

875209



UNIVERSIDAD VILLA RICA 39

**ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**"LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y SUS
CONSECUENCIAS JURIDICAS"**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

CLAUDIA ISELA ZAMORANO VILLANUEVA

**Director de tesis:
Lic. Miguel González González**

**Revisor de Tesis:
Lic. Rubén Quiroz Cabrera**

BOCA DEL RIO, VER.

2001



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 esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

A Dios:

Por estar siempre a mi lado y guiar todos los pasos en mi vida.
Te amo.

A mi madre:

Por impulsarme con tu amor a seguir adelante día con día. Sin ti no hubiera sido posible alcanzar esta meta.
Te amo.

A mi padre:

Gracias por tu compañía y tus cuidados.

A mis abuelitos:

Gracias por el cariño y comprensión que siempre han sabido darme.
Los quiero mucho.

A mis tíos:

Gracias por su apoyo incondicional que me da la fuerza para seguir adelante.
Los quiero mucho.

Al Lic. Miguel Angel González Arano:

Gracias por tus deseos de ver a la gente superada y la ayuda que siempre me has brindado, personal y profesionalmente.
Te quiero mucho.

Gracias a todos mis maestros y a toda esa gente que de una u otra forma, han contribuido a mi desarrollo profesional, ayudándome con sus consejos y sus conocimientos y confiando en mí.
Los quiero mucho.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

1.1	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1.2	JUSTIFICACION DEL PROBLEMA	1
1.1.3	FORMULACION DEL PROBLEMA	2
1.2	DELIMITACION DE OBJETIVOS	2
1.2.1	OBJETIVO GENERAL	2
1.2.2	OBJETIVOS ESPECIFICOS	3
1.3	ENUNCIACION DE LA HIPOTESIS	3
1.3.1	VARIABLE DEPENDIENTE	4
1.3.2	VARIABLE INDEPENDIENTE	4
1.4	DISEÑO DE LA PRUEBA	4
1.4.1	INVESTIGACION DOCUMENTAL	4
1.4.2	BIBLIOTECAS PUBLICAS	4
1.4.3	TECNICAS EMPLEADAS	5
1.4.4	FICHAS BIBLIOGRAFICAS	5
1.4.5	FICHAS DE TRABAJO	5
1.4.6	FICHAS DE INVESTIGACION	5

CAPITULO II

INSEMINACION ARTIFICIAL

2.1	REFERENCIAS HISTORICAS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL	6
2.2	CONCEPTO DE INSEMINACION ARTIFICIAL	8
2.3	CLASIFICACION DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL	11
2.3.1	INSEMINACION ARTIFICIAL HOMOLOGA	12
2.3.1.1	DENTRO DEL MATRIMONIO	12
2.3.1.2	FUERA DEL MATRIMONIO O POST MORTEM	12
2.3.2	INSEMINACION ARTIFICIAL HETEROLOGA	14
2.3.2.1	DENTRO DEL MATRIMONIO	14
2.3.2.2	FUERA DEL MATRIMONIO	15
2.3.3	INSEMINACION ARTIFICIAL CONFUSA, MIXTA O COMBINADA	15
2.4	TECNICAS DE INSEMINACION ARTIFICIAL	17

CAPITULO III

CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL
HOMOLOGA

3.1	INSEMINACION ARTIFICIAL HOMOLOGA DENTRO DEL MATRIMONIO O IAC	24
3.2	EL DERECHO A PROCREAR Y LA OPOSICION DEL MARIDO A LA INSEMINACION DE SU ESPOSA O DE ESTA A SER INSEMINADA	26
3.3	CONSIDERACIONES ETICAS SOBRE LA INSEMINACION ARTIFICIAL HOMOLOGA	29
3.4	DE LA PATERNIDAD Y FILIACION POR LA I.A.C.	30
3.4.1	SUPUESTO DE INSEMINACION HOMOLOGA MEDIANDO IMPOSIBILIDAD DE ACCESO ENTRE EL MARIDO Y MUJER EN EL PERIODO LEGAL DE LA CONCEPCION	33
3.4.2	ADULTERIO POR I.A.C.	36
3.5	CONSECUENCIAS DE LA I.A.C. EN LA DOCTRINA PENAL	38
3.6	INSEMINACION ARTIFICIAL HOMOLOGA FUERA DEL MATRIMONIO O POST MORTEM	43
3.6.1	CONSIDERACIONES ETICO-JURIDICAS SOBRE INSEMINACION ARTIFICIAL POST MORTEM	44

CAPITULO IV

CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL
HETEROLOGA

4.1	INSEMINACION ARTIFICIAL HETEROLOGA DENTRO DEL MATRIMONIO O IAD	55
4.1.1	CONSIDERACIONES ETICAS SOBRE LA IAD	56
4.1.2	LA IAD Y EL DERECHO COMPARADO	59
4.1.2.1	EUROPA	59
4.1.2.2	SUECIA	60
4.1.2.3	ESTADOS UNIDOS	63
4.1.2.4	OTRAS LEGISLACIONES	65
4.1.3	EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN	66
4.1.4	PATERNIDAD Y FILIACION	69
4.1.4.1	PRESUNCION DE PATERNIDAD	70
4.1.4.2	RECLAMACION DE LA PATERNIDAD POR EL DADOR DEL SEMEN	80
4.1.5	DOCTRINA PÉNAL	81
4.2.	INSEMINACION ARTIFICIAL HETEROLOGA FUERA DEL MATRIMONIO O IAD EN MUJER SOLTERA	85

4.2.1	DERECHO A PROCREAR O DERECHO A LA SALUD	86
4.2.2	PATERNIDAD Y FILIACION	91
4.2.3	CONSIDERACIONES ETICAS SOBRE LA IAD EN MUJER SOLTERA	95
	CONCLUSIONES	97
	BIBLIOGRAFIA	107

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo denominado **“LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS”**, realizado para obtener el grado de Licenciada en Derecho, de acuerdo al carácter de la investigación, es de tipo jurídico-descriptiva y propositiva.

Utilizará los métodos analítico, sintético, deductivo, dialéctico y exegético, que nos lleve a la resolución de la hipótesis y objetivos planteados.

El estudio de este trabajo, se encuentra enfocado a lo siguiente:

Los avances científicos y técnicos en los campos de la biomédica y de la biotecnología han hecho posible el desarrollo y la utilización de técnicas de reproducción humana.

La infertilidad ha dejado de ser un problema exclusivamente médico y se ha convertido en un problema ético y jurídico. Esto es así porque, ante la imposibilidad de llevar a cabo la generación por causa de esterilidad en alguno de los componentes de la pareja, se recurre actualmente a las técnicas de reproducción asistida, en las cuales el elemento biológico y el institucional coinciden en algunos de los casos, pero en otros quedan disociados.

Para la mayoría de las legislaciones civiles, incluyendo la del Estado de Veracruz, la relación sexual entre el hombre y la mujer produce la filiación y todos sus efectos jurídicos. La maternidad natural que nuestro código civil considera se produce con el parto. El padre del neonato es el hombre que haya fecundado a la mujer. En los casos en que la filiación paterna es difícil de determinar, se ha recurrido a la presunción de paternidad en el matrimonio y al reconocimiento y a la posesión de estado fuera de matrimonio.

Pero ahora existe una nueva realidad que parte de un dato inicial completamente diferente, pues en la actualidad hay varias técnicas que hacen posible la procreación sin necesidad de relación sexual alguna. Por tanto, no estamos aquí ante una maternidad o una paternidad en el sentido que ambos tienen cultural y jurídicamente desde hace mucho tiempo atrás. Y esto se complica con las numerosas variantes posibles. Los gametos masculino y/o femenino pueden provenir de uno de los miembros de la pareja, casada o no, que decide el nacimiento del nuevo ser. Pero también pueden provenir de un tercero, es decir que, además de que el procedimiento es artificial que acaso no sea lo más trascendente, la procreación puede llevarse a cabo mediante la unión de gametos ajenos a las personas que toman la decisión de que el hijo nazca, e incluso con o sin el consentimiento de alguno de los miembros de la pareja.

El tema la inseminación artificial y sus consecuencias jurídicas, analizándose esta nueva realidad en que las relaciones jurídicas familiares y los conceptos tradicionales tales como la paternidad y filiación ponen en entredicho el ordenamiento jurídico vigente que rige el derecho de familia, resultado de la reproducción asistida, específicamente de la técnica de inseminación artificial homóloga y heteróloga, dentro y fuera del matrimonio.

Las consecuencias jurídicas que produce la inseminación artificial en la paternidad y filiación, requiere para que tenga efectividad, de un tratamiento en congruencia con ella: ya sea elaborando una nueva categoría jurídica con terminología idónea, y un régimen jurídico apropiado, con soluciones acordes a la realidad actual imperante, o adecuarla a los viejos esquemas conceptuales y legales y dentro de estos, por una parte, definir quienes son el padre y/o la madre del ser nacido por fecundación artificial, y por la otra, determinar qué tipo de relación jurídica puede haber entre el ser nacido por ese procedimiento y la persona que proporcionó el gameto correspondiente.

El código civil del Estado de Veracruz, en el Libro Primero de las personas y la familia en su Título Séptimo y capítulos relativos a la paternidad y filiación no se establece las consecuencias que se producen en caso de inseminación artificial; y únicamente la Ley General de Salud trata específicamente sobre inseminación artificial en el artículo 466, siendo esta de carácter federal; y en el Reglamento de la Ley General de Salud en

materia de investigación para la salud de manera incompleta regula algunos aspectos de la inseminación artificial homóloga y heteróloga y fertilización *in vitro*.

El presente es una investigación jurídico-descriptiva y propositiva, que tiene por objeto determinar las consecuencias jurídicas que se producen con la inseminación artificial y de la normatividad existente en el código civil del Estado.

CAPITULO I.

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1.2 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.

La infertilidad ha dejado de ser un problema exclusivamente médico y se ha convertido en un problema ético y jurídico. Esto es así porque, ante la imposibilidad de llevar a cabo la fecundación por causa de esterilidad en alguno de los componentes de la pareja, se recurre actualmente a las técnicas de reproducción asistida, en las cuales el elemento biológico y el institucional coinciden en algunos de los casos, pero en otros quedan disociados; analizándose esta nueva realidad en que las relaciones jurídicas familiares y los conceptos tradicionales tales como la paternidad y filiación ponen en entredicho el ordenamiento jurídico vigente que rige el derecho de familia, resultado de la reproducción asistida, específicamente de la técnica de inseminación artificial homóloga y heteróloga, dentro y fuera del matrimonio.

Para la mayoría de las legislaciones civiles, incluyendo la del Estado de Veracruz, la fecundación a través de la relación sexual entre el hombre y la mujer produce la filiación y todos sus efectos jurídicos. La maternidad natural que nuestro código civil considera se produce con el parto. El padre del neonato es el hombre que haya fecundado a la mujer. En los casos en que la filiación paterna es difícil de determinar, se ha recurrido a la presunción de paternidad en el matrimonio y al reconocimiento y a la posesión de estado fuera de matrimonio.

1.1.3 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

El tema, en consecuencia, queda transformado en el siguiente problema:

¿Es eficaz la normatividad existente en el código civil, respecto a las consecuencias jurídicas que se producen con la inseminación artificial?.

1.2 DELIMITACIÓN DE OBJETIVOS

1.2.1 OBJETIVO GENERAL

Determinar la naturaleza jurídica y sus consecuencias, del producto de la inseminación artificial respecto a la paternidad y filiación, y la efectividad de la normatividad del Código Civil de Veracruz, con respecto de la paternidad y filiación del producto de inseminación artificial.

1.2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1.2.2.1 Analizará y desarrollará a la teoría general de la posesión, referente al estado de las personas que dominan a la filiación legítima y sus modos de prueba.

1.2.2.2 Examinará y explicará a la doctrina relativa al derecho de familia, desde el punto de vista, del ordenamiento civil vigente en el Estado de Veracruz con relación comparativa con otras legislaciones y el derecho penal.

1.3 ENUNCIACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La normatividad existente en el Código Civil del Estado de Veracruz, al no regular las consecuencias jurídicas de la paternidad y filiación que genera el producto de la inseminación artificial, tiene un vacío legal respecto a su tratamiento, por lo que debe legislarse al respecto.

1.3.1 VARIABLE DEPENDIENTE

Las consecuencias y efectos que jurídicamente trae consigo la inseminación artificial al no ser tratadas por la legislación civil actual.

1.3.2 VARIABLE INDEPENDIENTE

Trae como resultado una gran laguna legal que debe ser subsanada.

