una mujer, o si la fecundación se hizo por medios naturales entre la mujer y el dador del gameto -igual en el caso de los matrimonios o parejas que reciban un gameto femenino-. El asunto es

---

<sup>133</sup> En la legislación mexicana estamos hablando del artículo 1825, ya citado.

<sup>134</sup> Los artículos 1830 y 1831 del Código Civil mexicano dicen: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres", y "El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público no a las buenas costumbres". Para la Ley española efectivamente el gameto está dentro del comercio, por lo que el contrato no podría ser calificado de inexistente como nosotros sostenemos, sin embargo, aún cuando hubiera "cosa objeto del contrato", en México este contrato estaría viciado de nulidad, ya que, además de los artículos aquí citados, el 2225 del Código Civil mexicano dice que "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley". Nos parece que nunca podrá ser convalidable el que se disponga del cuerpo (o parte de él) para contratación, cuando esto va contra el orden público y las buenas costumbres, y más aún contra la justicia, la seguridad jurídica (conocer fehacientemente la identidad del padre), el bien común, etc.

<sup>135</sup> CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, T.I, Vol. II, Madrid, 1984, p. 382. cit por MIER Y TERAN, op. cit., p. 482.

que hubo una inseminación, que nació un nuevo ser humano y que ese ser humano, concebido como se quiera, tiene todo el derecho a conocer la identidad de su padre (o madre) biológicos, y si quiere, de ejercer los derechos paterno-filiales nacidos de ese parentesco natural.

Repetimos que el padre podrá alegar que el donó por cuestiones altruistas y que nunca buscó tener una relación de filiación con el niño nacido, sin embargo, la voluntad de crear esa relación paterno-filial no es determinante para crearla, es una relación que se deriva de la naturaleza por el solo hecho de la procreación natural, y el dador de semen sabe para lo que se utilizará el gameto y tiene una responsabilidad social derivado de sus actos.

Dado lo anterior y considerando la inexistencia de que hablabamos del contrato de donación, es claro que la negativa de la Ley TRA a la revocabilidad de la donación de semen también es contraria a Derecho, nadie puede ser obligado a mantener una injusticia cuando se ha percatado de que se está cometiendo. Independientemente de la injusticia que significa el contrato, todo donador puede revocar su consentimiento si el material genético no ha sido utilizado. Pacheco, hablando del trasplante de órganos y tejidos, dice que “esa disposición puede ser revocada en cualquier momento por el titular, que en la Ley mencionada (Ley General de Salud) se designa como disponente originario, y dicha revocación no produce ninguna responsabilidad en su contra por disposición expresa de la Ley. Por tanto en este caso, por disposición expresa del Derecho Positivo, en ninguna ocasión puede hablarse de daños y perjuicios por incumplimiento de la promesa de trasplante, ni tampoco puede pactarse en ningún acto jurídico, ninguna

responsabilidad para el disponente originario".<sup>136</sup> Este comentario de Pacheco es con respecto a los órganos y tejidos, que ya vimos que no tienen la misma naturaleza que los gametos, sin embargo, si se permite retractarse al disponente originario de la donación comprometida de un órgano vital, necesario para mantener la vida de otro, y que a él no le reporte pérdida grave alguna, con menos razón se puede establecer una obligación del cumplimiento del contrato al donador de semen, ya que esa donación no es necesaria ni urgente para conservar o mejorar la vida del otro a quien se le prometió. Menos aún si a quien se le prometió es un "centro autorizado", con la facultad de utilizarlo en una persona que no ha tratado con el donador. El centro en cuestión no puede hacer efectiva obligatoriamente una donación, ya que es contraria a Derecho.

Comentando ese artículo de la Ley TRA, Moro Almaraz establece que "siempre hemos defendido que la donación de los gametos podría revocarse en todo momento anterior a la realización de la práctica, del mismo modo que la receptora puede volverse atrás en su solicitud de realización de las técnicas, ya que no se trata de una donación de sangre, y el donante puede arrepentirse más tarde al reflexionar sobre las consecuencias reales de su acto".<sup>137</sup>

Volviendo al asunto de la revelación de la identidad del donante, ya veíamos que la Ley TRA garantiza ese secreto, y que sólo podría darse

---

<sup>136</sup> Pacheco habla del artículo 326 de la Ley General de Salud. PACHECO ESCOBEDO, *op. cit.*, pp. 111 y 116.

<sup>137</sup> MORO ALMARAZ, María Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Barcelona, 1988, p. 374., cit. por MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 500.

a conocer en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, pero que ni en ese caso puede ser causa de la determinación legal de la paternidad.

Las legislaciones existentes en esta materia, en particular la sueca y esta ley española (TRA), eran muy claras en este sentido, sin embargo, la ley sueca fue reformada en el sentido de reconocer el derecho que tiene el niño de conocer la identidad de su padre, quitando a los donadores la posibilidad de permanecer en secreto. Antes de que esto sucediera, Ewerlof opinaba que “la nueva legislación sueca sobre inseminación artificial es la primera en el mundo en abordar, con amplitud de enfoque, esta problemática. Subyace el principio de que tener hijos no es un derecho humano incondicionado, y que este tipo de actividades deben ser, por tanto, permitidas sólo a condición de que los niños puedan desarrollarse en condiciones favorables. Se espera que la nueva legislación pueda ayudar a establecer tales condiciones, y que las actividades concernientes a la IAD se lleven a cabo con mayor honestidad y sinceridad que hasta ahora. Tal desarrollo es alentador. El propósito es que los niños nacidos mediante IAD adquieran una plena ‘respetabilidad’ y un *status* o situación comparable, por ejemplo, a la de los hijos adoptivos. En lo concerniente a éstos últimos, Suecia ha abandonado, hace bastante tiempo, la vieja tradición del secreto y de la furtividad. Los investigadores en materia de adopción han podido apreciar que los niños adoptados son más felices de esta manera”.<sup>138</sup>

---

<sup>138</sup> EWERLOF, G., *Swedish legislation on artificial insemination*, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T.I., Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987. cit por *Idem*, pp. 510 y 511.

Es evidente que este comentario en mucho se dispara de los, en ocasiones apasionados, de la doctrina española. En este comentario, y en la posterior reforma a la Ley sueca, se observa esa intención que hemos querido hacer patente en este trabajo de que se debe atender a los intereses del niño y que el Derecho tiene como fin lograr la justicia y proteger al más débil.

Reiteramos que la mejor manera de defenderlo es eliminando de raíz el uso de estas técnicas por todos los argumentos ya establecidos y en particular por lo considerado en el tercer capítulo. Pero de cualquier forma, ya que existen legislaciones vigentes que las contemplan, tampoco podemos cerrar los ojos a esa realidad; dentro de lo malo que hay, este es un punto rescatable para considerarse por las demás legislaciones y en particular para futuras legislaciones que -Dios no lo quiera- pudieran surgir en esta materia.

#### *1.4. En cuanto al receptor de los gametos*

Siguiendo la misma línea del capítulo anterior, vemos que la posibilidad de recibir gametos por cualquier persona es contraria al desarrollo psicológico del *concepturus*, una persona adquiere las máximas posibilidades de desarrollo dentro de un matrimonio y una familia fundada en él, por la seguridad y estabilidad que da esta unión.

Nos parece, por este simple razonamiento, que ni las llamadas parejas estables, las mujeres solas, ni mucho menos las parejas homosexuales, deben acceder a esta posibilidad de recibir gametos, ya que no garantizan los medios para lograr el correcto desarrollo del niño según

el comentario de Ewerlof y la intención de darle al nuevo ser el *status* y respetabilidad de un niño adoptado.

El informe Palacios, da la posibilidad a las parejas estables, puesto que, como hemos visto, la equipara al matrimonio. “Desde una perspectiva ética se ha defendido en la Comisión que la pareja estable debería ser el ámbito necesario en el que se realicen estas técnicas de procreación, no porque se haga una defensa a ultranza de la familia y del matrimonio; sino pensando en que los hijos que van a nacer, que deberían de ser engendrados en el sentido humano más amplio posible, es decir, en *la pareja heterosexual estable(...)*”. “Hay en definitiva, una coincidencia en identificar la pareja matrimonial con la *pareja estable* a estos efectos, y en no admitir su aplicación en otro tipo de uniones, excepto cuando se produzcan valoraciones especiales y positivas de las circunstancias que en ellas concurren. De todos modos, se ha tenido en cuenta las *dificultades para definir lo que es una pareja estable*, cómo se entiende esa estabilidad, y la importancia jurídica de sus implicaciones. No faltan quienes entienden que puede ser peligrosa la equiparación de la familia legal con la familia de hecho, entendiendo que las razones podrían llegar a ser tan flexibles y poco objetivas que pudieran llevar a la aceptación como estables a las relaciones sexuales promiscuas, las de homosexuales, las poligamias o las poliandrias.”<sup>139</sup>

Sólo estamos de acuerdo con el informe Palacios en el peligro de la determinación de la “estabilidad” de la pareja que vive al margen de la ley. Así, consideramos que sólo los matrimonios legalmente

---

<sup>139</sup> Informe Palacios, *op. cit.*, p. 162, cit. por *Idem*, pp. 514 y 515.

constituidos (heterosexuales), por sus propias características que no se presentan en las demás uniones de hecho, deben ser considerados para acceder a esta técnica de procreación, que como también hemos dicho, se sustituye de una manera más justa con la adopción, ya que, repetimos, es mejor hacerse cargo de un niño nacido y desamparado, que traer, con las mencionadas injusticias que ello implica, a nuevos niños.

No queremos extendernos demasiado en este punto, ya que consideramos, dados los puntos anteriores, que no se debe permitir en ningún caso la donación de gametos, sin embargo diremos que la Proposición de ley TRA contempla la posibilidad de que la mujer sola también acceda a esta técnica si sufre de una esterilidad irreversible, en cuyo caso se hará con cargo al erario público y la no estéril podrá hacerlo con gastos a su cargo; debe asimismo garantizar que “pueda mantener y educar dignamente a la posible descendencia, facilitándole el adecuado ambiente de bienestar y evitando que los así nacidos puedan ser vejados o discriminados socialmente por causas estensibles y notorias con ella relacionadas”.<sup>140</sup> El niño así nacido deberá ser registrado como sin padre.

En el texto de la Ley TRA vigente, se establece en el artículo 6o. que:

“1. Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener 18 años al menos y plena capacidad de obrar.

---

<sup>140</sup> Cfr. MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 519.

(...)

3. Si estuviere casada, se precisará además el consentimiento del marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”.<sup>141</sup>

Nos parece, como dice Sancho Rebullida, que la Ley protege a las madres solteras, pero no a las solteras para que sean madres. Si una mujer, queriendo o no queriendo, llegara a quedar embarazada en un acto natural, se debe tratar de proteger a la madre y al criatura, pero eso es muy distinto a abrir las puertas para que cualquier mujer, por medio de métodos artificiales, se pueda embarazar, y más aún la posibilidad de que el propio Estado tenga que proteger y garantizar ese embarazo que no es accidental; y consideramos que el sentido de la protección de las madres solteras, es garantizar de alguna manera que el niño no se vea afectado por el “accidente” de su madre, mas no propiciar que haya nuevos nacimientos en estas condiciones.

Como vemos la Ley es todavía más permisiva que la propuesta de Ley y que el mismo Informe Palacios; nos parece una aberración jurídica, lesiva de todo derecho del niño en aras de un “derecho” de la pareja o mujer sola que en realidad no existe.

En este momento nos parece oportuno puntualizar por qué no existe este pretendido “derecho a tener hijos”. Mucho se ha dicho sobre la tristeza que representa querer formar una familia y la desgracia de no

---

<sup>141</sup> *Idem*, pp. 528 y 529.

poder hacerlo. Con este antecedente, matrimonios, parejas estables e incluso parejas homosexuales y mujeres solas solicitan acceder a las técnicas “terapéuticas” de concepción artificial esgrimiendo ese derecho a tener hijos. Al respecto debemos decir que, si bien es cierto que el hombre naturalmente puede tener la posibilidad de unirse en matrimonio o permanecer célibe, e incluso tiene derecho por el matrimonio a tener los actos propios para engendrar, eso no implica que pueda o no tener hijos.

Viladrich dice que el hombre “posee de modo innato un derecho a casarse, esto es, a fundar una unión conyugal. Este derecho, que los clásicos llamaron *ius conubii*, es una exigencia de justicia que la misma naturaleza humana fundamenta. De ahí que sea un derecho humano fundamental, cuya existencia es previa al Estado, y que ningún poder puede ignorar, despreciar o restringir arbitrariamente”.<sup>142</sup>

También es cierto que de la propia unión conyugal, como institución natural que ya se ha estudiado en el capítulo anterior, se desprende que se pueden hacer los actos propios para engendrar. “Recordando una vez más los fines matrimoniales, los primarios son la procreación y educación de los hijos; si la procreación se logra naturalmente mediante el acto sexual entre hombre y mujer, es necesario que el matrimonio otorgue un derecho a cada uno de los conyuges sobre el cuerpo del otro para engendrar. Es éste efectivamente un *derecho al cuerpo*; aunque la expresión pueda parecer demasiado cruda, no puede sintetizarse mejor que en ésa frase. (...) Como indicamos

---

<sup>142</sup> VILADRICH, Pedro Juan, *Agonia del matrimonio legal*, Pamplona, 1984, p. 178.

anteriormente, es un derecho recíproco y bilateral, o sea que ambos cónyuges son acreedores y deudores al mismo tiempo.”<sup>143</sup>

Este derecho también es anterior al Estado y éste no puede limitarlo ni restringirlo, al respecto, recordemos el artículo 4o. de la Constitución de nuestro país que dice: “(...) Toda persona tiene derecho a decidir, de manera libre, responsable e informada, sobre el número y espaciamiento de sus hijos”. Consideramos que hay una sutileza del lenguaje en esta redacción, la Constitución lo que pretende es poner una prohibición a la posibilidad de interferir en el número de hijos que cada quien quiera tener; sin embargo, ni el Estado, ni nadie puede garantizar que cada quien tenga los hijos que quiera tener. Lo que debe hacer el Estado y el Derecho es poner los medios adecuados para lograr el desarrollo de la libertad sexual dentro del matrimonio, es decir, los actos propios para engendrar.