1.4 DISEÑO DE LA PRUEBA

1.4.1 INVESTIGACIÓN DOCUMENTAL

Para la realización de esta investigación se consultaron los textos relacionados con las mismas obtenidos en las siguientes:

1.4.2 BIBLIOTECAS PÚBLICAS

Biblioteca de la Universidad Autónoma de Veracruz "Villa Rica" ubicada en la calle Urano esquina Progreso s/n de la Ciudad de Boca del Río, Veracruz.

1.4.3 TÉCNICAS EMPLEADAS

1.4.4 FICHAS BIBLIOGRÁFICAS

Que contienen nombre del autor, título de la obra, número de edición, editorial, lugar y fecha.

1.4.5 FICHAS DE TRABAJO

Que contienen nombre del autor, título de la obra, número de edición, editorial, lugar y fecha, además de un resumen del material empleado.

1.4.6 FICHAS DE INVESTIGACIÓN

Que contienen nombre del autor, título de la obra, número de edición, editorial, lugar y fecha, así como la reflexión del investigador.

CAPÍTULO II

INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

2.1. REFERENCIAS HISTÓRICAS DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Todo ser humano tiene el afán de trascender, y una manera de lograrlo es por medio de los hijos. Por esto la procreación humana no es un simple acto de reproducción instintiva sino la oportunidad de "prolongar" nuestra vida transmitiéndonos a nuestros hijos. "La pulsión de generar una nueva vida (...) puede frustrarse por deficiencias biológicas que impidan la procreación. Cuando esto ocurre los padres buscarán entonces el apoyo científico para superar la dificultad y enfrentar por distintos caminos la esterilidad, hasta alcanzar la gestación requerida."¹ La comunidad científica ha tratado de dar respuesta a la necesidad humana de procreación por medio de métodos como la inseminación artificial.

La primera inseminación artificial en seres humanos fue realizada por el cirujano inglés John Hunter entre los años 1790 y 1799. Esta fue una inseminación homóloga pues se utilizó el semen del esposo de la mujer

¹ P.Grossman Cecilia, Martínez Alcorta Irene, *La filiación matrimonial*. Su reforma según la ley 23.264, LL, 1986-D-924, citado por SOTO Lamadrid Miguel Angel, *Biogenética, filiación y delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p.12.

inseminada. Ciertamente este hecho ha sido puesto en cuestión, pero existe información concreta de que un niño nació en 1834 por este método.²

En 1884 William Pancoast logró exitosamente la primera inseminación heteróloga documentada en Filadelfia.

En 1886 Montegazzo sugirió que se utilizaran los bancos de semen congelado. La primera concepción humana con células de espermatozoides congelado fue reportada por Bunge en 1953.

Durante la Segunda Guerra Mundial, debido a la preocupación de los soldados norteamericanos por tener descendencia y dado que desconocían el tiempo que estarían alejados de sus esposas, se recurrió al método de inseminación artificial. Transportaban el espermatozoides de los combatientes en aviones de guerra. Mediante esta práctica, afirman Saimour y Kemer que tan sólo en el año de 1941 resultaron nueve mil casos de embarazo por inseminación artificial.³

Se puede decir que en la actualidad la capacidad de procreación del hombre puede ejercerse incluso después de su muerte. Más de veinte mil niños nacen cada año por medio de inseminación artificial y utilizando semen

² EWERLÓF, Góran. "*Legislación sueca sobre inseminación artificial*", en II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1987, p. 65.

³ VETRI, Dominick. "*Tecnología reproductiva y las leyes de los Estados Unidos*", en la publicación trimestral de la Ley Internacional y Comparativa, Vol. 37, part 3, 1988, p. 508.

de un donante. En 1982 Walzer estimó que alrededor de quinientos mil niños habían nacido para esa fecha como resultado de este método. Bancos de semen se han establecido en todo el mundo. Países como Francia y Dinamarca han construido bancos y centros de inseminación aceptados por la comunidad científica y por la sociedad.

2.2. CONCEPTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

En la actualidad, la ciencia pone al alcance de las parejas infértiles el recurso de la inseminación artificial. Esta constituye un método que facilita el encuentro de los componentes genéticos óvulo y espermatozoide fértil para lograr la fecundación.

Existen diversas formas de inseminación artificial dependiendo tanto del estado de familia de la mujer que será inseminada, como del origen de los gametos femenino (óvulo) y masculino (semen).

El reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la salud en su artículo 40 define la fertilización asistida como “aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro”.

La inseminación artificial puede describirse como la técnica que:

Salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer. En muchos casos, la pareja es infecunda debido a causas que atañen exclusivamente a la mujer, sin ser ésta estéril. No superándose estos trastornos mediante tratamiento terapéutico, puede recurrirse a la inseminación artificial con semen del marido.

Pero puede ocurrir que frente a la esterilidad del marido(...) la pareja decidiese recurrir a la inseminación artificial utilizando el esperma fértil de un tercero. En ese caso, la inseminación no es sólo una técnica o método para permitir la fecundación genética conyugal, sino que, además, aporta un componente genético ausente en la pareja para fecundar. En otras palabras, en el primer caso planteado (inseminación homóloga, con semen del marido) los componentes genéticos óvulo y espermatozoide fértil existen en el marido y la mujer: la inseminación artificial sólo(...) facilita su encuentro apto para lograr la fecundación. En el segundo caso uno de los componentes genéticos de la fecundación -esperma fértil- está ausente, falta, la inseminación lo aporta, lo introduce "desde afuera" (inseminación heteróloga).

Ahora bien, tanto la inseminación artificial homóloga como la heteróloga participan de un carácter común: la fecundación se obtiene sin cópula o

coito. El semen es inoculado mediante jeringa o catéteres y depositado en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo femenino.⁴

Una de las más antiguas formas de procreación por métodos artificiales es la inseminación artificial, que es un proceso sencillo que consiste en depositar semen fresco o congelado en el fondo de la vagina de una mujer fértil (cuando está ovulando). La inseminación artificial puede ser homóloga (con semen de la pareja) o heteróloga (con semen del donante).

Chávez Asencio distingue a la inseminación artificial de la fecundación artificial.” Inseminación será el término para indicar la introducción del espermatozoide en la mujer sin asegurar la fecundación; fecundación, la unión artificial extrauterina de un espermatozoide con óvulo.”⁵

Raúl Pálmer sostiene que todas las definiciones conocidas señalan que la inseminación artificial en los seres humanos es “un método o artificio distinto de los usados por la naturaleza, para lograr introducir el espermatozoide en el interior de los órganos genitales de la mujer.”⁶

⁴ Zannoni, Eduardo A. *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, págs. 43, 44.

⁵ CHAVEZ Asencio, Manuel F., *La familia en el Derecho Relaciones Jurídicas paterno filiales*. Editorial Porrúa, S.A., México, 1987, p. 25

⁶ SOTO Lamadrid, Miguel Angel, *Biogenética, filiación y delito* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 19.

En definitiva, se puede decir que la inseminación artificial es un método que consiste en introducir mediante procedimientos artificiales el esperma en la mujer fértil con el propósito de la procreación.

2.3. CLASIFICACIÓN DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

En la literatura internacional se usan las siglas IAC (Inseminación Artificial Cónyuge) o AIH (Artificial Insemination Husband) cuando el semen procede del cónyuge o compañero, y las siglas IAD (Inseminación Artificial Donante) ó AID (Artificial Insemination Donor) cuando el semen procede de una persona ajena a la pareja.

En el presente trabajo se usarán los conceptos de inseminación artificial (IA) a la técnica que consiste en trasladar el semen de un varón al interior de la vagina o del útero de una mujer sin que se realice el coito entre ambos.

Si el semen procede del marido o del varón de la pareja se tratará de inseminación artificial homóloga, conocida como inseminación artificial del cónyuge (IAC). Cuando el semen procede de un varón extraño a la pareja, la técnica se denomina inseminación artificial por donante (IAD).

2.3.1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMOLOGA

2.3.1.1. DENTRO DEL MATRIMONIO

En este caso el semen procede del marido o del varón que vive establemente con la mujer que ha de ser inseminada, aunque no estén jurídicamente casados. Algunos autores no consideran al concubinato dentro de esta clasificación. Pero se incluye por considerar que lo importante en este método es que la pareja se encuentre dentro de una relación permanente.

Esta inseminación es la que se realiza con componentes genéticos de marido y mujer. Zannoni dice que "la ciencia pone al alcance de los matrimonios infecundos, en la actualidad, el recurso de la inseminación artificial. Este constituye una técnica, un método, si se prefiere que salve los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer."⁷

2.3.1.2. FUERA DEL MATRIMONIO O POST MORTEM

Es la inseminación de mujer viuda con semen del marido fallecido.

⁷ Op. Cit., p. 43

El término inseminación post mortem puede ser tomado en varios sentidos, que para los efectos de este estudio se reducen a los siguientes:

a) Caso en que el donante del semen haya fallecido antes de su empleo y se proceda con posterioridad a su utilización en mujer receptora.

b) Inseminación en mujer viuda con semen de su marido fallecido. A este supuesto es al que en rigor debe limitarse el significado de la inseminación post mortem. A su problemática específica nos referiremos pormenorizadamente más adelante.

La inseminación post mortem sólo se entiende si se atiende a las técnicas de congelación de gametos. La congelación del semen para disponer posteriormente de él, en casos de vasectomía o cuando una persona sea tratada con remedios químicos a causa de un cáncer o con radiaciones que pueden dejarle estéril, garantiza la procreación futura. En estos casos "el paciente puede acudir a un banco de esperma para depositar ahí sus espermatozoides, los que serán cuidadosamente conservados a 196 grados, en una bomba refrigerada con ázoe líquido, y podrá recuperarlos después, cuando desee tener hijos."⁸

El esperma pertenece, por tanto, a quien lo ha suministrado y su utilización está normalmente destinada a dar un hijo a la pareja.

⁸ CLARKE, Robert *Los hijos de la ciencia*, Emecé, Buenos Aires, 1986, p.57, citado por Soto Lamadrid, Miguel Angel., op. cit, p. 95.

2.3.2. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETEROLOGA

2.3.2.1 DENTRO DEL MATRIMONIO

La inseminación heteróloga es practicada a la esposa, durante su matrimonio. Puede presentarse la necesidad de IAD o de inseminación artificial con donante cuando hay esterilidad del marido, cuando éste no produce espermatozoides o cuando sufre cualquier enfermedad que haga imposible la fecundación.

La inseminación artificial heteróloga o por donador se presenta cuando en vez de inyectar el semen del marido, se utiliza el semen de un donador, de un tercero ajeno a la relación matrimonial, generalmente anónimo. Aquí intervienen en la fecundación componentes genéticos extraños al marido, porque genéticamente el hijo es del tercero que no es el padre.

En este caso la inseminación no es sólo una técnica o método para permitir la fecundación genéticamente conyugal, sino que, además, aporta un componente genético ausente en la pareja por fecundar.

Desde el punto de vista médico, puede ser recomendable utilizar la IAD en los siguientes casos:

- 1.- Cuando hay contraindicación de utilizar AIH.
- 2.- Cuando existe esterilidad masculina absoluta. Cuando hay ausencia absoluta de células de espermatozoides en el fluido seminal.
- 3.- Cuando la patología del semen del marido es resistente a cualquier terapia.
- 4.- Cuando existen enfermedades hereditarias en la familia del marido.
- 5.- Cuando hay incompatibilidad con el factor RH.
- 6.- Cuando hay un período largo de infertilidad sin razón aparente y la mujer está por alcanzar sus últimos años reproductivos.⁹

2.3.2.2. FUERA DEL MATRIMONIO

Es aquella inseminación que se realiza en mujer soltera, viuda o divorciada a la cual se le deposita semen de un donante por medios no naturales con fines procreativos. En este estudio entenderemos por no casada aquella mujer que no se encuentra dentro de una relación estable jurídica o de hecho.

2.3.3. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL CONFUSA, MIXTA O COMBINADA

Algunos autores proponen esta categoría para referirse a la

⁹ GLEZERMAN, M. "Una visión general y pensamientos sobre la inseminación artificial", en David Puetti (de), "El impacto de la biología molecular y la biotecnología en la fertilidad humana, la salud y los alimentos", Fondo de las Naciones Unidas para las actividades de población", New York, 1984, p. 42.

inseminación artificial en que se utiliza una mezcla de espermatozoides de dos o más personas, usualmente del marido de la mujer que va a ser inseminada y de uno o varios donantes. Son dos las razones de esta práctica:

La primera sostiene que se cubren más adecuadamente los aspectos legales de la cuestión, ya que el esposo quizás es el padre del hijo nacido por inseminación artificial.

La segunda es de orden sociológico, ya que ayuda a consolidar la personalidad del esposo, al permitirle suponer que tal vez él sea el padre del hijo de su mujer.

La posición del NBHW en relación con la inseminación combinada o mixta es que no debe ser utilizada pues trae consigo problemas de identificación del padre biológico.

Respecto a este tipo de inseminación Di Cío opina que no es más que una variante de la heteróloga. En efecto, parece indudable que si se recurre al semen de un tercero (aunque se combine con el del marido), es porque se ha llegado a la conclusión de que los espermatozoides de este último no son aptos para fecundar a la esposa. Así las cosas, parece claro que lo realmente importante en esta modalidad de inseminación es la figura del donante.¹⁰

¹⁰ DI CIO, Alberto. *La inseminación artificial y el Derecho de familia*, Buenos Aires, Belgrano, 1984, p.22, citado por Soto Lamadrid, Miguel Angel, op.cit, p 87.

No coincido con esta opinión, ya que podría suceder que el marido fuese oligoastenospermico, es decir, un hombre cuyo líquido seminal contiene un bajo número de espermatozoides y de reducida motilidad. En un caso así, a la totalidad del esperma recogido del marido se le puede añadir esperma de un tercero y con esa preparación inseminar a la esposa. Siendo así, los espermatozoides del marido sí serían aptos para fecundar a la esposa y no se sabría si el óvulo de la esposa fue fecundado con un espermatozoide del marido o del donante. De acuerdo con esto si hablaríamos de una categoría aparte, aunque tal vez no utilizada con frecuencia.

2.4. TÉCNICAS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

La inseminación artificial se realiza introduciendo semen en la vagina, en el cuello del útero o en el útero. Para este proceso se utilizan instrumentos como cánulas o jeringuillas. El médico debe conocer el momento de la ovulación de la mujer interesada para lo que, durante meses, debe controlar su temperatura basal. Al mismo tiempo se tiene que recurrir a alguna fuente de esperma, el cual puede ser el esperma de la pareja de la mujer inseminada o el esperma congelado del donante.

Una mujer puede ser inseminada artificialmente con el esperma de una donador anónimo o con el de su pareja. Técnicamente no hay diferencia entre estos dos métodos.

La fertilización de un óvulo requiere de tres prerequisites básicos:

1. Suficientes células de espermias normales
2. El depósito intravaginal de estas células.
3. El ascenso de estas células a la parte superior del tracto genital femenino.

El primero requisito depende únicamente del aparato reproductor masculino. El segundo y el tercero requieren de la interacción adecuada de ambas. Cuando existe una disfunción en cualquiera de los prerequisites mencionados, surge la infertilidad. Habiendo agotado la cirugía y los demás recursos médicos, puede pensarse en acudir al procedimiento de inseminación artificial. El método de IAC no debe ser utilizado en los siguientes casos.

1. Cuando el embarazo es contraindicado por razones médicas o fisiológicas.
2. En los casos de incompatibilidad del factor RH.
- 3.- Si cualquiera de los cónyuges es transmisor de una enfermedad hereditaria.
4. En los casos de enfermedad crónica en alguno de los cónyuges.
5. Cuando alguno de los cónyuges ha recurrido a tratamientos terapéuticos de rayos x recientemente.
6. Cuando alguno de los cónyuges presenta infecciones genitales agudas.

Se aconseja practicar tres inseminaciones: una inmediatamente antes de la ovulación, otra en el momento de la ovulación y la tercera inmediatamente después de ésta, para asegurar que suficientes células de esperma están disponibles en el momento que llegue el óvulo para su fertilización.

Cualquiera que sea el tipo de inseminación, la mecánica más simple, suponiendo la sanidad de los gametos, es la de recolectar el semen e introducirlo de inmediato por cualquier medio estéril a fondo del conducto vaginal, para lo cual no se requieren técnicas especiales ni produce riesgos importantes para la receptora.

Los requisitos médicos para que una mujer pueda ser inseminada por la técnica de IAD, en la mayoría de los países en que ésta es aceptada, son los siguientes: que esté física y mentalmente sana; que sea fértil; que tenga entre 35 y 40 años de edad y que no tenga ningún impedimento para adoptar o algún riesgo en relación con el embarazo y el parto. En cuanto a la pareja de la mujer, ésta debe encontrarse en buen estado de salud.

El donante, o sea aquella persona que proporciona el material genético necesario para proceder a la inseminación artificial con elemento extraño a la pareja, deberá encontrarse física y psicológicamente sano, no deberá padecer ninguna enfermedad hereditaria y deberá poseer una

inteligencia normal. Su esperma debe ser de buena calidad. En algunos casos se prefiere que sea menor de cuarenta años, casado y que tenga un hijo sano.

Algunas parejas prefieren utilizar el semen de un pariente, con el objeto de que exista algún parentesco con el producto. Pero esto no es recomendable, pues podrían darse serias complicaciones de naturaleza emocional si el donante reclamara posteriormente la paternidad del hijo, lo ideal es que la pareja no conozca al donante, es decir, que éste sea anónimo.

Con el uso de bancos de espermias se asegura el anonimato del donante, aunque el porcentaje de embarazos con el uso de esperma congelado es menor que con el de esperma fresco.

En algunos países se prefiere utilizar semen congelado por las siguientes razones:

- 1.- Las parejas cuentan con más donadores para escoger.
- 2.- El semen congelado puede ser transportado a diferentes partes para que no surja el problema de que nazcan varios hijos del mismo donador y sin saberlo contraigan matrimonio entre ellos.
- 3.- Las parejas pueden tener varios embarazos del mismo donador.
- 4.- Resulta más barato, pues de una sola eyaculación pueden producirse varios embarazos.

La finalidad de almacenar espermatozoides congelados es la de manejarlo de una manera flexible, la mujer que va a ser inseminada y el donante no tienen que acudir al hospital simultáneamente. Se le puede administrar el semen a la mujer cuando se encuentre en las condiciones médicas óptimas, sin la necesidad de tener donantes idóneos a la mano. Para este fin no se requiere que el espermatozoides esté congelado más que unos pocos meses.

La ley no considera necesario cuestionar estas normas médicas. Como en cualquier otro tratamiento. Se deja al arbitrio del médico decidir si la IAD es necesaria en cada caso concreto.

La IAD debe ser realizada únicamente en hospitales públicos bajo la supervisión de un ginecólogo.

En algunos países, como Suecia, se requiere que a la pareja que va a utilizar la técnica de IAD se le aplique un examen psicosocial, para determinar si es apta para ella. En ese país, el Segundo Panel de Salud y Bienestar Social (NBHW) ha publicado algunas directrices en relación con la inseminación artificial.

Con respecto al sida, al donante se le hace un examen para determinar si tiene anticuerpos de este virus cuando dona su semen. Dicho

semen se congela y a los seis meses se le vuelve a hacer el análisis. Si todavía no tiene anticuerpos, el semen puede ser utilizado.

En relación con la compensación económica por los servicios del donante, éste debe ser compensado por los gastos en que haya incurrido, mas no debe recibir compensación económica por sus servicios. Además, a los donantes se les permite solamente aportar su semen para seis inseminaciones, para que no exista el riesgo de medios hermanos casándose.¹¹

En Brasil se está practicando la inseminación artificial por medio de pellets (píldora de espermatozoides), inventados por el doctor Milton Nakamura de la Universidad de San Pablo. Estas píldoras se colocan en el fondo del canal vaginal para la fertilización del óvulo.

Recientemente se comenzó a emplear un nuevo método: la transferencia intrauterina de gametos (TIG o GIFT). Esta técnica fue ideada por el médico Ricardo Ash y consiste en captar los óvulos de la mujer a través de laparoscopia y al mismo tiempo el espermatozoides del marido. En la misma operación se colocan ambos gametos en una cánula especial, debidamente preparados, y se introducen en cada una de las trompas de falopio, lugar donde se produce naturalmente la fertilización. Los

¹¹ EWERLÓF, Góran. Op. Cit., p. 81.

espermatozoides penetran en uno o más óvulos, formándose el embrión. Este descenderá dentro de las trompas hacia el útero, de forma tal que la concepción se producirá íntegramente en el cuerpo de la mujer. Esta técnica es un refuerzo de la inseminación homóloga, respetando al máximo el proceso de la concepción que, según la doctrina católica, debe darse necesariamente en el cuerpo de la mujer.

En el caso de fallas en la migración espermica o cuando el semen del marido no es bueno en cuanto a su cantidad o calidad, así como en el caso de disfunciones fisiológicas relacionadas con la impotencia por la ingestión de drogas o por problemas psicológicos, se habla de la inseminación intraperitoneal como una técnica más simple y efectiva. En este caso, el semen es colocado en la cavidad peritoneal para que caiga directamente en la trompa. Esta técnica es completamente ambulatoria, no requiere internación e indolora. No se usa anestesia y la paciente sólo sufre una pequeña molestia.

El profesor Roberto Nicholson opina que este es el sistema con mas futuro. En Francia se han obtenido excelentes resultados, como una efectividad más alta que la GIFT. Otra ventaja de este sistema, además de su simplicidad, es su precio. El tratamiento a través de la GIFT cuesta alrededor de dos mil dólares, mientras que la fertilización intraperitoneal puede realizarse por una cifra irrisoria: unos cincuenta dólares.

CAPITULO III

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA

3.1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA DENTRO DEL MATRIMONIO O IAC

La inseminación artificial homóloga es aceptada por un gran sector de la doctrina siempre y cuando sea utilizada como último recurso para la procreación. Puede darse el caso de una pareja que después de experimentar todos los métodos médico-quirúrgicos no logre tener un hijo. En este caso la inseminación es generalmente aceptada, ya que es solamente un recurso que ayuda a la naturaleza.

En la mayor parte de las legislaciones, no ha sido necesario legislar expresamente sobre la IAC, ya que los problemas en la práctica ha sido posible resolverlo con la legislación existente.

En dichas legislaciones no se han presentado muchos problemas con relación al status legal del hijo ya que el esposo o compañero de la mujer es el que ha suministrado el semen. El esposo o compañero es también el padre biológico del hijo, como sucede cuando la concepción es por vía

natural. Para esta inseminación se requiere que el hombre que aporta el semen esté vivo y haya dado su consentimiento.

En Suecia, uno de los países mas adelantados en materia de legislaciones sobre la inseminación artificial, la IAC es permitida para las mujeres casadas y para aquellas que viven con su pareja, como si lo estuvieran, siempre que el marido esté vivo y haya dado su consentimiento. "La ley (1984-1139) sobre inseminación artificial artículo 1. La inseminación para esta ley se refiere a la colocación del espermatozoides en una mujer de manera artificial. Artículo 2. Una inseminación puede realizarse siempre que la mujer esté casada o cohabite con un hombre bajo condiciones similares a la del matrimonio, con consentimiento escrito del esposo o del hombre con el que cohabita es una condición necesaria."¹²

La situación legal del hijo no presenta mayor problema, porque el esposo o pareja de la mujer es el padre biológico. En relación con el consentimiento de la mujer no existe ningún requisito formal que deba cumplir, ya que el hecho de que esté presente para el tratamiento, es considerado como que ella está de acuerdo. En este país sólo se puede usar semen fresco para la IAC, por lo que la pareja de la mujer debe aportar el semen al momento de la inseminación; esto podría implicar que existe

¹² EWERLÓF, Góran. Op. Cit., p. 83.

consentimiento por parte del marido, sin embargo, la nueva ley sueca exige que el consentimiento por parte del marido, sea expreso y por escrito.

Se encuentra ampliamente compartida la opinión de que la inseminación homóloga no requiere una especial legislación y es, en principio, aceptable, salvo en los supuestos de inseminación post mortem que más adelante analizaremos.

3.2. EL DERECHO A PROCREAR Y LA OPOSICIÓN DEL MARIDO A LA INSEMINACIÓN DE SU ESPOSA O DE ÉSTA A SER INSEMINADA

Se ha debatido si el matrimonio tiene entre sus fines primordiales la perpetuación de la especie y si los cónyuges pueden reclamarse mutuamente el derecho a procrear.

Con respecto a la inseminación. Se plantea el problema de que si se necesita el consentimiento de ambos cónyuges para llevarla a cabo o si es ilícito que uno de los dos se oponga a ella. Los criterios doctrinales y legislativos no son coincidentes.