De aquí que, dentro del matrimonio no puede haber un derecho de un cónyuge hacia el otro para tener hijos, si toda persona es libre del número y espaciamiento de los hijos, se entiende que todo matrimonio lo es de igual forma, y por tanto, en ninguna manera se puede obligar al cónyuge a *tener* hijos.

“Sin embargo, no vemos que de ahí se derive un derecho a tener hijos pues si bien es verdad ‘que la generación sea consecuencia **natural o habitual** del matrimonio, no implica una necesaria relación causa-efecto, productora de un derecho de contraer matrimonio; son cosas que, aunque relacionadas, permanecen perfecta y obligadamente

---

<sup>143</sup> PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *La familia en el Derecho Civil mexicano*, México, 1985, p. 84.

separables'.<sup>144</sup> (...) Pues bien, es el débito un efecto notabilísimo del matrimonio y productor de ciertas obligaciones que recaen sobre los mismos cuerpos y personas de los esposos. Consiste en que el esposo (*él* y no terceros) realice en la esposa (*en ella*, y no con gametos de ella o de un tercero) los actos propios para engendrar. En efecto, los autores que tratan de esta materia han entendido que uno de los efectos jurídicos del matrimonio, es dar origen a un derecho recíproco entre los cónyuges en el orden de los actos de suyo aptos para engendrar, de tal manera que se entregan un derecho mutuo y exclusivo sobre sus cuerpos, pues sólo así se puede cumplir legítimamente la finalidad del matrimonio de perpetuar la especie. Es un auténtico *derecho* que nace del libre consentimiento matrimonial y que hace legítimos los actos conyugales, cuyo contenido es precisamente el cuerpo del otro cónyuge".<sup>145</sup>

Sin embargo, la posibilidad natural y el derecho subjetivo del acto propio para generar, no garantiza necesariamente la fecundación del óvulo y por tanto la paternidad. No es esencial al ser humano ser padre o madre, pero sí es esencial al matrimonio el débito conyugal.

"Si el contenido obligacional del débito sobrepasara lo que aquí hemos expuesto, habría que concluir que, en virtud del matrimonio, los contrayentes adquieren no sólo el derecho a realizar en su cónyuge los actos propios para engendrar, sino el derecho a engendrar lo que podría suponer, supuesta la infertilidad de alguno de ellos, un

---

<sup>144</sup> Mier y Terán en este comentario cita a URBANO ISPIZUA, Claudio, *Fecundación "in vitro" y naturaleza: consideraciones para un juicio ético*, Pamplona, 1986, p. 149.

<sup>145</sup> MIER Y TERAN, *op. cit.*, pp. 238 y 239.

singularísimo derecho (¿de propiedad?) sobre los gametos de su cónyuge y, eventualmente, quizá sobre sus órganos genitales, lo cual nos parece inconcebible desde una óptica jurídica y radicalmente opuesto a la Constitución, a los derechos humanos y a los derechos de la personalidad”.<sup>146</sup>

También es preciso mencionar que no es completamente claro considerar como obligación el tener los actos propios para engendrar, más bien se debería hablar de deber y no de obligación, ya que, como sabemos la obligación tiene la posibilidad de hacerse cumplir por la fuerza, cosa que no sucede con el deber, que si bien puede traer aparejado un castigo, no necesariamente logra el cumplimiento del acto en sí que da origen al deber.

Por ejemplo, es un deber tener los actos propios para engendrar, pero si pensáramos en el caso de que uno de los cónyuges se negara, no hay manera de hacer cumplir esa acción, es decir no es una obligación; efectivamente, no se estarían cumpliendo los fines del matrimonio, y además el no tener los actos propios para engendrar (que también tienen como fin remediar las pasiones), podría llevar a la separación de los esposos, pero la obligación de tener físicamente los actos quedaría incumplida, ya que nadie podría obligar a dicha consumación.

Con estos razonamientos terminamos este punto de estudio y concluimos que por los cuatro puntos estudiados (naturaleza jurídica de los gametos, inexistencia del contrato, la persona del dador de

---

<sup>146</sup> *Idem*, p. 245.

semen y de los posibles receptores), esta técnica debe ser descartada de toda legislación, y prohibida su utilización.

En el siguiente punto abordaremos las consecuencias civiles del llamado contrato de gestación o alquiler de úteros.

## **2. La maternidad subrogada**

La maternidad subrogada es una técnica mediante la cual una mujer, que no puede llevar a cabo un embarazo normal, contrata a otra mujer para que lo lleve utilizando los gametos de la primera, o bien los propios o de terceros. Más adelante estudiaremos las características del contrato.

En el primer caso, se debe hacer una fecundación *in vitro*, y trasplantar el o los embriones al útero de la madre gestante, en este sentido estaremos hablando de una madre biológica y de una madre gestante; en el segundo caso coincide la madre biológica y la gestante, pero normalmente se insemina con semen del marido de la primera; también se puede dar el caso de que con semen del marido y un óvulo de una tercera mujer, se fecunde y se trasplante a la que llevará el embarazo. Finalmente, puede hacerse esta técnica con semen de donador, óvulo de la mujer contratante, óvulo de la mujer gestante u óvulo de donadora.

En todos los casos anteriores, la idea es que la mujer contratante aunque no lleve el embarazo se quedará finalmente con el niño, el cual

le será cedido por la gestante, independientemente de la procedencia del óvulo utilizado para inseminar.

A continuación daremos un cuadro para aclarar las posibilidades:

Caso	Semen de	Óvulo de	Embarazo	Técnica
1	Marido	Esposa	Gestante	FIVTE
2	Marido	Gestante	Gestante	IA
3	Marido	Donadora	Gestante	FIVTE
4	Donador	Esposa	Gestante	FIVTE
5	Donador	Gestante	Gestante	IA
6	Donador	Donadora	Gestante	FIVTE

Como se observa, esta técnica permite una gran cantidad de posibilidades que complican considerablemente la determinación del parentesco. En el caso 1, considerando lo que establecimos en el capítulo anterior acerca del principio de la verdad biológica, el hijo debería ser hijo del matrimonio, pero nos encontramos en este caso, y en todos los demás, que se rompe el principio de *mater semper certa est*, ya que tradicionalmente se ha considerado como madre a la mujer que da a luz.

En el caso 2 el problema es mayor, ya que tanto el gameto como el embarazo lo lleva una mujer ajena al matrimonio. Biológicamente, ese niño es hijo del esposo y de una tercera ajena al matrimonio, la esposa no tiene ninguna participación ni en la producción del embarazo ni en la gestación, por lo que para nosotros estamos ante un caso de adulterio, recordar, siguiendo a Flores García, que la exclusividad del matrimonio no sólo es en los cuerpos. El marido, para efectos

prácticos, está teniendo un un hijo con una persona ajena al matrimonio.

Para hablar, propiamente, de maternidad subrogada, es menester que los gametos femeninos sean de persona distinta a la que lleva el embarazo, como se deduce de lo anteriormente explicado.

En los casos 3 y 4 ocurre algo similar, alguno de los gametos (femenino o masculino) es aportado por la esposa o esposo y el otro por un donador, a esto se aplica todo lo dicho en el punto uno de este capítulo sobre la donación de gametos.

En los casos 5 y 6, estamos ante una verdadera aberración, el matrimonio que contrata a la gestante para llevar el embarazo, no tiene, nuevamente, ninguna participación ni en la fecundación ni en la gestación. Es importante notar que cuando el gameto y el embarazo están dados por la misma persona, el niño es hijo de ella tanto si tomamos el principio de la verdad biológica, como si tomamos el principio legal, aquí estamos ante una situación de adopción, la madre (biológica y gestante) da *su* hijo a un matrimonio, no importando quien sea el padre de la criatura.

Como dice Moro Almaraz: "Qué decir del hecho de que (la gestante) aporte también su óvulo: el hijo es 'suyo' en totalidad y nadie puede obligarla a entregarlo. Si voluntariamente lo hace, puede estar comerciando con su maternidad, con el hijo, y su dignidad pero sería comparable a la adopción, *si bien sólo en el aspecto de la entrega*".<sup>147</sup>

---

<sup>147</sup> MORO ALMARAZ, *op. cit.*, p. 87.

¿Por qué complicarse tanto la vida si se puede adoptar según unas reglas bien claras y establecidas, sobre todo considerando la gran cantidad de niños huérfanos que existen? Nos parece de humanidad no traer a niños artificialmente haciéndolos pasar como hijos de matrimonio en virtud de un contrato a todas luces injusto y dejar abandonados a tantos que ya existen.

También queremos aclarar que los casos 4, 5 y 6, existe la posibilidad de que a mujeres solas se les permita acceder a esta técnica; y en las parejas estables y homosexuales en todos los casos, aclarando que no se puede hablar de marido y esposa, sino de convivientes.

Es evidente que conforme vamos avanzando en este trabajo nos encontramos perspectivas cada vez más difíciles de concebir. En efecto, en la medida en que se permite algo pequeño (la Inseminación artificial dentro del matrimonio), cada vez se desarrollan nuevas posibilidades técnicas y cada vez, del mismo modo es más complicado detenerlas. Estos extremos, que nos parece increíble que puedan llegar a siquiera ser considerados por las legislaciones, nos marcan, desgraciadamente, un punto de difícil retorno. El punto a discutir no debe ser si se permite esta técnica o no, tal y como lo hemos visto con las anteriores, sino qué es lo justo dentro de todo este gran tema.

Nos parece que desde un inicio, y ya lo hemos establecido, todo esto es injusto para el ser humano, indigno de su calidad, en particular para el *concepturus*, quien niquiera tiene la posibilidad de expresar su opinión al respecto. No es un problema de maternidad subrogada, sino de la separación del acto procreativo dentro del matrimonio debidamente establecido. En el momento en que se rompe esa unidad

y unicidad, todo lo demás ya es aberrante, y los extremos a los que se pueda llegar gradualmente son una consecuencia lógica de esa ruptura en la sociedad y cultura.

Volviendo al tema de la maternidad subrogada, la doctrina parece, a diferencia de otros temas, estar de acuerdo en la negativa para el uso de estas técnicas. Las desaconsejan desde diversos puntos de vista, desde la imposibilidad de obligar a la gestadora a entregar el niño una vez nacido, hasta la nulidad del contrato.

No es difícil ponernos a pensar en diversas posibilidades que no permitan llegar a buen fin esta gestación por encargo, como ejemplo, podemos ver que la gestadora finalmente no quiera entregar al hijo, arguyendo, como ha pasado ya en algunos países que ella es más madre porque cargó en el embarazo que la que sólo dio el óvulo; o por ejemplo que la madre gestante, por la circunstancia que se quiera, no está dispuesta a seguir con el embarazo y decide abortar; también podría darse el caso de que los esposos contratantes, a medio embarazo decidan que ya no quieren a la criatura y deciden que la madre gestante debe abortar o que se quede con él, la madre gestante por su parte no quiere a la criatura y tampoco quiere abortar; otra posibilidad es que una mujer sea inseminada artificialmente, pero como es casada, sigue manteniendo relaciones con su esposo, así las cosas, pueden luego negarse a entregar el niño porque no hay certeza de que el semen sea del marido o de quien la contrató para llevar el embarazo. Ejemplos como estos se nos pueden ocurrir muchos, pero soluciones justas en esos casos muy pocas. Creemos que en esta técnica, como en todas las demás, la solución justa es su prohibición definitiva.

## **2.1. Antecedentes**

Es famoso un caso en Estados Unidos que ilustra perfectamente lo que decimos: “el Sr. Stern -ante la imposibilidad de que su esposa Elizabeth, procreara un hijo- convino con el señor y la señora Whitehead un contrato de maternidad subrogada. A la madre suplente Withehead se le pagarían \$10,000.00 dólares por sus servicios más gastos médicos. La Sra Stern no fue parte del contrato. De conformidad con el contrato, la Sra. Whitehead sería inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, procraría la criatura concebida y la entregaría a los esposos Stern. Además, renunciaría a todos los derechos filiatorios sobre la criatura reconociendo que ello era lo más conveniente para los mejores intereses del niño. También se convino que el apellido Stern aparecería en el certificado de nacimiento del niño a procrearse. A su vez, el Sr. Whitehead suscribió un documento reconociendo que no era el padre de la criatura que su esposa procreó. El Sr. Stern es el padre biológico. Nacida la bebé, su madre biológica Whitehead se negó a entregarla a los esposos Stern. Luego de una serie de controvertidos sucesos, los esposos Stern demandan a los Whitehead (...) El juez norteamericano mantiene que el acuerdo de parentesco subrogado es un contrato válido y aplicable de conformidad con las leyes de Nueva Jersey. El juez razona que la Sra. Whitehead ha roto su contrato por dos razones: 1o. no entregando al Sr Stern la criatura nacida de ella y el Sr. Stern; 2o. no renunciando a sus derechos de progenitor con respecto a esa criatura. Ante la pregunta ¿Cuál es la estabilidad emocional de las partes intervinientes, y la relación familiar más estable, sólida y segura para la nacida bebé? El juzgador se decanta en favor de los Sres. Stern. De esta manera, el

pronunciamiento del juez, inducido por el principio del bienestar e interés del hijo, le hace fallar en favor de la ejecución o cumplimiento del acuerdo subrogatorio contraído y, por ende, se conmina a la obligación de entrega de la criatura al Sr. Stern, atribuyéndole la custodia del hijo. Al mismo tiempo, “cancela” todos los derechos parentales de la Sra Whitehead en función de las necesidades del niño, implicando dicha cancelación cualquier posibilidad de reclamación de la filiación, *ad hoc*”.<sup>148</sup>

Según lo que hemos comentado, nos parece que el fallo del juez se separa de los dos principios reconocidos para la atribución de la maternidad: por un lado, atendiendo al principio de la verdad biológica, el óvulo fue otorgado por la Sra. Whitehead, ella es la madre biológica, y por otro lado, fue ella misma la que dio a luz a la criatura, por lo que también es la madre gestante. Más aún, esa niña nació dentro de un matrimonio existente entre los Sres. Whitehead. Al considerar el contrato de subrogación como inexistente ya que el *objeto* del contrato es un ser humano, es decir, no hay objeto -más adelante abundaremos sobre esto-, la niña nacida de la Sra. Whitehead es por presunción, hija también del Sr. Whitehead con quien está casada. Sin embargo, también atendiendo al principio de la verdad biológica, el padre es el Sr. Stern. Así, como veíamos anteriormente, estamos ante un caso de adulterio.