Soto Lamadrid dice que “uno de los fines naturales del matrimonio es el de permitir la trascendencia mutua de los cónyuges, a través de los hijos y que la negativa injustificada de uno de ellos, no convenida expresamente

antes del matrimonio, constituye una grave ofensa para el miembro que se unió conyugalmente con esta expectativa.¹³

Por su parte, Chávez Asencio distingue entre el pacto o la condición de no tener hijos, que produciría la nulidad de ésta cláusula o condición en el Derecho Civil e invalidaría el matrimonio en el Canónico, con la decisión libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de los hijos, que como garantía constitucional se consagra en el artículo 4 y se reproduce en el artículo 98 del Código Civil. Es decir, no habiendo alguna cláusula por la cual se hubiera excluido del matrimonio la procreación y educación de los hijos, la decisión libre y responsable de tenerlos hace jurídicamente imposible obligar a unos de ellos a la procreación, bien sea natural o artificial. Estimo que se requiere necesariamente el consentimiento de ambos, y muy especialmente el de la esposa, que será quien tenga en su seno el nuevo ser.¹⁴

El Código Civil de Veracruz, en la última parte de su artículo 98, dice: "toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el esparcimiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges."

¹³ Op. Cit., p. 454.

¹⁴ Op. Cit., p. 44

En mi opinión considero que tanto la mujer como el marido poseen el derecho de reproducirse a través del otro cónyuge. Esto no significa que tal derecho pueda ejercerse mediante la violencia o el engaño, sino que debe resolverse a través de una decisión en común. La inseminación de la mujer con semen del marido, realizada sin el consentimiento de éste, puede entrañar la violación de deberes conyugales como el respeto mutuo; no obstante este, nada cambia respecto a la paternidad del marido y la correlativa filiación matrimonial de los hijos ya que el consentimiento de éste es irrelevante para determinar la filiación matrimonial.

En la inseminación artificial conyugal, es necesario el consentimiento del marido para la extracción del semen con la finalidad precisa de su inseminación en su mujer. Tal consentimiento no puede extenderse implícito en el consentimiento matrimonial; tampoco exigible o debido en atención a los deberes conyugales de socorro mutuo (ni siquiera cuando éste sea un medio para superar la imposibilidad de la pareja de generar mediante cópula sexual), por lo que su negativa no podría calificarse como violación de deberes conyugales a efectos de separación y divorcio. La inseminación de la mujer con semen del marido contra la voluntad de éste, puede entrañar la violación de los deberes conyugales por parte de ella, pero nada cambia respecto de la paternidad del marido y correlativa filiación matrimonial de los hijos.

3.3. CONSIDERACIONES ÉTICAS SOBRE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA

La mayoría de los autores que se oponen a la inseminación artificial, ya sea homóloga o heteróloga, sostienen que la concepción es una sola y debe realizarse de acuerdo con las leyes de la naturaleza.

La iglesia católica se ha pronunciado categóricamente acerca de la ilegitimidad moral de la inseminación artificial. Lo que la ética católica condena es el medio empleado, ya que el matrimonio no tiene por objeto la procreación, sino los actos naturales que son capaces de engendrar una nueva vida.

Cita Chávez Asencio la parte del estudio realizado por la Catholic Theological Society of América que dice: " las discusiones de la última década sobre inseminación artificial, con espermatozoides del marido, indican una creciente aceptación de este método; la preocupación básica de que " el hijo sea fruto del amor", no parece que se vea amenazado por la alteración o la modificación biológica del procedimiento de inseminación. La anterior preocupación por el modo de obtener el semen, que parece subyacente en las objeciones que Pío XII oponía a este procedimiento, ya no es considerado obstáculo serio por la mayor parte de los moralistas. Si el semen procede del marido y los cónyuges viven su matrimonio en un clima de amor, se puede afirmar que hay una firme unión moral entre el acto de

amor y el niño que nace como fruto de la inseminación artificial. Los sacerdotes deben sentirse libres de aconsejar a los matrimonios sin hijos, que recurran a este método en su deseo de llegar a ser padres y realizar su misión procreativa.”¹⁵

En opinión considero que la inseminación artificial homóloga, durante el matrimonio, no es éticamente reprobable, pues no contradice la naturaleza en cuanto a lo fundamental, ya que la fecundación se realiza con los componentes genéticos de marido y mujer. Es un medio para superar, siendo posible, la infertilidad de la pareja, que de otra manera no podrá procrear. Los nacidos de un caso de IAC, llevado a cabo de esta manera, son indudablemente hijos del matrimonio de esa pareja.

3.4. DE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN POR LA I.A.C.

El principio genético es la base del derecho de filiación, no importando el método empleado para obtener la concepción. Los hijos son iguales jurídicamente en nuestro derecho: la procedencia del material genético es el punto de referencia para adjudicar la paternidad; el hecho de que la inseminación ocurra durante la vigencia de la unión conyugal sólo fija el

¹⁵ (La sexualidad humana. Nuevas perspectivas del pensamiento católico. Estudio realizado por Catholic Theological Society of América, dirigido por Antony Kossik, Ediciones Cristiandad, Madrid, 1978, p.60 citado por Chávez Asencio, Manuel F., Op. Cit., p.28.)

carácter matrimonial de esta filiación, aunque la distinción carezca de relevancia en la actualidad.

En la generalidad de los casos, el consentimiento de la mujer para la inseminación, entraña el deseo de ser madre de la criatura que dé a luz, exceptuando el caso de las madres subrogadas. Pero a los efectos de la filiación, es irrelevante el deseo o voluntad de la mujer, que será siempre madre del ser que alumbre.

En Veracruz, esta hipótesis no representa mayores problemas jurídicos en cuanto a las relaciones familiares de filiación y parentesco, porque éstas no se alteran en manera alguna, ya que la filiación biológica paterna y materna coincide con el vínculo jurídico de la filiación consanguínea.

Esta técnica no plantea en la práctica mayores problemas legales si se realiza dentro del ámbito de la presunción de paternidad, es decir, si el semen congelado del varón se inyecta en su cónyuge durante el período vigente del matrimonio y el nacimiento tiene lugar durante el matrimonio o antes de los trescientos días siguientes a su disolución a la separación legal o de hecho, así como cuando, realizada la inseminación antes del matrimonio, se produce el parto después de los ciento ochenta días a la celebración de aquel. El hijo, tal y como se deduce de nuestro Código Civil

en el artículo 255, tendrá la consideración de matrimonial con todos los efectos que de ello se deriven. Así es cuando la reproducción derive de la aplicación de técnicas de fecundación asistida. Dentro de este mismo supuesto debemos incluir la inseminación realizada entre el concubinario y la concubina, de acuerdo con el artículo 313 del Código Civil que dice " Se presumen hijos del concubinario y la concubina: los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato; II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al día en que cesó la vida común entre el concubinato y la concubina."

En nuestra legislación este tipo de inseminación no está prohibida, de acuerdo con el artículo 466 de la Ley General de Salud, siempre y cuando la mujer sea mayor de edad, capaz de su consentimiento y sea inseminada con la conformidad de su cónyuge. Los hijos fruto de esta técnica son matrimoniales y tienen todos los derechos de filiación. El artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud establece que para la fertilización asistida se requiere obtener carta de consentimiento informado de la mujer y su cónyuge o concubinario. Creemos que es importante tener el consentimiento del marido por escrito, para que con posterioridad éste no trate de desconocer al hijo sustentándose en los artículos 256 y 257 del Código Civil.

También aquí es aplicable el artículo 258 del Código Civil, ya que en el caso de que el marido quisiera desconocer al hijo nacido después de los

trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, éste, o su madre podrán sostener que el marido es el padre debido a la técnica del IAC.

Sin embargo, estimamos que el artículo 466 de la Ley General de Salud deberá estar en una ley de carácter local, como el Código Penal para cada Estado. Esta idea la expondremos mas ampliamente en este trabajo. Así mismo, creemos que lo referente al consentimiento deberá encontrarse en el Código Civil, que también es una ley de carácter local, donde se encuentran todas las disposiciones relativas a las personas y a la familia.

3.4.1. SUPUESTO DE INSEMINACIÓN HOMÓLOGA MEDIANDO IMPOSIBILIDAD DE ACCESO ENTRE EL MARIDO Y MUJER EN EL PERÍODO LEGAL DE LA CONCEPCIÓN

Este supuesto se puede dar en el caso de que un hijo fuese concebido mediante inseminación homóloga de una madre cuyo marido después quisiese desconocer su paternidad, alegando que existió imposibilidad física de acceso durante el período legal de la concepción. Podría darse el caso de que el marido mandase el semen a distancia o no encontrarse en el lugar en que su mujer es inseminada, así como el caso de impotencia coeundi accidental, sobreviviente al matrimonio, que no provocara esterilidad. En tal hipótesis, el marido podría después desconocer la paternidad sustentándose en el artículo 256 del Código Civil para el Estado de Veracruz que expresa: "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.”

Al legislador mexicano no se le pudo ocurrir cuando fue elaborado el Código que pudiese existir procreación sin coito. Con la sola prueba de la imposibilidad física del coito, era suficiente para descartar la paternidad, atribuida al marido de los hijos concebidos por su mujer durante el matrimonio. Pero gracias a las nuevas técnicas de reproducción asistida actualmente es imposible que haya procreación sin coito, por lo que en ese supuesto creemos que por analogía se puede entender, en lugar de “acceso carnal”, inseminación artificial, de acuerdo con el artículo 145 Constitucional. Sin embargo, para mayor claridad, podría legislarse e integrarse en el artículo esta posibilidad.

En el Derecho Canónico, el caso de impotencia antecedente y perpetua origina la invalidez del matrimonio con nulidad absoluta.

Al tratar sobre la licitud de la fecundación artificial dentro del matrimonio y refiriéndose a la importancia, el Papa Pío XII expresa que sería falso pensar en la posibilidad de recurrir a este medio para hacer válido el

matrimonio entre personas ineptas para contraerlo por razón del impedimento de impotencia."¹⁶

Frugoni Rey, de acuerdo con el Derecho Canónico, ha sostenido que el hijo concebido por inseminación artificial con semen del marido impotente y cuyo matrimonio no se consumó, sería natural (extramatrimonial), puesto que se está en presencia de nupcias inválidas.¹⁷

Sin embargo nuestra legislación civil, en relación con el impedimento de impotencia, que hace anulable al matrimonio cuando es anterior a su celebración y persiste durante el matrimonio, de acuerdo con la fracción VIII del artículo 92 del Código Civil, previene en su artículo 120 que al no invocarse el impedimento dentro del término de sesenta días, contados desde que se celebró el matrimonio, éste se convalida. Por lo que se trata de una nulidad relativa y el matrimonio es válido. Además, en este caso no podría posteriormente intentarse por esa misma causa la acción de divorcio, toda vez que no ha sido sobrevenida.

En el caso de divorcio, el artículo 141 fracción V del Código Civil se refiere a la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio. De acuerdo con esto, la impotencia, o bien produce la nulidad

¹⁶ DEZINGER, Enrique. *El magisterio de la Iglesia*, Biblioteca Herder, Barcelona, 1959, p 1959, citado por CHAVEZ Asencio, Manuel F. Op. Cit., p. 27.

¹⁷ FRUGONI Rey, Guillermo. *La fecundación artificial en seres humanos ante la moral y el derecho*, Buenos Aires. 1915, p. 49, citado por A. Zannoni, Eduardo Op. Cit., p. 77.

relativa y es posible demandarla dentro del plazo de sesenta días que señala el artículo 120 del Código Civil; si es posterior, en cualquier momento que surja esta causal podrá demandarse el divorcio, dentro del plazo que señala el artículo 152 del Código Civil.

De cualquier modo, respecto a los derechos del hijo no hay diferencias, sea éste de filiación matrimonial o extramatrimonial.

En los supuestos anteriores, si el marido tratase de desconocer la paternidad alegando impotencia, la mujer podría oponer a tal desconocimiento la prueba de la inseminación, con el semen de aquél. De acuerdo con esto, aún cuando hubiere mediado la posibilidad material de cohabitación en el período legal de la concepción, se demostraría, no por la vía presuncional, sino biológica, el hecho de la procreación.

3.4.2. ADULTERIO POR I.A.C.

El marido también podría alegar que sí donó su semen para inseminar a su mujer, pero que ésta tuvo relaciones sexuales con terceros durante el período legal de la concepción. El marido, en este caso, podría alegar el adulterio de acuerdo con el artículo 257 del Código Civil, pero tendría que demostrar alguno de los dos supuestos que menciona este artículo, ya sea la ocultación del nacimiento o el no haber tenido acceso carnal con su esposa.

En relación con nuestro derecho, Rojina Villegas señala que “si la mujer confiesa el adulterio o en su caso, si el marido lo prueba y además se demuestra que se le ocultó el nacimiento, éstos dos hechos relacionados serán bastantes, independientemente de que haya habido relaciones sexuales entre los esposos, para considerar que el hijo no es legítimo”.¹⁸

En este supuesto podríamos también por analogía entender que si el marido prueba adulterio y demuestra que se le ocultó el nacimiento, podrá desconocer al hijo, independientemente de que la mujer haya sido inseminada con su semen.

Sin embargo, creemos que si el marido tratara de desconocer al hijo demostrando que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa, ésta podría por su parte oponerse a esta acción demostrando que fue inseminada con semen de su esposo, por lo que su hijo lo es también de su cónyuge.

López del Carril afirma que si se presentara este caso, “ante la duda, subsistirá la presunción de paternidad legítima en función del tradicional favor legitimatis del mismo modo que subsiste cuando, en circunstancias normales, el plurium concumbentium no descarta la paternidad. Campea en

¹⁸ ROJINA Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano. Derecho de familia*. Vol.II, p.135, citado por Chávez Asencio, Manuel F. Op. cit., p .87.

este caso, como en tantos otros, el criterio de que, ante la duda, debe estarse por el mantenimiento de la filiación legítima.”¹⁹

3.5. CONSECUENCIAS DE LA I.A.C. EN LA DOCTRINA PENAL

La inseminación artificial ha tratado de ser encuadrada por la doctrina internacional en alguna de las conductas delictivas existentes en el Derecho Penal.

Los tipos penales que más han sido aprovechados para asemejarlos con la inseminación artificial son: la violación, el estupro y los abusos deshonestos.

Respecto al delito de violación, el Código Penal Veracruzano, en la primera parte de su artículo 152, determina: “ al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona, sea cual fuera su sexo, se le aplicará prisión de seis a ocho años.”

En la inseminación artificial sin el consentimiento de la mujer, no se realiza un acto sexual, ni aparente ni substancialmente, esto es evidente en su propia definición, ya que la inseminación artificial es aquel procedimiento mediante el cual se introduce esperma en el interior de los órganos genitales

¹⁹ DEL CARRIL, López *La filiación*. P. 222, citado por Zannoni, Eduardo A. Op, cit. p.80.

femeninos, prescindiendo de la relación sexual, por lo que no puede ser identificado con el delito de violación.

En relación con el estupro, sabemos que la reglamentación de este delito, trata de proteger la seguridad sexual de las adolescentes. Este delito también requiere de un acto copulatorio para consumarse, por lo que aplicándole el mismo argumento que al caso de la violación, podemos excluir su equiparación con la inseminación sin consentimiento de la mujer.

Algunos autores equiparan la inseminación artificial a la violación y al estupro, por el efecto de estos delitos de despenalizar el aborto. Creemos que no es necesario forzar la naturaleza de la inseminación artificial inconscientida con este fin, ya que podría legislarse para tipificar este delito y establecer que si la mujer es inseminada en contra de su voluntad puede abortar lícitamente.

López Bolado afirma que " la inseminación artificial realizada contra la voluntad de la mujer, puede constituir el delito de abusos deshonestos (Art. 127, Código Penal Argentino), porque el acto lesivo puede afectar su pudor y su libre disposición sexual."²⁰

²⁰ LOPEZ Bolado, *Los médicos y el Código Penal*, p. 176, citado por SOTO Lamadrid, Miguel Angel, Op. Cit., p.412..

Nuestro Código Penal tipifica el delito de abusos deshonestos en su artículo 158: "Al que sin consentimiento de una persona púber ó impúber o con consentimiento de ésta última, ejecute en ella un acto erótico sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, se le aplicará de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos. Si se hiciera uso de la violencia física o moral, la pena será de seis meses a cuatro años de prisión y multa de cincuenta mil pesos."

Pero la inseminación artificial no puede ser equiparada a este delito, ya que ésta no constituye un acto erótico sexual, aún cuando se realice a través del canal vaginal. Existen además mecanismos de inseminación artificial que se realizan a una buena distancia del área vaginal, como en el caso de la transferencia intratubaria de gametos. Una cosa es el carácter erógeno de la zona en que se realiza la intervención y otra muy distinta la motivación o finalidad de la misma.

La inseminación homóloga no parece encuadrar en figura alguna del Código Penal, salvo que sea realizada de una manera torpe o violenta, y contra la voluntad de la mujer inseminada, en cuyo caso podría hablarse entonces de una variedad de delitos como lesiones, privación de libertad, etc.

Consideramos que tampoco existe el consentimiento, aunque la inseminación no haya sido realizada de manera torpe o violenta, si éste fue

obtenido por engaños; dicho engaño puede recaer sobre la naturaleza de la intervención, haciendo creer a la receptora que las maniobras de la inseminación son supuestamente actividades exploratorias o quirúrgicas sin importancia. Este supuesto podría presentarse si existiera la complicidad del marido. El engaño podría también recaer sobre el tipo de inseminación. Habiendo aceptado la mujer la inseminación homóloga, y que fuese inseminada con semen de un tercero.

Manuel Battle se opone a todo tipo de inseminación artificial, calificándola como "una aberración constitutiva de un hecho ilícito que debe ser reprimido; y como el derecho actual no ofrece términos hábiles y suficientes para ello, el legislador debe adoptar posiciones especiales, creando en el Código Penal el delito de inseminación artificial, con sanciones adecuadas a la gravedad de los hechos."²¹ Nosotros coincidimos con él en el sentido de que debe crear un delito autónomo, además de que en nuestro Derecho, de acuerdo con el artículo 14 Constitucional, " en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

En México, el artículo 466 de la Ley General de Salud tipifica el delito de inseminación artificial inconsciente " Al que sin consentimiento de una

²¹ BATTLE, Manuel. "La eutelegenesia y el derecho", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid 1949, No. 6, p. 9.

mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.”

Creemos que este delito no debió producirse en una ley de carácter federal, porque viola el pacto Constitucional expresado en el artículo 124 de nuestra Carta Magna, que otorga competencia legislativa penal a cada uno de los Estados de la República Mexicana.

El Código Penal para el Estado de Chihuahua, promulgado en febrero de 1987, contempla por primera vez en nuestro país, a nivel estatal, el delito de “inseminación artificial indebida”, disponiendo en su artículo 248 que “al que sin consentimiento de una menor no emancipada, o de una incapacitada, practique en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a cinco años y suspensión, en su caso, de uno a tres años en el ejercicio de su profesión.”

Consideramos que este artículo no debió estar ubicado bajo el título de “delitos contra la libertad y la seguridad sexual”, y que no contempla muchas otras hipótesis que podrían agravar el delito, como el embarazo de la víctima. Sin embargo, creemos que es un ejemplo a seguir para los demás

Estados de la Federación, ya que son las legislaciones locales las que deben legislar sobre el derecho penal.

3.6. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA FUERA DEL MATRIMONIO O POST MORTEM

De entre los diversos problemas que se suscitan a raíz de la utilización de las nuevas técnicas de fecundación asistida, cabe destacar el de la congelación, ya sea de embriones femeninos o de espermias masculinos. El primer caso no lo trataremos en este trabajo porque es una variante más de gestación por cuenta ajena o madres incubadoras. Por su parte, el congelamiento de espermias masculinos, se da en el caso de que el varón, deseando tener descendencia, tema no poder conseguirlo en el futuro por padecer alguna dolencia que desemboque en la infertilidad. En tales situaciones nada impide que deposite su esperma en un banco creado para tal fin.

En este caso se habla de una inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio, y por tanto, como hemos mencionado anteriormente, no plantea en la práctica muchos problemas legales. El problema surge cuando el donante fallece. La viuda podría reclamar el derecho a ser inseminada con el semen del marido fallecido.

3.6.1. CONSIDERACIONES ÉTICO-JURÍDICAS SOBRE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM

El requisito inicial para la validez de esta forma de fecundación es la constancia del consentimiento del esposo fallecido. La doctrina es unánime respecto a que sólo se podrá autorizar la fecundación en mujer viuda que mantenga durante todo el embarazo esa situación, de manera que si ha contraído nuevo matrimonio deberá ser autorizada a ser fecundada con material genético que provenga del primer marido. La fecundación post mortem efectuada fuera de estas condiciones dará al así nacido la condición de hijo no matrimonial de la madre, sin que pueda atribuirse ningún vínculo jurídico en relación con el varón fallecido.

Un sector de la doctrina no es partidario de la aplicación de éstas técnicas, por razones similares a las alegadas respecto del derecho de fecundar de la mujer sola, que revisaremos más adelante, negándole el status de hijo y todo tipo de derechos, o rechazándola, pero configurándolos como hijos no matrimoniales. La propuesta francesa de 1984 y el informe Warnock lo admiten y consideran a tales hijos matrimoniales.

Aquí lo importante es determinar si el marido prestó o no expresamente su consentimiento para tal fin. La doctrina en general acepta esta práctica en el supuesto de que el marido hubiera hecho constar en vida

su expreso deseo de que en el caso de morir, su viuda fuera inseminada artificialmente con el semen que él dejó depositado.

Galindo Garfias sostiene que "por interpretación racional del sistema en que descansa la filiación paterna, y porque la manipulación con el semen del marido no puede quedar al arbitrio de la viuda, ni depender de la decisión de ésta última al proceder a la inseminación después de que el marido ha muerto, la acción de desconocimiento de la paternidad del hijo nacido en tales circunstancias sólo sería improcedente cuando la viuda presente una prueba escrita o indubitable de que fue voluntad expresa del marido que su viuda llevara al cabo la inseminación después de la muerte de éste. Aún así ¿puede la viuda y el marido de ella en vida decidir el nacimiento de un hijo en tales circunstancias privándola de antemano de la asistencia y los cuidados del padre? Me pronuncio categóricamente por la solución negativa."²²

Por el contrario, cuando no exista consentimiento por parte del marido fallecido, al realizar la inseminación podría exceder los deseos del titular del semen, perjudicando inclusive derechos adquiridos por terceras personas, tales como los derechos hereditarios que pudieran corresponder a los demás hijos del fallecido. En dicho caso la doctrina coincide en que faltando el

²² GALINDO Garfias, Ignacio. *La fecundación artificial en seres humanos. Consideraciones jurídicas*", en la Revista de la facultad de Derecho de México, Tomo XL, Núms. 169,170,171, México, 1990, p.154.

consentimiento del marido fallecido la viuda carecerá de todo derecho a reclamar el ser inseminada artificialmente con el esperma congelado de aquél".²³

En el caso de la inseminación post mortem estamos en presencia de una concepción genéticamente conyugal pero jurídicamente extramatrimonial. Si diéramos trascendencia exclusiva al elemento biológico o genético la paternidad debe atribuirse al marido muerto. Desde la perspectiva institucional sólo son legítimos los hijos concebidos por la mujer dentro del matrimonio. " En tal exigencia institucional no juega la voluntad de los progenitores, puesto que la legitimidad es una atribución o calificación si se prefiere, que depende de la presunción operante de que la concepción del hijo acaeció durante el matrimonio."²⁴

Zannoni distingue entre la existencia del vínculo paterno-filial, con el carácter extra o intra-matrimonial del mismo, haciendo la distinción entre paternidad y legitimidad. "En estas últimas no se discute la paternidad: lo que se controvierte es la existencia o validez del matrimonio (...) Estimamos que de lege lata el hijo concebido con el semen del marido pero con posterioridad a la disolución del matrimonio es hijo extramatrimonial. Es que, en tanto se mantengan las calificaciones básicas de la filiación (legítima y

²³ CAMPUZANO, Tomás. "Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente", en II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1987, p. 434.

²⁴ Zannoni, Eduardo A. Op. Cit., p. 73.

extramatrimonial), esas calificaciones se realizan atendiendo exclusivamente a la época en que la concepción sucede".²⁵

Algunos autores coinciden en que el hijo o su representante legal y la madre, podrían alegar y ofrecer probar que la concepción tuvo lugar post mortem con semen, adecuadamente conservado, del marido. De acuerdo con esto, el hijo, o su representante legal, podrían reclamar jurídicamente la paternidad probando que, antes de morir, el marido aceptó expresamente la extracción del esperma para su conservación con el fin de engendrar un hijo con su mujer y que la concepción se produjo con este esperma.

Soto Lamadrid confirma lo anterior: " Si el hijo naciera pasado este plazo (después de trescientos días de la disolución del matrimonio), no podría considerarse matrimonial, ya que ni en el momento del nacimiento ni en el de su concepción los padres estaban casados entre sí, aunque creemos factible el ejercicio de una acción para determinar la filiación paterna."²⁶

El artículo 255 del Código Civil para el Estado de Veracruz determina que "se presumen hijos de los cónyuges: I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del

²⁵ Ibidem. p. 73-74

²⁶ Op. Cit., p. 97.