Por otro lado existe otro caso similar en Inglaterra: Dos matrimonios acuerdan celebrar un contrato de subrogación por 10,000.00 libras, la diferencia entre este caso y el anterior, es que el Sr. A mantuvo

---

<sup>148</sup> MIER Y TERAN, *op. cit.*, pp. 573 y 574.

relaciones sexuales con la Sra. B para inseminarla; no fue una IA o una FIV, sino actos sexuales.

## **2.2. La postura de la doctrina**

A diferencia del tema anterior, en esta técnica hay una postura prácticamente unánime en contra de la subrogación. Se esgrimen varios puntos para negarla: Por un lado hay quienes la niegan desde el punto de vista del contrato, Díez Picazo y Hernández Ibáñez, opinan que el convenio, aunque no haya precio, va contra la dignidad humana; Hernández Ibáñez dice que es nulo porque se está intentando negociar con algo que es *extra commercium*, para él el contrato es inexistente por falta de objeto, ya que el ser humano no puede ser *objeto* de contrato. Por otro lado no puede haber pactos, cláusulas y condiciones, según el artículo 1255 Código Civil español, que sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público.<sup>149</sup> En el mismo sentido se encuentran Zarraluqui, García Mendieta y Peñolosa López Pin. Para Hortal Alonso, no es éticamente aceptable.

Moro Almaraz completa un poco más esto: “el ‘contrato’ celebrado entre la mujer que porta a un embrión para otra y la madre donante de un óvulo no debería tener un efecto cualquiera: no es posible, en orden a la condición del cuerpo humano para el derecho, analizar un compromiso de gestación como una obligación de hacer, un contrato de depósito, y todavía menos como de alquiler. De otra manera, se descuidaría la importancia de la gestación en la elaboración del ser

---

<sup>149</sup> En México, el artículo equivalente es el 1830 del Código Civil.

humano. Esa es una actividad no susceptible de pacto o convenio *extra commercium* (...) no parece, pues, que pueda calificarse de contrato el acuerdo entre la sustituta y la pareja; no que de tal nazca ninguna obligación jurídica o natural a entregar el hijo (...) No puede ser objeto de contrato *ni las cosas que están fuera del comercio ni los servicios contrarios a las buenas costumbres* (...) Se ha dicho al efecto que el contrato con la portadora resulta a todas luces ilícito porque, entre otras razones, la capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima. Está fuera de la autonomía de las partes, porque atenta contra los principios de orden público pretender arrendar el uso de un útero durante nueve meses de gestación. Podría alegarse también que la causa del contrato es ilícita porque se opone a la moral, tanto si se trata de cesión gratuita como onerosa”.<sup>150</sup>

El Informe Warnock habla de un ataque a los valores de la relación conyugal por la intromisión en ella de un tercero, para el Informe, es más íntima esta relación que la del donador de semen. Además es inconsistente con la dignidad humana el que una mujer use su útero para beneficio económico.

Desde otra óptica, El Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, opina que la verdadera madre biológica no debe quedar vinculada por este contrato, que tampoco menoscabará el estatuto de filiación del nacido, el cual habrá de ser decidido según las normas ordinarias, y que a pesar del convenio, que sería, por sí, nulo, se debería estar a los datos de la

---

<sup>150</sup> MORO ALMARAZ, *op. cit.*, 89.

filiación natural: el padre es quien engendra y la madre quien concibe, gesta y da a luz.

El documento del CAHBI del Consejo de Europa también se muestra en contra de esta técnica, sin embargo prevee un caso “humanitario”: que una mujer ha realizado una fecundación *in vitro*, y luego no puede gestarlo; en este caso, es la única manera de salvar la vida del embrión. Respecto de esto podemos comentar que si bien es cierto que es la única oportunidad del embrión, lo humanitario hubiera sido evitar la fecundación *in vitro*.

En sentido contrario, Pantaleón Prieto opina que “los autores que predicán la radical ilicitud e inmoralidad de las prácticas que nos ocupan, no han reflexionado suficientemente, salvo excepciones”. Merino Gutiérrez considera que la gestación gratuita con aportación de material genético de la pareja debe autorizarse. Para Moreno-Luque Casariego “si se trata de un contrato de alquiler de útero, cuando no hay precio y además existe un fundamento altruista, el convenio donde se determinan las condiciones por las que se regirá dicha condición en vientre distinto del de la madre biológica debiera ser válido y por ello de necesario cumplimiento”.<sup>151</sup>

---

<sup>151</sup> MORENO-LUQUE CASARIEGO, *Reflexiones en torno a la gestación por cuenta ajena*, comunicación presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, p. 5. cit por MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 560.

Lanzillo dice que podría ser admitida siempre que se limitara el número de veces en las que una mujer podría gestar un hijo ajeno, podría hacerse gratuito para evitar la propagación del fenómeno.<sup>152</sup>

En cuanto a la asignación de la maternidad entre la madre gestante y la madre biológica, la mayoría de la doctrina se inclina por la gestante, debido al principio de *mater semper certa est* que ya hemos mencionado, al respecto Sancho Rebullida opina que “ofrece ventajas, entre ellas la seguridad jurídica que la referencia al parto proporciona”.<sup>153</sup>

Para Pacheco, si “se implanta -el semen o embrión- contra la voluntad de la gestadora, (...) El hijo no es biológicamente de la gestadora y será la legislación positiva -omisa en este punto hasta hoy-<sup>154</sup> quien determine el titular de la patria potestad sobre él. La legislación civil tendrá que mirar sobre todo al bien del hijo y por tanto, parece adecuado que si la gestadora lo quiere, quede con ella, obligando a los autores del ilícito a pagar alimentos al hijo. Si la gestadora no lo quiere, serán sus padres biológicos, si son localizables, los que tendrían que ejercer la patria potestad, y hacerse cargo del hijo. (...) - si- se implanta con el consentimiento de la gestadora (...) Si la implantación ya se efectuó, la gestadora no puede provocar o permitir que le provoquen un aborto, sino que tiene la obligación de hacer todo

---

<sup>152</sup> Cfr. MIER Y TERAN, *op. cit.*, pp. 553 y ss.

<sup>153</sup> SANCHO REBULLIDA, *Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española*, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T.I, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987. cit. por *Idem*, p. 572.

<sup>154</sup> Se refiere a la legislación mexicana.

lo necesario para conservar y proteger la vida del producto, pero esta obligación no deriva del acuerdo, que no surte efectos jurídicos, sino de la obligación que tiene de no causar daño a otro y de respetar su vida, aunque no sea su hijo.

“Después del parto, la situación jurídica del hijo debe ser determinada por la ley positiva, que entre nosotros, no toca aún ninguno de estos supuestos.

“Es claro que el acuerdo no surte efectos, por injusto, y por tanto, ni la gestadora podrá reclamar ningún pago, si el acuerdo fue oneroso, ni los *proveedores* podrán basarse en él para reclamar al hijo.

“El problema debe resolverse, en nuestro concepto en la forma más benéfica para el hijo y por tanto, pueden servir de orientación las siguientes bases:

“a) Proveedores y gestadora han contribuido todos ellos a un acto inmoral e injusto y por tanto todos deben quedar obligados en alguna forma con el hijo.

“b) El hijo debe quedar a cargo de quien lo quiera, que será el que mejor lo proteja; ése será el primer obligado en mantenerlo, cuidarlo y educarlo, ejerciendo sobre él la patria potestad. Los demás, quedarán siempre obligados subsidiariamente para el caso de que cumpla el primero.

“c) Si lo quiere la gestadora y uno o ambos de los proveedores, debe darse preferencia a la gestadora, pues hay más probabilidades de que ésta sea quien le tenga más afecto y lo cuide mejor. Esto aún en el

caso de que el contrato se hubiera hecho por interés de los proveedores”.<sup>155</sup>

Nos parece que esta postura sea la más acertada, ya que ante el contrato inexistente, no cabe obligación del cumplimiento del mismo, ni reclamación de la paternidad. Sin embargo, reiteramos que se debe atender al mayor beneficio del niño, y que, como en el caso de la donación de gametos, debe quedar siempre a salvo para él la reclamación de la filiación y sus derechos.

### 2.3. La subrogación en los documentos previos y la Ley TRA

Finalmente en este apartado, queremos indicar lo que al respecto dicen los textos legislativos y los documentos previos a la Ley de España, que como ya hemos indicado, son los más completos (insistimos que no los más justos).

El Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, del Congreso de los Diputados, se muestra en contra de esta técnica; rechaza “la gestación de sustitución por razones éticas al considerarse que hay una unidad de valor en la maternidad que en ella no se respeta, y crea una distorsión deshumanizadora. También porque puede constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino (...) inadmisibles en una sociedad democrática y justa, que posiblemente desencadenaría un abuso y una comercialización, a todas luces

---

<sup>155</sup> PACHECO ESCOBEDO, *La persona...*, pp. 113 a 115.

condenables y punibles”. Sobre la determinación de la filiación se debe “recomendar que la madre legal lo sea siempre la madre gestante aunque en el origen del hijo hayan intervenido donantes”.

El proyecto de Ley TRA, en su disposición adicional segunda, es más claro:

“1. Se prohíbe la utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida para la gestación de sustitución.

(...)

“3. Si pese a ello se realiza la gestación de sustitución y hubiere descendencia, la madre legal será la gestante, y los hijos serán registrados como sin padre. Los jueces valorarán las circunstancias de la madre y la posible solicitud de paternidad.”

Finalmente la Ley TRA, en su artículo 10, establece que:

“1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.

“2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

“3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales”.

Establecidas las posibilidades, antecedentes y opiniones de la doctrina y legislación, queremos continuar el estudio del contrato de subrogación y la obligatoriedad del cumplimiento del mismo.

#### **2.4. El contrato de subrogación y su obligatoriedad**

Nos queda claro, atendiendo a las características del contrato, y a las opiniones que hemos dado de la doctrina, que es inexistente. El artículo 1825 del código civil mexicano, dice que “la cosa objeto del contrato debe:... 3. Estar en el comercio”.

Hacemos las mismas indicaciones que se hicieron con respecto a la donación de gametos. Si las células germinales no pueden ser objeto de contrato, menos aún un ser humano. No se puede *objetivizar* a un *sujeto* de Derecho, por lo que es imposible que el producto o fruto del “arrendamiento” sea el ser humano. Se podría alegar que no se está arrendando al ser humano, sino al útero para que nazca el ser humano, al respecto, igualmente, el útero, como parte del cuerpo femenino, tampoco puede ser objeto del contrato por la misma razón. Jurídicamente, no se puede comerciar con algo que está fuera del comercio, en este caso por disposición de ley; recordar, como vimos en el caso de la naturaleza jurídica de los gametos, que se puede disponer de órganos y tejidos, pero no de gametos ni del propio útero.

Si no se aceptara la inexistencia del contrato por falta de objeto, podemos también esgrimir que el artículo 1827 del mismo ordenamiento dice que: “El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser: I. Posible y II. Lícito”. El artículo 1830 dice: “Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres” y el 1831: “El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres”.

Es evidente la falta que se comete a las buenas costumbres y a la ética por este supuesto alquiler, ya que algunos de los fines del derecho son la seguridad jurídica, la justicia y el bien común, y estas técnicas atentan contra todas ellos. De cualquier forma ya con la falta de disponibilidad del objeto, estos artículos sólo refuerzan, pero el caso de inexistencia ya está dado desde antes.

Independientemente de lo anterior, está la cuestión de la comercialización del útero, que nos parece una prostitución del cuerpo, muy distinta a la sexual, pero igualmente contraria a la dignidad del hombre e inmoral, ya que se está *usando* el cuerpo con un fin lucrativo, con lo que se contraviene nuevamente a las buenas costumbres y a la moral.

En cuanto a la obligatoriedad en el cumplimiento de la obligación para la gestadora consistente en entregar a la criatura, al ser un contrato inexistente, no se está obligado en ningún caso a cumplir ese contrato, por lo que la gestadora, si quiere, puede quedarse con el niño según el hecho del parto. De igual forma ella no tiene derecho a pedir que se le pague el precio pactado.

Si por alguna razón ninguno de los dos -gestadora o proveedores de los gametos- quisiera conservar al niño, podría este ser adoptado por otra persona que sí garantizara su cuidado y desarrollo, pero todos los que intervinieron en el “contrato”, deberán estar obligados. Si no hay quien lo adopte ¿A quien fincarle la filiación? Consideramos este un asunto muy delicado por lo expuesto anteriormente, se debe atender al bien del niño, sin embargo, la idea actual dominante dice que es madre quien da a luz, pero ya establecimos en el capítulo anterior la

importancia de la prevalencia de la verdad biológica, ya que quien da el gameto es quien está poniendo los elementos para la venida al mundo de esa nueva vida. Para nosotros, ambas “madres” son igualmente responsables y ambos padres también (el que da el gameto y el que permite que su esposa -si es el caso- quede inseminada para portar el embarazo).

Sería muy crudo, sin embargo obligarlos a mantener y cuidar del hijo, ya que un hijo no querido difícilmente va a encontrar el medio idóneo para su desarrollo, por otro lado que lo conserve “quien más lo quiera” también es un asunto cuestionable, ya que puede darse el caso de que ambos lo quieran, o bien que ninguno lo quiera.

En este sentido, y por seguridad jurídica, consideramos que la filiación debe serle atribuida a la madre gestante, ya que es un dato mucho más objetivo y comprobable el dar a luz que la procedencia del gameto, que en ocasiones puede ser incierta; recordemos que una mujer a la que se le ha implantado un óvulo o un embrión puede seguir teniendo relaciones sexuales, lo que dejaría en duda si el niño ha nacido de la implantación o de las relaciones sexuales posteriores.

Es indiscutible, y se ve más claramente en esta técnica que en las anteriores, que el derecho no debe ceder ante sentimentalismos.