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."

El status familiar del hijo que ha nacido por fecundación artificial después de trescientos días de disuelto el matrimonio por muerte del marido es difícil establecer, pues la legislación mexicana no ha previsto este supuesto.

De acuerdo con el artículo 255 de nuestro Código Civil el problema de la viuda que alegara haber concebido con el semen del marido fallecido, parece de difícil solución, ya que la fracción II de dicho artículo excluye esa posibilidad al presumir que son hijos de los cónyuges los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del marido.

Sin embargo, coincidimos con Chávez Asencio, respecto a que este caso puede ser solucionado de acuerdo con el artículo 258 del Código Civil el cual admite la posibilidad de que la mujer, el hijo o el tutor de éste puedan sostener que el marido es el padre en el caso de que el marido quisiera desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que, jurídicamente y de hecho, tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad. De acuerdo con esto podemos concluir que se puede defender la legitimidad del hijo nacido después de los trescientos días contados desde la separación de los cónyuges.

Sin embargo, el legislador mexicano no pudo prever la situación de que alguno de los legitimados para ejercer esta acción pudieran comprobar que el hijo fue resultado de la inseminación artificial con semen del marido después de haber éste fallecido. Creemos que en este caso existe una laguna en la legislación mexicana y que ésta debe subsanarse.

La distinción entre hijo matrimonial e hijo extramatrimonial para calificar al nacido de la inseminación post mortem resulta intrascendente en las legislaciones que han unificado la filiación, dando iguales derechos a los hijos, cualquiera que sea su origen. Así, en nuestra legislación, los hijos tienen los mismos derechos e igual dignidad independientemente de su origen. Decir que los hijos nacidos por inseminación artificial post mortem son extramatrimoniales no implica ninguna disminución jurídica en los derechos que debieran derivarles de este tipo de vinculación.

El informe Warnock establece que "ningún niño nacido por el procedimiento de la FIV (y el mismo criterio operará para la fecundación post mortem) que no estuviese en el seno materno en la fecha de muerte del marido, será tenido en cuenta a efecto de sucesión y herencia en la ley.

Zannoni advierte que para el derecho positivo, la muerte física del sujeto implica el fin de su personalidad. Y así, por ejemplo, el hijo concebido post mortem con semen de su padre no adquirirá por vía hereditaria ningún

derecho derivado de la transmisión sucesoria. Porque el día de su fallecimiento ese hijo no existía jurídicamente.

La mayor parte de los autores siguen la misma dirección contraria al reconocimiento de derechos sucesorios a la filiación post mortem. Posición explicable cuando se parte de la ilicitud de tal técnica reproductora, pero inconsecuente cuando se admite la legalidad de su realización.

Si el legislador admite la posibilidad de nacimiento de hijos por medio de estas técnicas, el restringir la sucesión del nacido determina una violación del principio de igualdad y en especial del principio de no discriminación por razón del nacimiento.

Si al nacido por fecundación post mortem se le reconoce la cualidad de hijo matrimonial de la viuda y del esposo fallecido, no es posible jurídicamente admitir una condición diversa de la de los restantes hijos matrimoniales, la cual se produce al no reconocerles los mismos derechos sucesorios que a aquellos.

En el Derecho Mexicano se presenta el mismo problema planteado por la doctrina internacional, en el cual se hace evidente la contradicción entre dos disposiciones jurídicas: aquella que considera al hijo resultado de una inseminación post mortem con los mismos derechos sucesorios por no estar concebido antes de la muerte del padre. El artículo 1247 de nuestro

Código Civil considera que no tiene personalidad para heredar los que no estuvieren concebidos al tiempo de la muerte del padre. El artículo 1247 de nuestro Código Civil considera que no tienen personalidad para heredar los que no estuvieren concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia. Por lo que para nuestro Código, y para la mayoría de los Códigos Latinoamericanos resulta inútil lo que propone la Comisión Warnock.

La doctrina coincide en que debe fijarse un plazo de validez para realizar este tipo de fecundación con el fin de evitar una situación de incertidumbre y dependencia para los derechos adquiridos por sucesión por los restantes herederos.

De acuerdo con lo anterior, en tanto no transcurra el plazo que la ley señale para poder efectuar en la viuda una fecundación post mortem, la acción de reclamación de la porción hereditaria del hijo nacido por ésta técnica estará sometida al mismo plazo de ejercicio que la de los restantes herederos. Transcurrido dicho plazo, los herederos adquirirán una condición sucesoria inatacable, de manera que si con posterioridad se efectuara una fecundación post mortem el nacido carecerá de derechos sucesorios.

En cuanto a los derechos hereditarios de los hijos nacidos por fecundación post mortem, Merino Gutiérrez afirma que "si existieran herederos consanguíneos por línea recta o colateral hasta el cuarto grado, creo que debería limitarse la posibilidad a que el nacimiento se produjera

durante el año siguiente a los trescientos días siguientes en que cesa la presunción de filiación, siempre que la viuda no contrajera matrimonio en dicho plazo y comenzase a computar la correlativa presunción y siempre que el consentimiento para la implantación se hubiere efectuado en documento público y se hubiese llevado a cabo la implantación en el centro con los gametos identificados del fallecido. Si no existieran herederos de tal clase y la viuda no contrajera matrimonio, podría ampliarse el plazo a un total de cinco años desde el fallecimiento del cónyuge.”²⁷

Ante este conflicto, Chávez Asencio considera que “debe invocarse la equidad dentro de la concepción más usual que es el de la justicia del caso concreto, respondiendo en favor del hijo póstumo, porque como tal tiene derecho, al igual que los demás, a disfrutar del caudal hereditario.”²⁸

García Mendieta por su parte afirma: “ En el estado actual de nuestra legislación, un hijo que fuese producto de una inseminación artificial con semen del esposo fallecido, no podría considerarse legalmente hijo del matrimonio, si su nacimiento se produce pasado los 300 días de la muerte de su progenitor. En consecuencia, no podrá ese hijo llevar el apellido de su padre, ni tendrá derechos sobre la masa hereditaria el que esté concebido a la fecha de la muerte del causante, siempre que nazca viable”

²⁷ MERINO Gutierrez, A. “*Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida*”, en II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1987. p. 429.

²⁸ Op. Cit., p.46.

Nosotros pensamos que sí es un hijo extramatrimonial y que no goza de los derechos hereditarios de acuerdo con la legislación mexicana vigente; sin embargo, no encontramos razón que justifique que el hijo nacido como resultado de una inseminación post mortem no tenga los derechos derivados de la filiación, como el derecho a llevar el apellido de sus progenitores.

Es importante señalar que no puede el Estado tratar como desiguales a los hijos nacidos de esta técnica, aunque sólo en materia testamentaria.

Lo que ante todo debe protegerse es el interés del niño, y en este caso se trata de un hijo condenado a nacer sin tener padre, dejando aparte los problemas sucesorios de todo tipo que ello pueda comportar. Sobre este punto tampoco existe unanimidad, porque también aquí 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.

De acuerdo con el artículo 255 de nuestro Código Civil, el hijo adquiriría la condición de no matrimonial, puesto que en el caso de tratar, la concepción tiene lugar después de la disolución del matrimonio.

Sobre la inseminación fuera de matrimonio Chávez Asencio afirma lo siguiente: “ Lo que parece evidente es el rechazo de la fecundación artificial

fuera de matrimonio. Procrear un hijo fuera de matrimonio (por medios naturales o artificiales) implica una ilicitud tanto desde el punto de vista moral como jurídico, pues se contrariarían los principios éticos que reservan para el matrimonio la procreación y al ser un ilícito deberá establecerse una sanción desde el punto de vista penal para aquellos médicos que se presten a fecundar a una mujer soltera, viuda o divorciada, porque la Sociedad y el Estado están interesados en que la procreación se haga dentro del matrimonio."²⁹

Aún admitiendo que el hijo resultado de esta técnica no tuviera derechos hereditarios de acuerdo con las disposiciones vigentes en materia sucesoria, su carácter extramatrimonial no le priva de las demás prerrogativas, como serían: llevar el apellido del padre y emparentar con la familia de éste, en los grados que fija la ley, exigiendo a sus miembros que lo provean de alimentos en caso de necesidad.

²⁹ Op. Cit., p.33.

CAPITULO IV

CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETEROLOGA

4.1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA DENTRO DE MATRIMONIO O IAD

La inseminación artificial heteróloga o por donador se presenta cuando en vez de inyectar el semen del marido, se utiliza el semen de un donador, de un tercero ajeno a la relación matrimonial. Aquí intervienen en la fecundación componentes genéticos extraños al marido, porque genéticamente el hijo es del tercero que no es el padre.

Puede presentarse la necesidad de IAD o de inseminación artificial con donante cuando hay esterilidad del marido, cuando éste no produce espermatozoides o cuando sufre cualquier enfermedad que haga imposible la fecundación.

En este caso la inseminación no es sólo una técnica o método para permitir la fecundación genéticamente conyugal, sino que, además, aporta un componente genético ausente en la pareja por fecundar.

La inseminación heteróloga es practicada a la esposa, durante su matrimonio. El hijo, por tanto, nace después de los 180 días de la celebración del matrimonio o dentro de los trescientos posteriores a su disolución.

4.1.1. CONSIDERACIONES ÉTICAS SOBRE LA IAD

Los autores que consideran inaceptable la IAD, rechazan aún más todas las variantes y posibilidades de la inseminación heteróloga, debido a la presencia del tercero -el donante-, al que consideran como un agravante de esta técnica.

Zannoni, desde otro punto de vista, sostiene que el cuestionamiento ético radica en que el hombre no puede éticamente disponer, ceder o transferir sus componentes genéticos. Moralmente ello significa afirmar que es contrario a la naturaleza ofrecer el semen fecundante a quien no es la esposa (...) y, consecuentemente, es contrario a la naturaleza recibirlo, teniendo en cuenta que el hijo es participación personal de los esposos en su procreación.³⁰

La ética cristiana, en relación con la inseminación artificial con donante, sostiene que todo ser humano que viene a la vida debe ser fruto

³⁰ Op. Cit., p. 52.

del amor de dos personas de distinto sexo, ligadas por el vínculo del matrimonio.

De acuerdo con lo anterior, en una alocución del 29 de septiembre de 1949, dirigida al Congreso Internacional de Médicos Católicos, Pío XII considera inmoral la inseminación artificial con elemento activo de un tercero, señalando que sólo los esposos tienen derecho recíproco sobre sus cuerpos para engendrar una nueva vida, derecho exclusivo, intransferible e inalienable, e insistiendo en que el hijo fruto de IAD no puede ser considerado hijo del marido de la mujer inseminada: entre el esposo legítimo y el niño, fruto del elemento activo de un tercero (aún con el consentimiento del esposo), no existe lazo alguno de origen, ningún lazo moral y jurídico de procreación conyugal.³¹

Chávez Asencio en relación con la inseminación heteróloga, hace referencia al estudio realizado por la Catholic Theological Society of América, que trata del rechazo en este tipo de inseminación.

Para algunos, ello representaría una intrusión en la exclusividad e intimidad del vínculo conyugal, y no ven la manera de reconciliarla con la idea cristiana de la naturaleza del amor conyugal. Surge una nueva dificultad

³¹ CHAVEZ Asencio Manuel F. Op. Cit., p. 27.

por la agresión potencial que para el marido supone recibir un hijo concebido con ayuda de un donante. El marido podría llegar a ver en el niño una prueba permanente de su impotencia, fruto de una unión adulterina por parte de su esposa, incluso indeseado en la intimidad de su vida conyugal. Tales posibilidades crean un riesgo y una amenaza contra el mismo matrimonio si ambos cónyuges no poseen la suficiente madurez y no están perfectamente de acuerdo con esta idea. Sin embargo, hay pruebas de lo contrario; de hecho, muchas parejas han sido capaces de superar estos obstáculos y han tenido hijos recurriendo a la inseminación artificial heteróloga, con el resultado de que sus vidas personales y conyugales se han visto enormemente enriquecidas. Ello debe servir de advertencia para no cerrar en absoluto la vía hacia esta solución.³²

Zannoni, en relación con la IAD y el adulterio, y analizándolo desde una perspectiva ética, considera que la inseminación heteróloga no importa un acto similar al adulterio, en su valoración ética, como se ha sugerido, porque en el adulterio hay una entrega del cuerpo, reprobada moralmente.³³

³² *Ibidem.* pp.30-31.