### **3. La inseminación artificial *post mortem***

Esta técnica es igual que la IA en cuanto a la inseminación (recogida del semen, congelación, preparación), los gametos se congelan durante

algún tiempo, que puede ser de 1 día o 10 años y, una vez muerto el productor de los gametos, su esposa o compañera va al centro autorizado donde están congelados y pide que se le insemine con ellos.

Las situaciones descartadas de esta técnica son:

- a) Donación de espermatozoides y óvulos
- b) Donación de embriones

a) Respecto de la primera, la hemos descartado porque cuando se donan semen u óvulos se está actuando anónimamente, y precisamente porque lo que se busca es tal anonimato, si el donante está vivo o muerto, es completamente irrelevante. A la IAD, aunque el donante esté muerto, se le aplican las reglas ya explicadas en la donación de gametos, no las de la IA *post mortem*.

b) “Si se congelan embriones con el objeto de donarlos a una pareja estéril, tampoco tendrá importancia la muerte de uno o de ambos padres genéticos, pues la filiación será determinada respecto de los receptores del embrión congelado”.<sup>156</sup>

Dado lo anterior consideraremos como puntos del estudio, o situaciones comprendidas, las siguientes:

- “1. Inseminación artificial de la mujer con semen del marido o conviviente fallecido.

---

<sup>156</sup> Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán. *Procreación artificial post mortem ante el Derecho*, Pamplona, 1988, p. 5.

“2. FIV con óvulos de la mujer difunta y semen del marido o conviviente *superstite*.

“3. Implantación de embrión en el útero de la mujer después de la muerte del marido o conviviente, padre genético de dicho embrión.

“4. Implantación de un embrión crioconservado,<sup>157</sup> concebido con gametos de la mujer difunta, en el seno de una tercera mujer, por disposición del marido o conviviente *superstite*.

“5. Embrión crioconservado, no destinado a la donación, cuyos padres genéticos mueren, siendo transferido e implantado en otra mujer”.<sup>158</sup>

“Como se ve, tanto en la segunda como en la cuarta y quinta hipótesis la procreación *post mortem* implica necesariamente maternidad por sustitución.

“Serrano Alonso reconoce sólo como fecundación *post mortem* la ‘inseminación de mujer viuda con semen del marido fallecido’ y ‘la implantación en la viuda de embrión fecundado por semen del muerto’; esto es, las hipótesis que nosotros hemos mencionado como 1ª y 3ª, pero no se vislumbra la razón, salvo las derivadas de las

---

<sup>157</sup> Se entiende por embrión crioconservado, un ser humano, ya en vida, pero que artificialmente se mantiene congelado, es decir en vida latente, en los estadios muy primarios de desarrollo.

<sup>158</sup> Esta clasificación la hacemos siguiendo a CORRAL TALCIANI, *op cit.*, p. 6.

dificultades técnicas que conlleve su realización actual, para excluir los supuestos en los que es la mujer la que muere (2ª, 4ª y 5ª)".<sup>159</sup>

Establecido lo anterior, cuando hablemos de IA *post mortem*, estaremos haciendo referencia a la 1ª, 2ª y 3ª de las hipótesis anteriores, ya que tratar los puntos 4º y 5º rebasan los objetivos planteados. Esto debido a la necesidad de la maternidad sustituta y también a que, hasta donde conocemos, no se ha logrado llevar a cabo una congelación y descongelación efectiva del óvulo.

Dividiremos este estudio en antecedentes, opinión de la doctrina, legislaciones existentes. En este caso no hablamos de ningún tipo de contrato esta técnica se más bien una variante de la IA o de la FIV.

### ***3.1. Antecedentes: el caso Parpalaix***

Alain Parpalaix, joven francés, fue atacado por un cáncer en el testículo; ante tal situación fue aconsejado por su médico de depositar semen antes de someterse a una operación que requería, ya que podría quedar estéril. Alain depositó su semen en el CECOS (Centro de estudio y conservación del Esperma). Alain vivía con Corinne Richard desde el verano de 1981, con quien se casó 2 días antes de su muerte (el 25 de diciembre de 1983) a causa del cáncer. Corinne "después de su muerte, solicita la restitución del semen congelado. Ante la negativa del Director del CECOS y del Ministerio de Sanidad, interpone una demanda amparándose en el derecho que los herederos del depositante

---

<sup>159</sup> Cit. por *idem*.

tienen para lograr la restitución del objeto depositado (art. 1139 del Code). El Tribunal de Gran Instancia de Créteil por sentencia de 1o. de Agosto de 1984 juzga que Alain dejó el semen con la intención de fecundar a su esposa, el depósito de semen no es ilícito, pero no cabe aplicar las normas del contrato de depósito pues se trata de cosa intransferible, tratándose de un depósito atípico surge la obligación de restituir el semen al depositante o a quien sea su destinatario. Termina resolviendo que debe entregarse el semen a la viuda por el intermedio de un médico que ésta elija. (...) La inseminación no fue exitosa y hoy Corinne está casada en segundas nupcias y tiene un niño de pocos años, concebido supuestamente por vía natural”.<sup>160</sup>

La negativa del CECOS se debió a un “lazo establecido por razones médicas. Ese lazo está basado en la noción de la indivisibilidad de la persona humana, de la misma manera que no se puede heredar un cadáver, no se puede heredar un depósito de esperma”.<sup>161</sup>

Nos parece que la postura correcta es la del CECOS y no así la del Tribunal de Gran Instancia de Créteil, al respecto, están los comentarios que se hicieron a la donación de esperma; ya que si bien es cierto que no se trata de una donación, sino de un depósito, también es cierto que la capacidad fecundante del individuo no puede separarse de su propio cuerpo.

“GARCIA RUBIO expone que ‘la primera cuestión que suscita la fecundación artificial *post mortem* atiene al juicio de licitud que

---

<sup>160</sup> *Idem*, p. 4 nota 6.

<sup>161</sup> MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 583.

merece la declaración de voluntad por la que un sujeto manifiesta su deseo de que su esperma sea utilizado para fecundar a su mujer después de la propia muerte. Evidentemente, si esta declaración se considera ilícita la negativa del depositario del semen a entregar a éste a la viuda o conviviente está justificada, mientras que si se acepta la licitud de la manifestación del fallecido, el 'banco de semen' estará obligado a restituirlo. Como es sabido, la hipótesis trazada se corresponde con un hecho real, ocurrido en Francia y cerrado el 1 de agosto de 1984 (caso arriba citado por nosotros) (...) por (el) que se declara que, habiendo el difunto manifestado su voluntad de depositar el propio semen con objeto de *preserver ses chances de procréer* y teniendo en cuenta que el centro depositario no había informado al depositario de su oposición a la restitución, el contrato (que el magistrado califica como *specifique*) obliga al establecimiento a entregar el esperma a la viuda del depositante. La opinión del Tribunal Francés cuenta en Italia con un considerable apoyo doctrinal, estimándose que el contrato por el que se deposita el semen con el fin de utilizarlo *post mortem* no contradice las normas imperativas, *ni las buenas costumbres*<sup>162</sup> y, por consiguiente, merece la tutela del ordenamiento jurídico".<sup>163</sup>

El punto importante a destacar, consideramos, no es la licitud o ilicitud del contrato de depósito, sino tratar de justificar la posibilidad de crear vida con gametos de una persona desaparecida, para *preserver ses chances de procréer*, después de la propia vida; asunto que choca con la razón, además en el caso en particular de Alain

---

<sup>162</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>163</sup> Cit. por MIER Y TERAN, *op. cit.*, pp. 583 y 584.

Parpalaix, quería garantizar esa capacidad de procrear por la posible esterilidad después de la operación, no por la posibilidad de morir en ella.

Establecido este caso, expondremos la opinión de los doctrinarios sobre este tema, que como en el caso de la subrogación es en general en el sentido de la prohibición de esta técnica.

### *3.2. Posturas en torno a la IA post mortem*

Estableceremos en primer lugar las principales posturas a favor de esta técnica. Es preciso hacer notar que el rango de permisión o prohibición es sumamente amplio; los hay desde quienes lo aceptan siempre, hasta quienes aceptan sólo, bajo ciertas condiciones, un aspecto.

Los puntos relevantes en este sentido son, según las hipótesis antes mencionadas, si se debe permitir hacer la inseminación sólo cuando existió matrimonio o también en el caso de parejas estables; qué hacer con los derechos del niño (sucesorios principalmente); cuánto tiempo después de disuelto el vínculo conyugal se puede hacer uso de la técnica, o permitirla sin límite de tiempo (en cuyo caso podríamos tener niños que nacen quizá 20 años o más después de dicha disolución); etc.

En este sentido presentaremos las posturas más representativas a favor del uso de estas técnicas independientemente de los distintos matices que puedan aparecer.

Montes Penades es partidario del modo de pensar del informe Warnock<sup>164</sup> en que para tener derechos sucesorios, el niño debe estar *in utero* al momento de la muerte del padre. Sin embargo, en cuanto a la realización de la técnica no opone resistencia, sólo estableciendo que “deberían ser considerados como hijos matrimoniales los que la viuda tenga después de la muerte del marido, con gametos procedentes de éste, y habría que establecer algún sistema para facilitar que se pueda inscribir la filiación como matrimonial, al menos si concurrieran algunos presupuestos, tales como el consentimiento del marido, y la prueba de la fecundación con gametos que claramente procedan del marido, así como que el nacimiento se produzca en el plazo que se señale y no concurra o no se halle en contradicción con la presunción de paternidad que eventualmente pudiera derivar de un nuevo matrimonio de la viuda”.<sup>165</sup>

“El grupo de trabajo constituido en la Dirección General de Registros, y del Notariado, propone facilitar la inscripción como hijo matrimonial cuando la inseminación se haga en un año después de los 300 días de la muerte, con posibilidad de ampliación judicial; Francisco Rivero Hernández, sugiere un año o dos, la Proposición de

---

<sup>164</sup> El Informe Warnock en su recomendación 61 dice: “Deberá introducirse legislación en el sentido de que cualquier fruto de la IAM (Inseminación artificial dentro del matrimonio) que no hubiera estado *in utero* en la fecha de la muerte de su padre, no será tenido en consideración a efectos de la sucesión y de la herencia de este último”. Informe Warnock. *Comisión investigadora sobre la fertilización Humana y la Embriología, Departamento de Sanidad y Seguridad Social, Informe presidido por Mary Warnock, Imprenta de Su Majestad, la Reina, julio de 1984.*

<sup>165</sup> Cfr. MONTES PENADES, Vicente. *El consentimiento en las nuevas técnicas de Reproducción Humana*, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco de Filiación, T. I, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, pp. 50 a 59.

Ley del diputado italiano Teodori de 12 de marzo de 1985, cinco años". En este caso "se condiciona la procreación *post mortem* al consentimiento expreso del difunto y a su realización dentro de los cinco años desde la defunción".<sup>166</sup>

Existen otros autores partidarios de la realización de estas técnicas como Serrano Alonso y Merino Gutiérrez.<sup>167</sup>

García Rubio establece, separándose del pensamiento de los anteriores autores que "mientras la fecundación artificial *post mortem* se produzca en el plano prudencial que señale la ley para que el nacido se presuma hijo del difunto, éste adquirirá los derechos sucesorios que por ostentar dicha cualidad le corresponden".<sup>168</sup>

Rivero Hernández a este respecto, se hace también partidario de defender los derechos sucesorios del hijo con base en la filiación de éste con el difunto de cuyos gametos vio la vida.<sup>169</sup>

Por último Georges David opina que: "En el rechazo de una inseminación 'post mortem' no veo una voluntad de restringir las voluntades individuales, sino al contrario, la voluntad de dejar a

---

<sup>166</sup> Cfr. CORRAL TALCIANI, *op cit.*, pp. 12 y 13.

<sup>167</sup> Sus trabajos se pueden encontrar en la publicación del II Congreso Mundial Vasco, *op cit.*

<sup>168</sup> GARCIA RUBIO, Mari Paz, *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho Español*, ponencia presentada ante el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, octubre de 1988, p. 63.

<sup>169</sup> RIVERO HERNANDEZ, Francisco. *La fecundación artificial 'post mortem'*, ponencia presentada ante el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, octubre de 1988, pp. 49 y ss.

jóvenes viudas perpetuar de otra forma, por el recuerdo, al marido o al compañero desaparecido, lo que podrá tal vez parecerle cínico a ciertas mentalidades, pero que sin duda les permitirá un día a esas mujeres ya no vivir en el dolor y la pena, sino vivir en la alegría y la esperanza de un amor renaciente".<sup>170</sup>

Nos parece una soberana tontería pensar un hijo puede suplir la presencia del padre. En primer lugar el hijo es diferente del padre como ser humano, todos somos únicos e irrepetibles; en segundo, la madre no podrá tratar al hijo como trataría al marido. Un marido no se sustituye con otro, ya que no somos piezas de una maquinaria, y menos un hijo suplirá la figura, actividades, trato, etc. del esposo.

En cuanto a la prohibición del uso de esta técnica, daremos opiniones de autores que, si bien algunos están de acuerdo con determinadas técnicas de reproducción asistida (IA, TIG, FIV, subrogación) y más aún con la experimentación con embriones, donación de gametos, etc., no comparten el criterio de la admisión legal de la inseminación *post mortem*, en algunos casos por evitar problemas jurídicos, en otros por considerarlo un capricho y en el mejor de ellos por reconocer la dignidad del niño que debe ser concebido y nacer conforme a su naturaleza.

En los textos que sirven de base para legislar, o bien de grupos de trabajo constituidos específicamente para el estudio de estas técnicas, están la Proposición de Ley sobre Inseminación Artificial presentada a

---

<sup>170</sup> Cfr. GEORGES, David: "La fecundación Post-mortem", última de tres partes, *Le Monde*, exclusiva para *Excelsior*, México, 15 de junio de 1987.

la Asamblea Nacional Francesa de 25 de mayo de 1984,<sup>171</sup> el *Rapport* del Comité de expertos del Consejo de Europa.<sup>172</sup> También se encuentra la Propuesta segunda de la Comisión Ministerial (art. 16), el proyecto Lafranchi (art. 6.1.) y la Proposición de Ley Francesa "*Insemination Artificielle. Adoption D'une Proposition de Loi*". Todas estas se encuentran en el sentido de la prohibición.<sup>173</sup>

En cuanto a la doctrina se presentan en contra de la admisión por el Derecho de la IA *post mortem*: Lacruz Berdejo, quien dice que "debería estar administrativamente prohibida", Sancho Rebullida quien hablando de la IA dentro del matrimonio dice "el hijo será matrimonial, salvo que su inseminación se practique *post mortem mariti*, contra la prohibición de la Ley, en cuyo caso -al menos, a efectos patrimoniales, principalmente sucesorios-, se considerará extramatrimonial."; Lledo Yague opina que "otra hipótesis (...) que no debe admitirse, es el supuesto de la inseminación homóloga *post mortem*"; Hortal Alonso indica que "la objeción sustantiva frente a esta práctica procede ante todo de los posibles daños del niño que llegase a nacer por el hecho de nacer sin padre en una situación así. Es cierto que esto le sucede también al hijo póstumo, pero con una diferencia: en este caso se programa deliberadamente una situación que en el otro caso sólo se asume como irremediable". Roca Trías

---

<sup>171</sup> El art. 3 dice "La inseminación artificial está autorizada sólo entre los cónyuges y cuando tenga por objeto remediar la esterilidad de la pareja". Cfr. Proposición de Ley No. 2158, Asamblea Nacional, Séptima Legislatura, Francia, 24 de mayo de 1984.

<sup>172</sup> Principio 7.3.: "La procreación artificial con espermia del marido o del compañero fallecido no debe ser permitida". Cfr. RIVERO HERNANDEZ, *op. cit.*, p. 49.

<sup>173</sup> Cfr. MIER Y TERAN, *op. cit.*, p. 585.

comentando el documento de CAHBI,<sup>174</sup> dice que éste “recomendaría la prohibición de la procreación artificial con esperma de marido fallecido. Las razones aludidas son coherentes con el planteamiento inicial del CAHBI, ya que entiende que lo que debe protegerse ante todo, es el interés del niño y en este caso, se trata de un niño condenado a nacer sin tener padre, (...) debe elegirse entre un derecho a procrear, que en este caso se prolongaría más allá de la muerte y el interés del hijo, que debe ser protegido frente a posibles caprichos o excesos de sus progenitores”. Pantaleón Prieto: “Según la opinión dominante en la doctrina, la Inseminación Artificial de una mujer con semen de su marido ya fallecido debe considerarse ilícita, aún cuando conste el consentimiento del difunto a que su esperma fuera utilizado con tal fin a su muerte (...) (es) deber de los padres de prestar a sus hijos asistencia de todo orden, en cuanto da lugar a que venga al mundo un niño sin padre que haya de cumplir con aquél deber”; Vidal Martínez opina que “las posibilidades abiertas por la tecnología moderna (...) pueden dar lugar a resultados extravagantes, si se da pábulo a sentimientos y deseos humanos, quizá comprensibles en el plano subjetivo, pero objetivamente muy difíciles de justificar, (...) resulta injusto respecto al hijo, y, por tanto, indeseable, programar su venida al mundo, cuando ya su progenitor no se encuentra en él”. Por su parte Moro Almaraz establece que “como argumento fundamental para el recelo de esta práctica, se esgrime aquí también el bien del hijo y no puede ser positivo para nadie verse privado *a priori* del padre. No

---

<sup>174</sup> Principios provisionales sobre las Técnicas de Reproducción Humana Artificial y ciertos procedimientos llevados a cabo en embriones en conexión con estas técnicas, CAHBI, Estrasburgo, 5 de marzo de 1986. (Este documento corresponde al Consejo de Europa).

sirven ahora comparaciones con los hijos póstumos que nacen muerto el padre, en la fecundación *post mortem* se están concibiendo sujetos después de muerto uno de los progenitores; en el primer caso la muerte sobreviene al nacimiento, sin que pudiera preverse ni evitarse que el hijo cuente en su desarrollo con la figura paterna en su educación".<sup>175</sup>

Terminaremos con 2 últimas opiniones que, consideramos, contienen los puntos fundamentales, algunos ya mencionados, para negar el uso de estas prácticas. En este sentido, Zarraluqui dice que "debe rechazarse la inseminación *post mortem*, con espermatozoides de quien ha fallecido en esa fecha. Son de aplicación los argumentos citados al tratar de la mujer sola,<sup>176</sup> a los que es preciso añadir que la experiencia publicada por el presidente de la Federación de CECOS francesa, profesor GEORGES, David, refleja el carácter ocasional de este deseo, ya que ellos han recibido algunas peticiones en tal sentido, muy poco después del fallecimiento del marido; pero cuando han sido propuestas algún tiempo, nunca han sido reiteradas, ya que sin duda

---

<sup>175</sup> Todas las opiniones anteriores se encuentran citadas por MIER Y TERAN, *op cit.*, pp. 585 y ss.

<sup>176</sup> ZARRALUQUI hace referencia a las siguientes razones: al hablar de la IAD (Inseminación Artificial con espermatozoides de donante) en mujeres solas, dice que: Frente a la exigencia de la pareja, se esgrime el argumento de que muchas legislaciones -entre ellas la española y la francesa- permiten la adopción por una sola persona. Sin embargo, ha de recordarse que en la adopción se está normalmente actuando en beneficio de una criatura *ya existente*, mientras que en la IAD se trata de generar un nuevo ser al que no debe negársele, en principio, ninguno de los beneficios de una familia completa, máxime si tenemos en cuenta que la IAD tiene una razón de ser y un objetivo, que es el remedio de las consecuencias de la esterilidad masculina, pero en modo alguno puede constituir un sistema de procreación alternativo del normal". (Cfr. ZARRALUQUI, Luis. "La inseminación artificial heteróloga y la filiación", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, No. 4, Madrid, julio-agosto de 1986).

eran fruto de sensiblerías e impresiones pasajeras más que de auténticos sentimientos”.<sup>177</sup>

Por último recogeremos la opinión de Corral Talciani, siendo ésta, a nuestro parecer la más completa y con quien nos identificamos completamente. Por esta razón, reproducimos su texto íntegro en lo que se refiere a este punto aunque en algunos casos se haga alusión a la legislación española.

“Tajantemente sostenemos que la procreación artificial *post mortem* debe ser prohibida sin contemplaciones ni excepciones. Los argumentos más que numerosos son contundentes:

“1o. Si todas estas prácticas lo que pretenden es remediar la esterilidad de la pareja humana, y en esta finalidad estriba su justificación última, no se comprende cómo puede extenderse a casos en los que ya no hay pareja, ni paciente, ni esterilidad.

“2o. No puede primar el deseo egoísta de tener un hijo, por sobre los intereses y derechos de éste a nacer en el seno de una familia constituida por padre y madre. Debe recordarse que el artículo 10 de la Constitución Española reconoce que ‘la dignidad de la persona... «y» el libre desarrollo de la personalidad... son fundamento del orden político y de la paz social’. Esta norma no puede aplicarse, como pretenden algunos, a los eventuales progenitores, sino al niño proyectado, que merece que se le trate como persona con derecho a la

---

<sup>177</sup> *Idem*, p. 97.

realización más plena posible de su personalidad,<sup>178</sup> y no como juguete o animalito doméstico.

“Al programar un niño para que sea procreado *post mortem*, los progenitores incurrirán, además, en franca vulneración del artículo 39.3 de la Constitución que establece el deber de los padres de prestar a sus hijos asistencia de todo orden. Evidentemente, la primera asistencia que le deben es la de existir como tales.

“Además, en directa relación con el art. 39.4 de la C.E. que afirma que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, debemos tener a la vista el principal de estos acuerdos: la Declaración de los Derechos del Niño (N.U. 20 de noviembre de 1959). En este documento se señala que ‘el niño... necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento’ (considerando), que ‘siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material’ (principio 6) y

---

<sup>178</sup> No puede decirse, en contra, que en la misma procreación natural se producen casos en los que el niño no puede gozar del cuidado de sus padres (huérfanos, abandonados, hijos póstumos, etc). Pues “es verdad que existen bastantes seres humanos que, por distintas circunstancias tienen que vivir desde el nacimiento o edades muy tempranas, careciendo de uno de sus padres. Pero la existencia de estas situaciones no justifica el que *a priori* se llame a la vida a un ser al que le va a faltar uno de sus progenitores. La existencia de los dos progenitores va a jugar un papel muy importante en todo el troquelado de la personalidad del niño o de la niña; le va a posibilitar el tener muy cercanos modelos de identificación y de complementariedad dentro de su propio ámbito familiar” (GAFO, J. “Problemática Ética de las Nuevas Formas de Reproducción Humana”, en *La Fecundación Artificial, Ciencia y Técnica*, cit. p. 96).

finalmente que 'El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono...' (principio 9).

"Al privársele en forma deliberada al hijo procreado *post mortem* de la asistencia personal de uno de los progenitores, se le está infligiendo una especial forma de abandono, que va contra la protección que la ley ha de reconocer a los niños incluso antes de su nacimiento. Por todo ello, resulta evidente que con esta técnica se incumple la referida Declaración de Derechos y por lo tanto se vulnera también el ordenamiento constitucional español.

"Una ley que autorizara la procreación *post mortem* debería ser juzgada en este punto de inconstitucional, dado lo dispuesto en el artículo 39, 3 y 4 de la Constitución.

"Reconoce RIVERO HERNANDEZ que los intereses encontrados en esta cuestión son los de la mujer sola (lo mismo aplicable al hombre) a tener un hijo si le place y los del hijo que pueda resultar de esa voluntad. Pero en menester dar un paso más y afirmar que entre ese choque de intereses ha de estarse en favor del hijo, y estimar inadmisibile esta práctica.<sup>179</sup>

---

<sup>179</sup> No son decisores los razonamientos de RIVERO HERNANDEZ que supone que por el mismo criterio habría que prohibir al condenado a muerte o al enfermo incurable el ejercicio de sus facultades generativas. ("La fecundación...", cit, p. 878). En tales casos nunca se da la certeza de la falta del progenitor; siempre puede haber un indulto de última hora o la recuperación milagrosa del enfermo, que aunque muy improbables impiden que la ley se involucre en estas esferas propias de la intimidad personal. En cambio, en nuestra hipótesis se sabe de cierto que el padre va a faltar para cuando nazca el niño. La diferencia es manifiesta.

“3o. La totalidad de los autores que consienten en la procreación *post mortem*, lo hacen bajo el presupuesto de que exista una autorización o consentimiento, al menos implícito, del progenitor difunto. Pero no puede reconocerse un derecho a disponer de los gametos como quien deja materiales con el encargo de construir una casa.

“La facultad de engendrar vida es inescindible de la persona del progenitor, de modo que ni aún con su consentimiento puede admitirse que ejerza la facultad generativa, por intermediarios después de que su persona se ha extinguido con la muerte.

“No se diga que estamos ante un caso similar al de los órganos que pueden donarse para que se empleen después del fallecimiento (cfr. Ley de 27 de octubre de 1979). Los órganos del cuerpo humano son esencialmente distintos a las células germinales de la procreación; éstas no van a ser utilizadas como complementos para ayudar a la sobrevivencia de otro, sino que tienen en sí mismas la potencia para dar vida a un nuevo ser humano.

“Aquí el problema no es sólo del derecho a disponer de los gametos, como elementos biológicos, sino, además y mejor, de la facultad de traer al mundo una nueva creatura. Esta última debe considerarse extinguida con la muerte del progenitor.

“Si esto es así respecto de los gametos, con mayor razón habrá que afirmarlo con referencia a los embriones crioconservados. Estos no pueden ser considerados ‘objeto de derechos’, admitiendo, de este

modo, que el progenitor pueda disponer de ellos para después de su fallecimiento”.<sup>180 y 181</sup>

Entre los autores que aceptan el uso de esta técnica de procreación artificial, existen varios puntos de discrepancia o puntos de los que, en ocasiones, depende de la validez o invalidez de la técnica. Uno de esos puntos, a saber, es precisamente si quien aporta el material genético debe y puede dar su consentimiento para el uso del mismo después de su muerte.

### ***3.3. El consentimiento del progenitor. Valoración.***

Este punto ha sido ampliamente estudiado y comentado, olvidando, como lo hace notar Corral Talciani entre otros, que el material genético no debe tener el mismo tratamiento que los órganos, ya que los últimos se “ceden” para preservar una vida ya existente, sin el cual la vida de aquél no podría prolongarse, mientras que el material genético tiene como fin la procreación de una nueva vida, hasta entonces no existente y por lo tanto, hasta entonces no preservable; simplemente no requiere de algún órgano para subsistir, sino que, totalmente apartado de esa idea, necesita unas células -que no

---

<sup>180</sup> Evidentemente no propiciamos que los embriones crioconservados tengan que destruirse sin más por el hecho de haber sido destinados a procreación *post mortem*. Lo que sostenemos es que esta destinación procedente de la voluntad de los progenitores, no debe ser el factor principal para decidir sobre su futuro. Ha de estarse por encima de todo al interés de los menores en lo posible apreciado judicialmente.

<sup>181</sup> Las citas 178, 179 y 180 de este trabajo, corresponden al escrito de CORRAL TALCIANI, *op cit.*, pp. 13 y ss.

órganos-, bien determinadas, que son los gametos, para empezar a existir. ¿Se puede hablar de que el niño ya estaba programado aunque no existía, y por eso es necesario tener los gametos para actualizar esa programación? Esto tratando de argüir que la donación de órganos es *indispensable* para aquélla vida en peligro de extinguirse. Contestando la pregunta, nos parece ridículo tratar de igualar los supuestos.

Por otro lado, no nos cansamos de repetir que el ser humano no puede “desdoblarse” o separarse de sí mismo y crear una vida cuando ya no se tiene la propia. Tal parece que para quien lo hace, ese consentimiento fuera un triunfo, fuera de alguna manera vencer a la muerte sabiéndose dador de vida quizá después de 10 años de fallecido; como si el ser humano, así nacido, fuera, en cuanto a su concepción, una obra inacabada que varios días o años después de la muerte del productor del material germinal, necesita de la ayuda de médicos para llegar a su realización como tal.

Peor aún es el caso de quien no ha dado su consentimiento, y su esperma (depositado con algún otro fin) se utiliza para traer al mundo otra vida. En este caso se actúa contra del matrimonio, del hijo y más aún en contra del propio padre, ya que no sólo no podrá ver a su hijo nacido, sino que se está actuando, utilizando sus células germinales ignorando si él hubiera estado de acuerdo.