³³ *Op. Cit.*, p. 52.

4.1.2. LA IAD Y EL DERECHO COMPARADO

En el Derecho Internacional no encontramos muchos países que hayan legislado sobre inseminación artificial heteróloga. En este apartado haremos un breve estudio sobre algunas legislaciones que si lo han hecho.

4.1.2.1. EUROPA.

En Europa, el objetivo del CAHBI, que es un comité compuesto por expertos en las ciencias biomédicas designados por los 21 países miembros y por observadores de Australia, Canadá, Finlandia, Japón, Estados Unidos y organizaciones como la UNESCO, es asegurarse que si las donaciones son permitidas por los Estados miembros, deben existir limitaciones expresas. Algunas de estas limitaciones son: el principio de que las donaciones deben ser no-lucrativas; limitar el número de niños procreados con gametos del mismo donante; la obligación de conservar el anonimato y en secreto a las personas involucradas en la procreación artificial, con la excepción de que el hijo tenga acceso a la información sobre su origen genético.

Asimismo, el CAHBI busca mantener la máxima *mater semper certa est*. En relación con la paternidad en el caso de donación de esperma, el esposo de la madre nunca podrá desconocer al hijo, mientras que la pareja no casada de la madre si podrá desconocer la paternidad, siempre y cuando

pruebe que el hijo no fue resultado de la inseminación artificial. Además, si la donación de gametos se lleva a cabo a través de una agencia autorizada, ninguna relación de filiación puede establecerse entre el donante y el hijo.³⁴

4.1.2.2. SUECIA

Para el estudio de los países que han legislado sobre la IAD tomaremos como ejemplo a Suecia, pues es uno de los más adelantados en este aspecto.

La ley Sueca sobre inseminación artificial de 1985 ha tratado de ser acorde con la realidad del país, por lo que la IAD es permitida para mujeres casadas y no casadas que convivan con una pareja como si lo estuvieran. El esposo o pareja de la mujer es considerado el padre del hijo. El padre biológico o donador de semen no tiene ninguna obligación respecto del hijo. Este tiene el derecho de heredar los bienes del que es considerado como su padre, más no de su padre biológico. El único requisito para ello es que el hombre haya consentido a que su pareja fuera inseminada por la técnica de IAD.

En Suecia no existe ningún requisito formal con relación al consentimiento de la mujer a ser inseminada; el hecho de que la mujer se

³⁴ *Ibidem*

presente voluntariamente a ser inseminada se considera como consentimiento.

En el caso del hombre, el consentimiento es predominante, ya que determina la paternidad. Debe existir un consentimiento formal, por escrito y con testigos. Si un hombre ha dado su consentimiento y desea revocarlo, puede hacerlo mientras no se haya llevado a cabo la inseminación. Hasta que dicha revocación no haya sido recibida por el médico responsable, el hombre será considerado legalmente padre del niño nacido de IAD. Capítulo 1. Art 6: La Ley de los padres. " Si una inseminación ha sido emprendida en una madre por el consentimiento del esposo o del hombre con el que ella cohabita bajo condiciones similares a las del matrimonio y se observan todas las circunstancias es probable que el niño sea concebido por la inseminación, aquél que de su consentimiento deberá de verse bajo la Ley como el padre de la criatura."

"La Ley (1984-1139) sobre inseminación Art. 2. Una inseminación puede realizarse siempre que la mujer esté casada o cohabite con un hombre bajo condiciones similares a las del matrimonio. Un consentimiento escrito del hombre o del esposo con el que cohabita es una condición necesaria.³⁵

³⁵ EWERLÓF, Góran, Op. Cit., p. 83.

En este país, como se desprende de lo anterior, el marido o la pareja de una mujer que ha consentido a que ésta sea inseminada artificialmente por donante, es considerado el padre del hijo nacido por esta técnica y no puede revocar la paternidad. Sin embargo, si durante el periodo del tratamiento de la IAD, la mujer ha tenido relaciones sexuales con un tercero, el marido o pareja de la mujer tiene el derecho, como cualquier otro hombre bajo la ley Sueca, de ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad.

En Suecia se legisló sobre inseminación artificial en una ley que entró en vigor a partir del primero de marzo de 1985. Antes de esta ley, la situación jurídica del niño nacido como resultado de esta técnica, dependía del estado civil de la madre al momento del nacimiento de aquél. Si la madre estaba casada, su esposo era considerado el padre del hijo. El esposo podía desconocer la paternidad si el hijo había sido concebido por otro hombre, de esta manera no tenía ninguna obligación hacia el hijo. En el caso de que la mujer no estuviera casada, su pareja no era considerada como el padre del hijo a menos que lo adoptara.

Actualmente, como hemos visto, el esposo o la pareja de la mujer que ha dado su consentimiento para la IAD es considerado el padre del hijo que nazca de esta técnica.

4.1.2.3. ESTADOS UNIDOS.

Nos parece importante analizar este país por ser un pionero en la legislación de la IAD.

Estados Unidos, como la mayoría de los países que aceptan la IAD, coincide en que el marido de la mujer a ser inseminada es considerado el padre legal del hijo, siempre y cuando haya dado su consentimiento y la inseminación se haya realizado bajo supervisión médica. Este consentimiento ha de estar firmado por los cónyuges, certificado por el médico y archivado. El hecho de que el médico no realice esto, no afecta en nada la relación entre padre e hijo. El donante no tiene ninguna relación con el niño.

En Estados Unidos no existe una legislación uniforme, ya que cada Estado o jurisdicción es competente para legislar en materia de Derecho de Familia, incluyendo la filiación. No obstante, se ha propuesto una legislación uniforme que regula la filiación de los hijos concebidos y nacidos mediante inseminación artificial llamada la Uniform Parentage Act (Ley Uniforme sobre Paternidad). Esta Ley propone en su sección cinco sobre inseminación artificial:

a) Si bajo la supervisión de un médico autorizado y con el consentimiento de su esposo, la esposa es inseminada artificialmente con el semen donado por un hombre que no es su esposo (semen del donante,

inseminación artificial heteróloga), se considera al esposo como padre natural del niño así concebido.

El consentimiento del esposo se hará por escrito y estará suscrito por él y por su esposa. El médico deberá certificar sus firmas y la fecha de la inseminación, y radicará dicho consentimiento en el Departamento de salud estatal, donde se mantendrá confidencial y en expediente sellado(...).

b) El donante del semen provisto a un médico autorizado para ser utilizado en la inseminación artificial de mujer casada, otra que la esposa del donante, no será considerado como padre natural del niño así concebido.³⁶

La anterior propuesta de legislación ha sido aprobada por 16 Estados, entre los cuales están California, Hawaii, Minnesota, Nevada y Washington. Otros Estados la han aprobado con algunas modificaciones, como Florida: "cualquier niño nacido en constante matrimonio, que hubiese sido concebido mediante inseminación artificial, se presume irrefutablemente (jurfs et de jure) legítimo, si ambos, esposo y esposa, han consentido por escrito a la inseminación artificial."³⁷

En el Estado de Carolina del Sur no se ha aprobado la mencionada propuesta de legislación. En 1987 el Tribunal Estatal de dicho Estado

³⁶ Vol. 9 B "De las Leyes Uniformes", p. 301, citado por Silva Ruiz, Pedro F. "Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fertilización in vitro y maternidad sustituta, suplente o subrogada en los Estados Unidos, en II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1987, p. 89.

³⁷ Florida State, sect.74211(1986) Title XLIII Domestic Relations, Chapter 742, citado por Silva Ruiz, Pedro F. Op. Cit., loc. cit.

resolvió que el consentimiento del esposo para que su esposa fuera inseminada artificialmente con semen de donante (IAD) no tiene que constar por escrito. El hijo procreado es de ambos.

En un principio, el donante era considerado el padre del niño, el cual había de renunciar a su paternidad, para que así el marido pudiese adoptar al hijo. En la actualidad se le da prioridad a la voluntad procreacional, considerándose al marido como padre del hijo.

4.1.2.4. OTRAS LEGISLACIONES

Es importante mencionar que existen también países en Latinoamérica que han legislado sobre la IAD. Cabe destacar en relación con la inseminación artificial heteróloga el artículo 72 del Código de la Familia de Costa Rica, vigente desde el 7 de Agosto de 1975, que dispone: " la inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldría a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales cualidades".³⁸

³⁸ SILVA Ruiz, Pedro F. "*El Derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro*", en la Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXXVII, Núms.,151,152,153, México, 1987, p. 205.

4.1.3. EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN

Esta cuestión se encuentra íntimamente ligada con el tema del anonimato en la donación de material genético, ya sea del óvulo o del esperma. Se debe tratar aquí cuál interés es predominante, el interés del donante de permanecer en el anonimato o el del hijo de conocer su propio origen.

El hijo concebido y nacido mediante IAD podría tener interés en conocer a su padre biológico por razones médicas. Una de las principales condiciones de este método es el anonimato del donador. Pero no debemos descartar la existencia de un expediente en donde le reporte toda la información médica del donador y de la pareja receptora del semen, necesario en caso de posteriores enfermedades o complicaciones médicas en el producto. En la mayoría de las legislaciones estos expedientes solamente podrán ser utilizados y requeridos por medio de una orden judicial.

La cuestión del derecho a conocer el propio origen genético nunca debe provocar una alteración en las relaciones paterno-filiales establecidas. En los sistemas legales en que es aceptada la IAD sería recomendable establecer que la investigación de la paternidad/maternidad sea regulada, como un medio para llegar a conocer el código genético y no como un medio para reclamar la paternidad o maternidad.

En algunos sistemas se ha buscado asegurar el anonimato del donante en un doble sentido: tanto desde el punto de vista de la publicidad de la forma de concepción, que asegura al mismo tiempo la intimidad del nacido con esta técnica, como desde el punto de vista del secreto de la identidad del donante, que puede enfrentarse con el de la persona a conocer su propio origen genético. En relación con este tema, la Comisión de Reforma de Leyes de Ontario recomienda: Observar al registrar el nacimiento de un niño concebido artificialmente, que el nombre del donador no aparezca en el acta de nacimiento, ni el hecho de que se trata de una concepción artificial que aparezca en dicha acta (...)³⁹

En Suecia, en 1985, se determinó que el hijo tiene derecho a saber que nació a través de un procedimiento de inseminación artificial y a conocer la identidad del donante. A sus padres legales no se les reconoce igual derecho. Caso por caso tendrá que juzgarse si el solicitante es lo suficientemente maduro para la información precedentemente indicada.

El artículo 4 de la Ley Sueca establece que el nacido tiene derecho a ser informado del contenido del informe conservado por el hospital y

³⁹ Recomendación 20, p.278, citado por Roca Trias, Encarna *"la incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional"*, en II Congreso Mundial Vasco, Op. Cit., p. 43.

referente al donante de esperma, siempre que el niño haya obtenido madurez suficiente.⁴⁰

La IAD y la adopción se han comparado en este sentido, por lo que nos parece relevante señalar que en Italia, una sentencia del Tribunal de menores de Turín, del 4 de febrero de 1986, negó el derecho de una persona adoptada a obtener del Tribunal información sobre su propia familia de origen, con base en el principio de protección a la familia. Por su parte, Lipari entiende que los intereses de la pareja que recurre a la IAD con la finalidad de tener hijos, son de tal categoría que ponen fuera de juego el interés del hijo para indagar sobre su padre biológico.⁴¹ En la IAD se busca la protección de la intimidad del donante, el derecho de los padres a la estabilidad en sus relaciones con el hijo nacido de estas técnicas y el derecho del hijo a conocer su propio origen. Por ello, es necesario conservar los expedientes, con datos acerca del donante, para poder obtener información acerca del padre biológico de cualquier niño nacido por esta técnica.

En Victoria, Australia, legislación vigente desde 1984 requiere que de todo embarazo que resulte de IAD se constituya un expediente médico, el cual se archivará en un registro central en el Ministerio de Salud.⁴²

⁴⁰ EWERLÓF, Góran, Op. Cit., p.74.

⁴¹ LIPARI, *La maternitá*, p. 577 citado por Roca Trias, Encarna. op.cit, p.42.

⁴² *Infertility (Medical Procedures)*, Act.1984, No 10163, Victoria, Australia, part III, Expedientes, secs.19-23, citado por Silva Ruiz, Pedro F. Op. Cit., p.208.

El anonimato del donante puede impedir el ejercicio de una acción de reclamación de paternidad; sin embargo deben conservarse los expedientes médicos, ya que el hijo tiene el derecho a conocer los propios orígenes, aunque sin consecuencias para la filiación.