A estas dos hipótesis, la primera, en que sí se da su consentimiento y, la segunda, en la que no se da, se denominan “prevenida” y “circunstancial” respectivamente.<sup>182</sup>

De cualquier forma resulta evidente que esta declaración debería hacerse al momento de depositar el material genético o, en todo caso, antes de morir, y en perfecto uso de sus facultades mentales, ya que después, es obvio que nadie puede disponer de nada. En este sentido cabe preguntarse si la procreación *post mortem* calificada de circunstancial debe darse. Consideramos que no, ya que nadie debe disponer de lo ajeno, y si se acepta, ¿de qué manera se puede salvar el obstáculo legal de la determinación de la paternidad?, si se declara hijo póstumo, se va en contra de los deseos del difunto, y si se declara de padre desconocido... ¿qué caso tiene la procreación artificial?

“El grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, conviene en que podría darse el *status* de matrimoniales a los hijos nacidos por estas técnicas si, entre otras condiciones, existe «el consentimiento del marido en testimonio o en documento público, con referencia a los gametos depositados en determinado establecimiento autorizado».

“El informe de la Comisión Especial del Congreso de los Diputados (Informe Palacios) sugiere que la congelación de gametos o embriones se acompañe de un consentimiento escrito de la pareja sobre su destino ante situaciones como la muerte de unos de ellos”.<sup>183</sup>

---

<sup>182</sup> Cfr. *Idem*, p. 8

<sup>183</sup> *Idem*, pp. 8 y 9.

La Proposición de Ley «Teodori» “condiciona la procreación *post mortem* al consentimiento expreso del difunto y a su realización dentro de los cinco años desde la defunción. En tal caso el hijo es considerado legítimo aunque el nacimiento se verifique después de 300 días desde la disolución del matrimonio”.<sup>184</sup>

De aquí se desprende otro requisito, ya no sólo se preocupan por el consentimiento del fallecido, sino también por que la técnica se lleve a cabo dentro de un plazo determinado, que va desde un plazo de un año o dos (Rivero Hernández), a cinco (esta proposición de Ley), o simplemente sin plazo con una nueva condición: que “el semen utilizado sea del difunto -obvio- y que la mujer no haya pasado a nuevas nupcias” (Informe *Human Artificial Conception* de New South Wales, Australia).

Mari Paz García Rubio piensa que “no parece que el acuerdo por el que un hombre decide entregar a un centro receptor su semen para que su mujer sea fecundada con éste una vez que él haya fallecido deba ser considerado ilícito, siempre y cuando el deseo de que se destine a tal fin conste de manera fehaciente (vgr. un acto de última voluntad). Sin embargo, no creemos que el simple depósito del semen sin declaración de voluntad alguna sobre su destino en caso de muerte autorice a la viuda (o a la conviviente que sobrevive al depositario), a utilizar los gametos del fallecido para su propia fecundación y ello aunque el depositario pensare usar su esperma con este fin para el caso de vivir,

---

<sup>184</sup> Proyecto presentado a la Cámara el 13 de marzo de 1985: “Disciplina dell’Inseminazione Artificiale Humana”, cit. por CORRAL TALCIANI, *op cit.*, p. 12.

pues el deseo de procrear un hijo huérfano no se identifica con el deseo de traer al mundo a un huérfano”<sup>185</sup>.

De la valoración del consentimiento del marido, se desprende directamente la determinación de la filiación de niño, tema que se tratará más adelante. Sin embargo, los autores confunden esta declaración de voluntad con un derecho a engendrar -que no existe ni antes ni después de la muerte según se ha estudiado-, y aún más, pretenden algunos que la licitud de la técnica dependa de este consentimiento.

Para apoyar esta cuestión y entenderla más fácilmente, debemos recordar el caso Parpalaix.

García Rubio expone que “la primera cuestión que suscita la fecundación artificial *post mortem* atiende al juicio de licitud que merece la declaración de voluntad por la que un sujeto manifiesta su deseo de que su esperma sea utilizado para fecundar a su mujer después de la propia muerte. Evidentemente, si esta declaración se considera ilícita la negativa del depositario del semen a entregar éste a la viuda o conviviente está justificada, mientras que si se acepta la licitud de la manifestación del fallecido, el ‘banco de semen’ estará obligado a restituirlo”.

Por otro lado, dice Corral Talciani: “no puede hablarse de que la viuda tenga un derecho a ser inseminada por obra y gracia del consentimiento previo de su marido difunto (como tampoco lo tiene el marido para conseguir descendencia con óvulos o embriones de su

---

<sup>185</sup> GARCIA RUBIO, *op. cit.*, p. 63.

mujer fallecida). El derecho -la *posibilidad*, diríamos nosotros ya que hemos establecido que no existe tal derecho- a procrear le corresponde sólo a la pareja humana; cuando ésta ya no existe, porque ha desaparecido uno de sus miembros, no puede hablarse ya de derecho a engendrar.

“Al otorgar tanta relevancia a la voluntad del progenitor fallecido, quienes hablan de un pretendido ‘derecho’ de la viuda deben asumir que por las mismas razones cabría sostener un ‘deber’ de ésta a darle descendencia al marido o conviviente muerto. Qué decir del caso en que el difunto impone a su cónyuge o conviviente la obligación de concebir o gestar un hijo suyo después de su muerte como condición (o modo) de una asignación testamentaria no forzosa? Estando prohibida esta práctica o al menos todavía no por la ley, tal cláusula no podría tener efectos por tratarse de una condición o modo ilícitos: contraria a la ley o buenas costumbres... Discutible sería en cambio la solución si se propicia la admisión de esta práctica por la legislación positiva. En tal caso, parece que la condición o el modo serían válidos. Así, la simple autorización para la procreación *post mortem* podría adoptar ribetes de orden o mandato. El derecho se transformaría en deber”.<sup>186</sup>

---

<sup>186</sup> El subrayado es nuestro. CORRAL TALCIANI, *op cit.*, pp. 9 y 10. Es necesario decir que no existe tal derecho (ni obligación) a engendrar. Se tiene derecho, según los fines del matrimonio, a tener relaciones maritales, pero *no* a engendrar, ya que, como todo derecho tiene aparejada una obligación, no queda aquí en la pareja la obligación a engendrar, esto es, porque tal hecho depende más bien de un orden natural que de una facultad exigible jurídicamente. Además de que de ser así, iría, como ya hemos dicho, en contra del artículo 4o. de la Constitución mexicana, que dice que: “... Toda persona tiene derecho a decidir, de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el especiamiento de sus hijos...”.

Independientemente de la licitud o ilicitud, que consideramos ha quedado clara la segunda, de la declaración de la voluntad como tal, es importante recordar que el material genético no es objeto de dicha disposición, y por tanto la declaración perdería valor no por aceptarse o rechazarse, o por considerarse hecha convincentemente o válidamente según la legislación que se adopte, sino por ser el objeto de dicha declaración material no disponible jurídicamente.

Al respecto, reafirmamos con Silva Ruiz que la “inseminación *post mortem* con semen del marido no debe ser admitida por el ordenamiento, ya que ontológicamente el hijo ha sido concebido cuando el dador del semen ya había dejado de existir, de *ser*. Podría afirmarse, entonces, que ese semen no es atribuible a persona alguna al momento en que la inseminación se realiza y la fecundación se logra. Desde esta perspectiva el hijo podría, a lo sumo, decir que fue engendrado *con* semen conservado de su padre, pero no *por* su padre. Y ello conduciría a concluir que ese hijo no tiene *padre*”.<sup>187</sup> Esta postura evidentemente habla de la atribución de la paternidad, no de la disposición del semen; sin embargo la incluimos por considerar la unidad e imposible separación que se da entre el semen y el individuo que lo produce.

De esto y lo estudiado en la donación de gametos concluimos, olvidándonos por el momento de las comparaciones con los órganos vitales donables, que el material espermático no es susceptible de disposición ni por el propio productor (para antes o después de su muerte), ni por su mujer, centro médico, etc. simplemente por ser

---

<sup>187</sup> PACHECO ESCOBEDO, *op.cit.*, p. 111.

parte de un cuerpo; cuerpo éste ya sin vida, y por tanto que no puede ser separado en partes vivas y partes muertas. Decir lo contrario sería aceptar que unas células congeladas, mantenidas en vida latente artificialmente, son más importantes que el sujeto en sí que las produjo; y que incluso son susceptibles de crear obligaciones jurídicas, ya no con él, pero sí producidas de alguna forma por él sin su participación; todo con activa intervención de terceros ajenos, que son, a fin de cuentas, quienes crean esas relaciones de deuda a otros, con una parte existente, no disponible, de un ser inexistente. Esto suena francamente inaceptable.

### *3.4. Relaciones paterno-filiales*

Ya hemos establecido que la filiación nace de un hecho natural de la procreación, esto lo establecimos al estudiar el principio de la verdad biológica. Aquí se presenta un problema adicional: si el semen proviene del marido muerto, es un hecho que el hijo es suyo biológicamente, sin embargo, no se le puede atribuir la filiación ya que murió antes de la concepción de ese hijo.

“Conforme a la naturaleza, no hay hijos sin padre y madres; conforme al Derecho puede haber hijos sin padre ni madre, ya sea porque se desconozcan o porque sabiéndose su identidad, no se hayan llenado las formalidades o cumplido los requisitos para que nazca la relación jurídica de filiación. (...) la filiación se concreta solamente a la relación del hijo con su padre y su madre y por tanto se reduce a paternidad y maternidad, (...) Por la misma naturaleza, *la maternidad*

se establece por el hecho del parto y por la identidad del productor.<sup>188</sup>  
Se es hijo de la madre si se prueba el parto y que la persona que alega esa filiación maternal es el producto de aquel parto.

“No así con la paternidad, que es por naturaleza incierta. La certidumbre de la paternidad sólo se despeja por la fe de la madre. (...)”

“Ha sido siempre odiosa la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, y el derecho, sobre todo en los últimos años ha tratado de borrarla. Sin embargo, esto no es posible, pues no puede ser igual la situación jurídica del hijo de una mujer soltera, por ejemplo, al hijo de una mujer casada”.<sup>189</sup>

Para el Código Civil de nuestro país, en el artículo 324:

“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”.

---

<sup>188</sup> Esta situación se pone en entredicho con las nuevas técnicas de reproducción, ya que al existir la posibilidad de una maternidad subrogada, o lo que se ha denominado “alquiler de úteros”, se está hablando de una madre biológica (la que aporta los gametos a fecundar) y una madre sustituta (que es la que lleva a término el embarazo y da a luz). Este asunto quedó explicado y resuelto según la presunción legal.

<sup>189</sup> PACHECO ESCOBEDO, *op. cit.*, pp. 172 y 173.

En el artículo siguiente, dice: “Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.”

Estos dos artículos establecen los criterios que el derecho mexicano toma como base para establecer un vínculo de filiación entre el padre y el hijo de matrimonio.

En el caso de esta técnica ciertamente se identifica el padre biológico con el padre legal, según la presunción. Pero el punto a destacar no es el de la prevalencia de la verdad biológica, sino el hecho de que la concepción fue hecha *post mortem*.

Para aclarar el asunto, estudiaremos la doctrina para determinar el tipo de filiación existente en este caso.

#### *3.4.1. Filiación matrimonial o extramatrimonial. Su determinación*

Reconocemos difícil, pero posible, que el niño concebido *post mortem* nacera dentro del límite marcado por el código civil para considerarlo matrimonial; pero también que estaremos seguros que el niño ha nacido de los gametos de quien, aún estando muerto, se pretende adjudicar la paternidad y darle así el calificativo de matrimonial.

Para algunos doctrinarios, siempre será extramatrimonial, ya que aunque nazca dentro de los trescientos días, es un ser que ha sido

concebido cuando ya no existe matrimonio, y el derecho no puede prolongar sus efectos después de la muerte, incluso dicen que no cabe determinar la filiación extramatrimonial respecto del difunto.

Así Silva Ruiz, como ya vimos, dice que el niño podrá haber sido engendrado *con* semen conservado de su padre, pero no *por* su padre.<sup>190</sup>

Otros autores subordinan la determinación a que el progenitor haya prestado su consentimiento con anterioridad.<sup>191</sup>

Para nosotros, habrá filiación matrimonial si hay:

- Paternidad determinada;
  - Maternidad determinada;
  - Matrimonio entre padre y madre; y
  - Concepción durante el matrimonio.
- O bien, si hay legitimación.

Para que se considere matrimonial en el caso de la concepción antes del matrimonio, se requiere que nazca después de los 180 días de la celebración del matrimonio, pero también es una ficción, idéntica a la concepción posterior. También será considerado matrimonial el que nazca dentro de los 300 días después de la disolución del vínculo matrimonial, aquí entran los hijos póstumos.

---

<sup>190</sup> En el mismo sentido LLEDO YAGUES, ZANONI, ELIO SGRECIA, MARIA LUISA DI PRIETO, Cfr. CORRAL TALCIANI, *op. cit.*, p. 19 nota 43.

<sup>191</sup> RIVERO HERNANDEZ, BERCOVITZ, Cfr. *Idem*.

El Código, en su artículo 329 entiende que cualquier hijo nacido después de los 300 días de disuelto el vínculo, no será considerado como matrimonial, aunque no lo dice literalmente: “Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de 300 días de la disolución del matrimonio...”

Este caso es aplicable sea cual sea el motivo que dé fin al citado matrimonio, incluyendo, obviamente, la muerte del progenitor.

De los datos obtenidos hasta ahora, podemos ver que el hijo nacido por medio de la fecundación artificial *post mortem*, es un hijo no matrimonial ya que, como su nombre lo indica, la fecundación es realizada con posterioridad a la muerte del productor del material genético utilizado en dicha fecundación.

Otro sería el caso del hijo que habiendo sido concebido por cualquier método (natural o artificial) dentro del matrimonio, nace después de la muerte del progenitor, ya que la concepción se verificó dentro del matrimonio.

Ahora bien, volviendo al caso del niño nacido por la IA *post mortem*, si éste nace dentro de los trescientos días de la disolución, aunque ya vimos que no es matrimonial, está protegido por la presunción legal del artículo 320, aunque queda la posibilidad proporcionada por la propia ley, del caso del artículo 325, antes citado, en la que se demuestre que fue físicamente imposible el acceso carnal de los cónyuges.

Así vemos para este caso, una situación clara en la que la filiación no debe ser considerada matrimonial, el derecho erróneamente la cataloga como tal.<sup>192</sup>

En el caso de la madre, la maternidad se fincará en el momento y por el hecho del parto, considerándose como mujer soltera o viuda al momento del nacimiento del hijo.

Ahora bien, si la mujer contrae nuevas nupcias, antes de cumplir “el plazo de 300 días que le impone el artículo 158 (...), el Art. 334 atribuye al primer matrimonio el hijo que nace de los 300 días de terminado el primero y antes de 180 días de celebrado el segundo, y atribuye al segundo marido la paternidad del hijo que nace después de los 180 días de celebrado el segundo, aunque no hayan vencido aún los 300 días de terminado el primero”.<sup>193</sup>

Según lo que observamos, el vínculo filial se puede establecer con respecto a la madre, pero con respecto al padre, es muy difícil establecer si existe una verdadera paternidad jurídica. De la biológica, insistimos, será relativamente sencillo decirlo (con los datos del centro hospitalario y del banco de esperma, eso sí, confiando en la palabra de la madre), pero, si ese niño nace después de los 300 días de disuelto el vínculo matrimonial, que es lo más probable, el niño deberá ser

---

<sup>192</sup> Aunque se pudiera probar fehacientemente que el hijo nació producto de estas técnicas, ya fuera por documento del centro hospitalario o médico que la lleve a cabo y del banco de semen donde se depositara el material genético, y aunque el espíritu de la ley es asimilar la situación jurídica a la situación biológica, no consideramos que se deba tener como matrimonial por la razón explicada: ya no existe matrimonio al momento de la concepción.

<sup>193</sup> PACHECO ESCOBEDO, *op. cit.*, p. 175.

considerado por nosotros como hijo de mujer soltera y de padre, aunque conocido, muerto; si esto se resuelve así, de poco o nada le servirá, ya que no habrá una paternidad efectiva.

Finalmente, derivado de lo anterior, para el niño son de difícil realización los derechos derivados de la filiación, al menos en lo que respecta al padre, que ya no existe. Así, sólo la madre puede subsanar en alguna mínima parte la falta del padre y el sustituto de esos derechos, tales como: llevar los apellidos, vivir en el hogar conyugal (que ya no existe), a ser educado y alimentado por sus padres, y el que analizaremos más adelante, derecho a la sucesión.

Así, aún cuando erróneamente se calificara de matrimonial tal filiación, el ejercicio práctico de los derechos, se parecería más a los del hijo extramatrimonial que al matrimonial.

### ***3.5. Derechos hereditarios***

En este apartado determinaremos los conceptos fundamentales del derecho sucesorio, que nos ayuden a establecer, primero, si el *nasciturus* tiene posibilidad a recibir parte o todo del patrimonio de su padre premuerto, que se derive de la voluntad de éste, y segundo, si el hijo concebido por esta técnica artificial, tiene capacidad jurídica para ello.

No entraremos en este trabajo a analizar las consecuencias jurídicas del derecho hereditario, baste decir que éstas son principalmente la transmisión de bienes, derechos y obligaciones del *de cuius* a otra u

otras personas; y la consecuente afectación del patrimonio del que recibe esos derechos y obligaciones, así como esos bienes. Aparte de otros aspectos de inexistencia o nulidad del testamento, que produzca ineficacia de otros actos, etc.

Lo que sí importa a este estudio es la posible incapacidad tanto del *de cujus* para testar, como del heredero o legatario para recibir, asunto que estudiaremos más adelante. Tampoco consideraremos aquí los objetos del derecho hereditario; es decir, los bienes, derechos y obligaciones que son susceptibles de ser heredados, bienes que pasan de un patrimonio a otro, y derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte del autor de la sucesión.

### *3.5.1. El autor de la herencia y su voluntad*

En este apartado, distinguiremos entre la sucesión testamentaria y la legítima. En el caso de la legítima el autor no tiene mayor injerencia, ya que, si bien es cierto que estamos hablando de *su* herencia, él no es sino un punto de partida (su muerte) para repartir los bienes, derechos y obligaciones al heredero o legatarios; sin embargo, en esta repartición no interviene en nada el *de cujus*, sino que se realiza por ministerio de ley, y según el procedimiento y condiciones que la misma ley indica.

Ahora bien, en el caso de la sucesión testamentaria, el *de cujus* sí tiene una actuación directa sobre la herencia y su repartición (aún después de muerto), ya que ésta se hace de acuerdo a su voluntad, expresada en un documento, y a la que la ley ha querido darle un carácter muy

especial, ya que es el único caso en que la voluntad trasciende a la propia vida del que la exterioriza.

Así, veremos cuándo se tiene capacidad para testar, y cuáles son las condiciones de un testamento para ser existente y válido, en todas y cada una de sus cláusulas, ya que, como se deja ver desde ahora, nuestro interés radica en descubrir si una cláusula sobre algo que no existe (la vida del heredero) puede tener validez legal.

El artículo 1306 del Código Civil, establece que:

“Están incapacitados para testar:

“I. Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres;

“II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio”.

De tal artículo se infiere que todas las demás personas tienen plena capacidad para testar.

En cuanto al estudio propio de las cláusulas del testamento (no ya de la validez o existencia del mismo), nos encontramos que el art. 1390 dice que: “Toda disposición en favor de persona incierta o sobre cosa que no pueda identificarse será nula, a menos que por algún evento puedan resultar ciertas”.

En este artículo encontramos una figura que podría asimilarse a la del concebido *post mortem*, ya que se trata no sólo de una persona incierta, sino más aún, de una persona inexistente. Si atendemos al

sentido de la ley, aunque en ningún momento lo establece literalmente, se debe entender que no permite, por seguridad jurídica, la posibilidad de una convalidación posterior a la luz de lo establecido por el mismo artículo al decir “a menos que por algún evento puedan resultar ciertas”. Esto lo sostenemos porque como hemos dicho anteriormente, no se pueden retrotraer efectos jurídicos que han quedado firmes por la aparición de un ser humano algún tiempo después, aún según la voluntad del padre, y menos aún se puede esperar que dichos efectos queden en suspenso indeterminadamente porque cabe la posibilidad de que en un futuro nazca un hijo de un señor que estipuló que si llegara a existir heredaría.

Insistimos que de aceptarse esta posibilidad, se abrirían las puertas de un modo insoslayable a la inseguridad jurídica, no sólo por la gran cantidad de situaciones que quedarían en suspenso, sino también, por la gran posibilidad de *crear*, con seres humanos, este tipo de relaciones jurídicas, convirtiendo a la ley en un instrumento de inseguridad (contradiciendo su propia razón de existir), y al ser humano en un capricho, ya no sentimental como se veía al hablar del “derecho” a tener hijos para parejas estériles, sino en un capricho para modificar situaciones jurídicas patrimoniales; se convertiría el hombre, por así decirlo, en un gran negocio. Es decir, sería subordinar el valor de la vida al valor económico que se modifica *creando* hombres posteriormente al fallecimiento del productor, tanto de la herencia como de los gametos.

### 3.5.2. La capacidad para ser heredero

Hemos analizado la capacidad para testar y el alcance de la voluntad del testador; ahora, veremos el otro lado de la herencia, es decir, al heredero.

Aquí encontramos mucho menos problemas de interpretación de la ley de los que hemos visto con respecto al autor de la herencia. En efecto, el artículo 1314 del Código Civil establece que: "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".

Queda claro que el niño no concebido a la muerte del padre que da sus gametos para fecundar *post mortem*, no es capaz y por tanto no puede heredar a éste.

Así pues, si bien es cierto que respecto al padre no queda muy clara la cuestión relativa a la declaración de voluntad, si lo queda con respecto a la capacidad del hijo. Sin embargo queda aún por resolver el caso de los embriones crioconservados, ya que éstos sí están concebidos a la muerte del padre y, en estricto sentido, pueden sucederle. Consideramos en este caso, siguiendo a Corral Talciani,<sup>194</sup> que *sí deben* heredar, ya que cumplen con el requisito de legitimación que solicita el Código Civil; sin embargo, como hemos hecho notar repetidamente, el tiempo en que se verifique el nacimiento no puede ser indefinido.

---

<sup>194</sup> CORRAL TALCIANI, *op. cit.*, p. 30.

A este respecto, el Código es completamente omiso. Sin embargo, por analogía, creemos que se deben seguir las reglas de la viuda que queda encinta.<sup>195</sup> Así, se procedería a la implantación inmediata de los embriones en el útero de la mujer,<sup>196</sup> ya que si no, volveríamos a la inseguridad de que se hablaba antes, en cuanto a la alteración de situaciones jurídicas que se habían tomado por definitivas; esto aún cuando en este caso sea ya un ser vivo.

Resumiendo, si se quiere asimilar el caso del embrión crioconservado con el caso de la mujer que queda encinta a la muerte del causante, la implantación del embrión debe ser en un plazo de pocos días después de la muerte del marido, ya que no podemos esperar indefinidamente a que se produzca el alumbramiento del que habla el artículo 1640. Consideramos, en definitiva, que no deben pasar más de los 300 días en que el código presume que el hijo póstumo es hijo de matrimonio, y utilizar esta asimilación para el caso de la sucesión a que nos referimos.<sup>197</sup>

En la doctrina, este apartado se ha tratado en el sentido de no aceptar los derechos hereditarios, así como no se ha aceptado la filiación matrimonial.<sup>198</sup>

---

<sup>195</sup> Cfr. Código Civil, arts. 1638 y ss.

<sup>196</sup> Nótese que estamos hablando de la viuda, es decir que consideramos el caso de un matrimonio anterior al fallecimiento del autor de la herencia.

<sup>197</sup> Cfr. el artículo 324 fracción II.

<sup>198</sup> Cfr. MIER Y TERAN, *op. cit.*, notas 173 a 175 y pp. 600 a 604.

## CONCLUSIONES

1. Toda persona necesita de factores externos para subsistir, necesita de cosas materiales para cubrir sus requerimientos y necesita comunicarse con sus congéneres. A diferencia de los demás seres de la creación, el hombre no sólo necesita cosas, sino que se da cuenta de que las necesita y, por lo tanto, no las busca de modo instintivo, sino que razonadamente piensa la mejor manera de satisfacerlas. Esto en sí mismo, demuestra que el ser humano tiene facultades materiales, como todos los demás seres, pero además, tiene facultades espirituales; estas facultades son: inteligencia y voluntad, además goza de una capacidad para escoger hacer algo que desea o no hacerlo, esto se llama libertad.

2. El hombre, es el único ser creado que puede ir contra su propia naturaleza si así lo desea. En efecto, el hombre puede distinguir entre el "quiero" y el "debo", pero también la libertad de buscar los medios para alcanzar lo que quiere y/o debe (tanto en el campo material como en el espiritual), o si prefiere quedarse quieto y no alcanzar ni lo que quiere, ni lo que debe.

3. El hombre tiene la inteligencia para conocer, para buscar la verdad y para discernir entre lo bueno y lo malo; y también tiene la voluntad para querer el bien, para llevar a cabo sus movimientos según lo marque su inteligencia, y finalmente, tiene la libertad, para escoger, entre dos o más bienes que se le presenten, el que más le convenga según lo que le dicte su naturaleza.

4. Según la definición de Boecio, explicada posteriormente por Santo Tomás, el hombre es una substancia individual de naturaleza racional. Es uno, único e irrepetible. Esta unión de cuerpo y espíritu y su consecuente autopertenecimiento; es decir, esa unión de necesidades y facultades físicas y espirituales, es lo que hace al hombre un ser con una dignidad superior al resto de los seres creados. Esta unicidad le da la capacidad de conocer, pero también de amar. Ya que fue creado para alcanzar la felicidad y, en la satisfacción de sus necesidades, dominar la naturaleza, no manipularla o destruirla.

5. Toda actividad humana, científica o empírica, debe estar sujeta a las leyes de la ética, ya que todo ser humano antes de hacer ciencia, o más generalmente antes de *hacer, es persona*. Esto tanto para las ciencias experimentales como para las sociales; en este sentido, el derecho debe estar al servicio del hombre, no el hombre al servicio del derecho; y tanto el derecho, como el actuar humano, deben estar sujetos a las leyes marcadas por la ética.

6. La tecnología debe establecer su campo de acción, dentro de un marco de servicio, no de utilitarismo de lo que le rodea. La tecnología no debe ser plataforma de éxitos científicos, ni escenario de la superioridad del hombre, si con ello se falta a la dignidad del mismo, o se trastocan valores fundamentales de la vida y del orden de la naturaleza. No es válido anunciar como un gran éxito el nacimiento de un niño concebido *in vitro*, cuando para lograrlo ha muerto más del 90% de ellos. Menos aún es válido traer al mundo a un ser humano por un medio que no garantiza de modo alguno su desarrollo integral.

### *Conclusiones*

7. El derecho positivo debe reconocer la superioridad natural del ser humano y actuar conforme a su dignidad. Por tal motivo, el derecho positivo debe tener como fundamento al derecho natural, respetando la naturaleza de las cosas y del propio ser humano. Así, buscando realmente la justicia, todo hombre debe tener presente su dignidad ontológica y no atentar contra ella.
8. El ser humano es persona desde el momento de su concepción, y desde ese mismo momento, se le deben reconocer todos los derechos de que es poseedor, empezando por el de la vida y la correspondiente cautela y respeto que se le debe tener. Como dice la fórmula de la justicia, se le debe dar lo suyo, y el dar en este caso consiste en respetar la vida humana naciente. Aún ante la duda planteada sobre la unidad y unicidad del ser humano, que se resuelve después del día catorce de la fecundación cuando pueden aparecer los gemelos monocigóticos. La simple duda o posibilidad de escisión del embrión, es razón de más para respetarlo doblemente.
9. Las técnicas de reproducción asistida no son, ni remotamente, auxiliares para combatir la esterilidad, como se ha intentado hacerlas pasar. Lejos de ser un método terapéutico para su solucionarla, la sustituyen, tecnificando así el momento más íntimo del matrimonio y, por lo tanto, prostituyendo la creación de lo más sagrado: la vida. Con estas técnicas se altera el orden de los valores, al considerar más importante el hecho de tener un hijo, que brindarle el respeto y amor que merece desde el momento mismo de su concepción.

10. Los principios en los que se basa esta tesis son tres: el principio pro-vida, el principio de familia y el principio de la verdad biológica. Son principios de derecho natural y por ello, perennes, inmutables y no negociables. Las técnicas de reproducción asistida atentan contra estos tres principios, lo cual se demuestra claramente en: la cantidad de muertes que se ocasionan por lograr un embarazo artificial; la posibilidad de las mujeres solas y parejas homosexuales de acceder a estas técnicas; la intromisión de un donante de gametos en un matrimonio establecido; la intromisión de una madre por sustitución o gestante y la posibilidad de llevar a cabo una inseminación con semen del marido con posterioridad a su muerte, etc.

11. Partiendo del principio pro-vida, no se debe experimentar con seres humanos ni con sus partes a menos que sea indispensable para salvar o mejorar sustancialmente su calidad de vida. Así, no es lícito intentar artificialmente la creación de una nueva vida, ni utilizar los gametos de seres humanos con ningún fin que atente contra la ética, la dignidad ontológica de la persona o la familia como institución natural. Esto, desde la obtención de dichos gametos o embriones hasta su utilización.

12. Los gametos son diferentes a los embriones, aquéllos son células y éstos seres humanos; los primeros tienen como fin fecundar o morir, los segundos han de desarrollarse integralmente; esto es: física y espiritualmente, con vistas a la trascendencia.

13. No cabe la comparación, según la interpretación que hacemos de la Ley General de Salud, de los gametos con los órganos del

## Conclusiones

cuerpo, con los tejidos o el plasma sanguíneo. Son diferentes en cuanto a su naturaleza, conformación morfológica, función y el fin de su utilización. Su tráfico ha de ser restringido y no deben estar en el comercio.

14. No existe el contrato de donación de gametos por falta de objeto. Anteriormente se dijo que los gametos están fuera del comercio por disposición de ley, tanto por su intrínseca diferencia con los órganos y tejidos, como por la definición de “disponentes” y facultad de disposición que hace la Ley General de Salud. Al estar fuera del comercio, se considera para efectos del contrato que no pueden ser *objeto* y por tanto, el contrato debe considerarse inexistente.

15. La maternidad por sustitución también lesiona gravemente la institución familiar y el principio pro-vida, toda vez que en el trasplante del embrión al útero que lo llevará durante todo el embarazo (si la técnica utilizada es la FIVTE), se pierden muchas vidas; además, la maternidad no se puede dividir en biológica (quien aporta el gameto) y gestante (quien lleva a término el embarazo). La ley debe determinar la filiación de un niño nacido por alquiler de útero, según el principio *mater semper certa est*, a la madre gestante, ya que es un dato mucho más claro, objetivo y comprobable el hecho de dar a luz, que la procedencia del gameto.

16. El alquiler de útero, como contrato, también debe considerarse como inexistente, ya que el objeto del contrato (útero), también se encuentra fuera del comercio, por lo que no existe, por disposición de ley, para disponer de él en contrataciones. Al ser considerado el

contrato como inexistente, la madre genética no tiene ningún derecho de pedir que se le devuelva a la criatura al nacer, ni la madre gestante tiene que entregarla. Del mismo modo, la madre gestante no tiene derecho a solicitar que se le pague nada por concepto de los cuidados durante el embarazo o por concepto del parto.

17. No se debe disponer de los gametos después de muerto el productor de los mismos. Ante la posibilidad planteada por algunos de que el hombre pueda, en documento público o testamento, ceder el uso de sus gametos a su esposa, o peor, a mujer conviviente, podemos decir que: a) no existe el “derecho a procrear”, b) no existe posibilidad lógicamente aceptable -aunque tecnológicamente sí-, de *alargar* la propia vida para concebir un hijo después de muerto.

18. No se puede condenar al hijo a ser huérfano antes de ser concebido, ni proceden los intentos de hacerlo pasar como hijo de matrimonio, ya que en el tiempo de la concepción no existe tal matrimonio. Este ha sido disuelto por la muerte de uno de los cónyuges.

19. Al haber sido concebido el niño cuando ya no existía el matrimonio, no se puede hablar de una filiación matrimonial, aún cuando nazca dentro de los trescientos días de disuelto el vínculo, ya que no fue concebido dentro del matrimonio. En este sentido, la filiación será por parte de la madre y extramatrimonial. Con respecto a la paternidad, será biológica pero no jurídica, debido a que a nadie se le puede imputar la paternidad, estando muerto, de

## *Conclusiones*

un hijo concebido con posterioridad a ésta. Por tanto, no cabe aquí equiparar a este niño con el caso del hijo póstumo, ni darle el mismo tratamiento; a diferencia de aquél, el niño nacido por la IA *post mortem* fue concebido fuera del matrimonio.

20. El niño, al no haber sido concebido en vida de su padre, no tiene derecho a la sucesión, ni testamentaria, ni legítima, por falta de personalidad jurídica y, en consecuencia, por no tener capacidad de goce, misma que se adquiere al ser concebido. Caso diferente es el de los embriones crioconservados, quienes sí tienen capacidad de goce y sí deben heredar. En este caso, se debería equipararlos a los hijos póstumos y proceder a su implantación inmediata.

## EPILOGO

De este trabajo, debemos sacar un mensaje positivo por el que nuestra sociedad, y nosotros como juristas y por tanto consejeros, podamos mirar a lo alto sin vergüenza de la “grandeza” de nuestra obra.

Debemos buscar la verdad y luchar por alcanzarla, sacrificando a veces, el placer momentáneo, superfluo y volátil de muchas acciones que humanamente aparentan la supremacía del hombre sobre el resto de lo creado, pero que sobrenaturalmente, empañan, reducen y obscurecen el camino que nos conduce al lugar donde debemos llegar.

Así pues, debemos evitar toda acción e incluso pensamiento “donde la aparente brillantez de la exposición quiere ocultar la ausencia de la reposada reflexión; o la amenaza de que el predominio tecnológico de nuestros días, produzca el resignado y pasivo automatismo, que puede confundir y anular los más delicados valores individuales de la personalidad humana”.<sup>1</sup>

Debemos pues volver a los orígenes del Derecho y recordar cuáles son sus valores, principios y fines. Debemos, cada vez que dudemos qué hacer ante situaciones difíciles, recordar estos ancestrales preceptos: Vivir honestamente, no dañar al prójimo y dar a cada uno lo suyo.

---

<sup>1</sup> GONZALEZ DIESTRO, Miguel Angel, TOMAS CALDERA, Rafael, *La formación intelectual (Antología)*, Caracas, 1971.

## BIBLIOGRAFIA

### Libros y artículos

1. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, T. I, volumen primero, Ed. Bosch, Barcelona, 1985.
2. ANSON, Francisco, *Se fabrican hombres, informe sobre la genética humana*, Madrid, 1988.
3. AUBERT, J.M., "L'insémination artificielle devant la conscience chrétienne", en *Revue des Sciences Religieuses*, 55/4, 1981.
4. BAZDRESCH, Luis, *Garantías constitucionales*, Ed. Trillas, México, 1983.
5. BROWN, Margaret R., Testimonio tomado de ACEPRENSA, Servicio 51/94, No. 13, del 13 de abril de 1994. pp. 1 y 2.
6. CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, Madrid, 1978.
7. CORRAL TALCIANI, Hernán. *Procreación artificial post mortem ante el Derecho*, proyecto de tesina, Pamplona, 1988.
8. COSSIO Y COSIO, Roberto, "La familiar en nuestro Derecho", en *Revista Ius*, T.I., No. 4, México, Noviembre de 1938.

9. DELGADO ECHEVERRIA, J., *Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. El determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde*, ponencia presentada ante el II Congreso mundial Vasco sobre Filiación, T. I, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.
10. EWERLOF, G., *Swedish legislation on artificial insemination*, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T.I., Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.
11. FERRE JORGE, J., y MARTINEZ DE ARTOLA, V., "Fecundación Artificial, aspectos médicos y cuestiones legales", en *Revista de Medicina de la Universidad de Navarra*, Vol. XXIX, No. 3, Pamplona, julio-septiembre, 1985.
12. FLORES GARCIA, Fernando, "La inseminación artificial en la especie humana", en *Criminalia*, año XXI, No. 6, México, junio de 1955.
13. GARCIA RUBIO, Mari Paz. *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho Español*, ponencia presentada ante el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, octubre de 1988.
14. GEORGES, David. "La fecundación Post-mortem", última de tres partes, *Le Monde*, exclusiva para *Excelsior*, México, 15 de junio de 1987.
15. GONZALEZ DIESTRO, Miguel Angel y TOMAS CALDERA, Rafael, *La formación intelectual (Antología)*. Caracas, 1971.

## Bibliografía

16. GROBSTEIN, C.; FLOWER, M.; MENDELOFF, "External human fertilization: An evaluation of policy", en *Ciencia*, vol. 222 (4620), 1983.
17. HERVADA, Javier, SANCHO IZQUIERDO, Miguel, *Compendio de Derecho Natural*, T. I, Pamplona, 1980.
18. HERVADA, Javier, *Escritos de Derecho Natural*, Pamplona, 1986.
19. JIMENEZ VARGAS, Juan; LOPEZ GARCIA, Guillermo, *Aborto y contraceptivos*, Pamplona, 1983.
20. JIMENEZ VARGAS, Juan, *A qué se llama Aborto*, Madrid, 1975.
21. JOLIVET, *Curso de Filosofía*, Desclee, Buenos Aires, 1958.
22. JUAN PABLO II, *Carta a las Familias*, Roma, 2 de febrero de 1994.
23. LACADENA, Juan Ramón, "El término 'preembrión' es una estrategia para adormecer las conciencias", entrevista realizada para *Acepresa*, Servicio 16/94, Madrid, 1994.
24. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, T. I, volumen segundo, Ed. Bosch, Barcelona, 1983.
25. LEJEUNE, Jerome, citado por MONGE, Fernando, *Persona humana y procreación humana*, Madrid, 1988.

26. LOMBARDI VALLAURI, Luigi, *Las biomanipulaciones: cuestiones éticas y jurídicas*. Fotocopias divulgadas, fuente desconocida.
27. MARTINEZ MORAN, N., *El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en Derecho comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia y eugenesia*, R.D.U.C.M., 1979, monográfico 2.
28. MIER Y TERAN, Salvador, *El régimen jurídico de la llamada reproducción asistida. Presupuestos, exposición, crítica*, Tesis doctoral, Pamplona, España, 1989.
29. MILLAN PUELLES, Antonio, *Persona humana y justicia social*, Ed. Mi-Nos, México, 1990.
30. MONTES PENADES, Vicente. *El consentimiento en las nuevas técnicas de Reproducción Humana*, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco de Filiación, T. I, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.
31. MORENO-LUQUE CASARIEGO, *Reflexiones en torno a la gestación por cuenta ajena*, comunicación presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.
32. MORO ALMARAZ, Ma. Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación "in vitro"*, Barcelona 1988.

### Bibliografía

33. OLIVA SANTOS, Andrés de la, "¿Nasciturus o moriturus?", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, No. 4, Madrid, julio-agosto de 1986.
34. PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *La persona en el Derecho Civil Mexicano*, Ed. Panorama, México, 1985.
35. PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *La familia en el Derecho Civil mexicano*, Ed. Panorama, México, 1985.
36. RIVERO HERNANDEZ, Francisco, *La presunción de la paternidad legítima*, Madrid, 1971.
37. RIVERO HERNANDEZ, Francisco. *La fecundación artificial 'post mortem'*, ponencia presentada ante el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, octubre de 1988.
38. RODRIGUEZ LUÑO, Angel y LOPEZ MONDEJAR, Ramón, *La fecundación 'in vitro'*, Madrid, 1985.
39. SANCHEZ CORDERO, Jorge A. "El postulado familiar del artículo 4o. constitucional: una interpretación", en *Nuestra Constitución*, t. VII, México, 1990.
40. SANCHO REBULLIDA, *Informe para la Comisión Especial de estudio sobre la Fecundación in vitro y la inseminación artificial humana*, presentado al Congreso de los Diputados, Cizur, 1985.

41. SANCHO REBULLIDA, *Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española*, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T.I, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.
42. TRUEBA, Eugenio, *Derecho y persona humana*, Ed. JUS, México, 1966.
43. URBANO ISPIZUA, Claudio, *Fecundación "in vitro" y naturaleza: consideraciones para un juicio ético*, Pamplona, 1986.
44. VIDAL MARTINEZ, *Las nuevas formas de reproducción humana*, Madrid, 1988.
45. VILADRICH, Pedro Juan, *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona, 1984.
46. ZAMORANO SANABRIA, L.; VELAYOS JORGE, J.M.; REINOSO SUAREZ, F. *El comienzo de la vida humana*, Madrid, 1983.
47. ZARRALUQUI, Luis. "La inseminación artificial heteróloga y la filiación", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, No. 4, Madrid, julio-agosto de 1986.

## *Bibliografía*

### **Informes, documentos prelegislativos y leyes**

48. *Informe presentado en el Congreso de los Diputados, Comisión Especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas*, presidente Marcelo Palacios, Madrid, 6 de marzo de 1986.
49. *Informe Warnock*, Comisión investigadora sobre la fertilización humana y la embriología, Departamento de Sanidad y Seguridad Social, Informe presidido por Mary Warnock, Londres, Imprenta de Su Majestad, la Reina, julio de 1984.
50. *Proposición de Ley sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos (122/000061)*, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, 9 de mayo de 1987, III legislatura.
51. *Proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (122/000062)*, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, 9 de mayo de 1987, III legislatura.
52. *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal*, México, 1994.
53. *Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal*, México, 1994.
54. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, 1994.
55. *Ley General de Salud*, México, 1985.

56. Ley de Inseminación Artificial, *Boletín oficial del Estado Sueco*, redactada el 20 de diciembre de 1984. Ordenada su impresión y publicación el 22 de diciembre de 1985.
57. Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (122/000062), *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, 31 de octubre de 1988, III Legislatura, Madrid.