Acaso la mejor solución es la del anonimato relativo, permitiendo la investigación sobre el origen genético, pero excluyendo la identidad del donante.

4.1.4. PATERNIDAD Y FILIACIÓN

En la filiación normal o clásica siempre había un denominador común: la necesidad de una relación sexual para la procreación. Sobre este dato se han elaborado, desde el Derecho Romano hasta tiempos muy recientes, los conceptos de filiación, paternidad y maternidad. Pero las nuevas técnicas de reproducción asistida parten de un dato inicial completamente distinto: ahora es posible la procreación sin necesidad de relación sexual alguna. Puede ocurrir, como en el caso que nos ocupa, que además de ser artificial el procedimiento de fecundación, el hijo haya nacido de la unión de gametos ajenos a las personas que toman la decisión de que ese hijo nazca.

Esta situación o relación nueva requiere un tratamiento en congruencia con ella: ya sea elaborar una nueva categoría jurídica y un

régimen jurídico apropiado con soluciones también nuevas, o adecuarla a los viejos sistemas conceptuales y legales y definir quién o quiénes son los padres de una criatura nacida por este procedimiento, y qué relación, debe existir entre la persona que donó el gameto y el ser nacido.

4.1.4.1. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

Para determinar la filiación, y dado que es difícil probar la relación biológica entre padre e hijo, la legislación actual se basa en una presunción *iuris tantum* del artículo 324 del Código Civil.

No cabe duda de que al acaecer la concepción durante el matrimonio, la ley presume que el hijo tiene como padre al marido de la mujer inseminada. De acuerdo con esta presunción del artículo 255 del Código Civil, el hijo, por haber sido concebido durante el matrimonio, se reputa engendrado por el marido de la madre, aún cuando éste no es el padre biológico.

En la inseminación artificial heteróloga, el presupuesto biológico que nutre la máxima *pater Yero est quem iustae nuptiae demonstrant* desaparece, ya que genéticamente el hijo concebido es de un tercero.

Se origina un conflicto de paternidad entre el padre biológico y el padre que la ley le imputa a un hijo y que puede no ser el marido de su

madre, particularmente cuando el marido de la mujer ha consentido en que la fecundación de su esposa se lleva a cabo por un tercero.

La presunción de paternidad deriva del mero momento del parto; ocurre cuando la mujer da a luz transcurridos 180 días desde la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a la disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges. En el caso de la inseminación artificial por donante la presunción de paternidad es favorable a la filiación matrimonial, aunque en realidad ésta no es cierta. Es una filiación no matrimonial derivada de la fecundación de una mujer casada, por un hombre que no es su marido.

En la IAD, el fundamento genético y el Institucional no coinciden. Zannoni llama a este supuesto, "supuesto de tercería biológica", al cual define como aquél que comprende todas aquellas situaciones en que el hijo, si bien ha sido concebido durante el matrimonio de quienes aparecen como su padre o madre, es el resultado de una concepción en que ha intervenido un componente biológico extraño a ambos.⁴³

En este caso, si el marido quisiera impugnar la paternidad del hijo concebido por su esposa mediante IAD, podemos distinguir dos situaciones:

⁴³ Op. Cit., p53.

a) Que la inseminación haya sido realizada con consentimiento del marido. En este caso estamos ante el supuesto de que el marido hubiere consentido a que su mujer fuese inseminada con semen de un tercero con el fin de procrear, y que posteriormente quisiera probar que no es hijo suyo, ejercitando la acción de contradicción de la paternidad.

Cierto sector de la doctrina considera que el consentimiento del marido es irrelevante, que siempre tendrá expedita la vía para la contradicción, pues le dan más importancia al elemento genético.

En este sector considera que habiendo contrato o no, el marido podrá en cualquier momento desconocer al hijo de su esposa, ya que no es biológicamente suyo.

Otro sector de la doctrina considera que habiendo mediado consentimiento del marido y no habiéndose revocado antes de la inseminación de su mujer, no es posible el desconocimiento, ya que ni la inseminación artificial ni su consentimiento constituyen un acto ilícito, y además obraría deslealmente contrariando una conducta anterior, contradictoria con su posterior pretensión impugnatoria, lo anterior de acuerdo con la doctrina de los actos propios. Dicha doctrina tiene el carácter de un verdadero principio general del derecho. Según él, es inadmisibles una pretensión contradictoria de quien habiendo asumido una conducta

jurídicamente relevante, lícita, intenta luego obtener un resultado contrario al exigible o esperable en razón de aquella.⁴⁴

En relación con el consentimiento del marido, la doctrina internacional ha interpretado que si no es fijado el plazo de duración para hacer uso de dicha autorización, ésta debe entenderse como otorgada para una sola operación de fecundación. Además de que, si se señala un término, la mujer podrá hacer uso de ella en un número indeterminado de inseminaciones, dentro del plazo establecido en el documento que contiene el consentimiento.

En Veracruz, podemos interpretar, al analizar la institución del matrimonio en nuestro Derecho, que el artículo 466 de la Ley General de Salud no se refiere a la IAD cuando habla de inseminación artificial. De acuerdo con esto, creemos que no era la intención del legislador autorizar este tipo de inseminación, además de que en el caso de ser aceptada debió integrarse esta posibilidad a nuestro Código Civil, por ser la Ley que contiene la legislación sobre Relaciones Familiares. Sin embargo, creemos que el consentimiento entre los esposos da lugar a un compromiso vinculante entre ambos cónyuges de asumir cierta responsabilidad con el niño nacido por esta técnica, aunque los componentes genéticos del producto no provengan de ambos.

⁴⁴ Ibidem. p. 60.

De acuerdo con nuestra legislación, aunque existiera consentimiento por parte del marido, no es posible considerar al hijo de IAD como hijo de matrimonio, ya que ésta situación no está prevista en nuestro Código Civil. Se requiere, consecuentemente, una modificación a nuestra legislación para que, habiendo consentimiento previo del marido, la filiación se considere dentro del matrimonio. Además de que, si existiera un contrato de por medio para la IAD, este es prueba de que el varón no es el padre, por lo que, en este supuesto, la legislación responde considerando al hijo fuera de matrimonio, ya que es evidente que el marido no es el padre biológico. Sin embargo, si este caso se diera en la práctica, creemos que además de la mujer que será la madre del producto, el esposo deberá también ser responsable de éste y procurarle alimentos.

b) Que la inseminación haya sido realizada sin consentimiento del marido o contra su voluntad al supuesto analizado en el inciso anterior se añade la circunstancia de que el marido no asumió voluntariamente la concepción del hijo o inclusive se opuso.

En este supuesto, casi la totalidad de la doctrina coincide en que el marido no ha de considerarse padre del hijo; la madre ha actuado unilateralmente, sin el concurso voluntario ni biológico de su marido, por lo que el hijo es completamente ajeno a él.

Aún cuando respecto a los derechos e igualdad jurídica del hijo no hay diferencia alguna, el marido tendrá derecho a contradecir la paternidad que se le imputa, por la presunción del artículo 255 del Código Civil, dentro del plazo de 60 días contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento, de acuerdo con el artículo 261 del Código Civil.

De acuerdo con nuestra legislación, el marido desconocería la paternidad probando que le fue físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días dentro de los 300 que han precedido al nacimiento (artículo 256 del Código Civil), o que hubo adulterio de la madre y se le ocultó el nacimiento, o demostrando que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa (artículo 257 del Código Civil).

Si no se demostrase lo anterior, García Mendieta sostiene que aunque el esposo demostrara la existencia de una inseminación artificial sin su consentimiento y, más aún, aunque produjese una prueba hematológica que pusiese de manifiesto la incompatibilidad de su grupo sanguíneo con el del hijo-supuesto, ella carecería de relevancia jurídica para la ley mexicana, ese

hombre será el padre de tal hijo y estará sujeto a las obligaciones derivadas de su paternidad.⁴⁵

Podemos pensar que el marido puede desconocer la paternidad si demuestra, no el adulterio, sino que su mujer fue inseminada con semen de otro sin el consentimiento de aquél, y que se le ocultó el nacimiento. En este caso el legislador, al no poder imaginar que pudiera haber concepción sin coito, se refiere al adulterio suponiendo que es el único medio para concebir, pero si hubiera previsto que en el futuro iba a ser posible la concepción por medio de inseminación, lo habría mencionado. Pensamos que ésto debe integrarse en dicho artículo.

Los herederos también podrán desconocer la paternidad que se pretende imputar al marido, de acuerdo con los artículos 263 y 264 del Código Civil, en el caso de que el marido no lo haya podido hacer en vida.

Si hubiere inseminación heteróloga, los herederos podrán impugnar la paternidad si se configuran los presupuestos mencionados anteriormente: que se acreditara la imposibilidad material de la cohabitación del esposo con

⁴⁵ GARCIA Mendieta, Carmen . "fertilización extracorpórea: aspectos legales, en Ciencia y Desarrollo, México, CONACYT, Nov-Dic.1985, año XI, No. 65, p.36, citado por Soto Lamadrid, Miguel Angel *Biogenética, filiación y delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p.60.

su mujer en el período legal de la concepción o la ocultación del parto que subsigue al adulterio.

Los herederos deben intentar esta acción dentro del término de 60 días contados desde “aquel en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean turbados por el hijo en la posesión de la herencia.”

Galindo Garfias sostiene que “ la prueba de la paternidad, no debería descansar ya más en la prueba presuncional o directa del vínculo biológico paterno-filial, sino en el reconocimiento prenatal o postnatal que haga el presunto padre respecto del hijo que ha dado a luz una determinada mujer (...) Todo ello en virtud de que la biotecnología ha hecho posible la procreación sin cópula carnal.⁴⁶ Creemos que esta determinación es exagerada, pues de esta manera la paternidad verdadera quedaría al arbitrio del presunto padre, y dejaría a la madre y al hijo en estado de incertidumbre mientras no se hiciera el reconocimiento. Más bien se podría establecer que para demostrar la paternidad no sólo existiera la prueba presuncional, sino también pruebas biológicas.

⁴⁶ GALINDO Garfias, Ignacio. “*La fecundación artificial en seres humanos. Consideraciones jurídicas*”, en la Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XI, Núms.169,170,171, México, 1990, p.145.

Además de la acción que puede ejercitar el marido para desconocer al hijo resultado de la inseminación efectuada en su esposa contra el consentimiento de aquél, también podrá demandar el divorcio, al darse la causal comprendida dentro de la fracción X del artículo 141 del Código Civil, ya que la conducta de la mujer que se hace fecundar sin consentimiento del marido ocultando el hecho podría implicar una injuria grave.

Todo lo relacionado con las personas, la filiación y la familia, está legislado en nuestro Código Civil. Consideramos que si la IAD fuera aceptada en nuestro Derecho, debería incluirse en éste, la filiación por IAD podría ser considerada como adopción con relación al padre o podría asemejarse a la filiación del matrimonio. En el caso de la adopción, el hijo sería hijo carnal de su madre y adoptivo del marido de ésta. El artículo 333 del Código Civil permite esta situación al determinar:

“Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco de consanguinidad, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al padre adoptivo.”

La otra posibilidad es que se considerará al padre en la misma situación que la madre. Sin embargo, de acuerdo con nuestra legislación actual, suponiendo que fuera posible el contrato, esta posibilidad queda

descartada, ya que el artículo 269 de nuestro Código Civil prescribe que “no puede haber sobre filiación ni transacción ni compromiso en árbitros”.

Decidiéndose por cualquiera de estas posibilidades, lo cierto es que debe modificarse el Código Civil. Chávez Asencio estima que la segunda solución es la mejor, ya que “ la adopción se da cuando la persona ha nacido (Art. 320 C.C.). El embrión no puede ser sujeto de adopción. En cambio, si recordamos que la filiación no sólo se da por la relación biológica, sino también por disposición legal, como en el caso de la adopción donde hay la relación jurídica paterno-filial sin procreación biológica, podría también aceptarse que hubiere una procreación legal o institucional, cuando la ley reconozca haber “procreación “ del marido, cuando en el matrimonio, previo consentimiento libre del hombre, se insemine a la mujer con semen de tercero”.⁴⁷

En la actualidad podría suceder que se inscribieran en el Registro Civil a los hijos nacidos de los supuestos de IAD, como si fueran hijos matrimoniales, al amparo de la presunción del artículo 255 del Código Civil. De acuerdo con el artículo 271 del Código Civil, al constar en el Registro el matrimonio de la madre y jugar la presunción del artículo 255, la filiación quedaría, por la inscripción, determinada como matrimonial. En esta solución

⁴⁷ Op. Cit. p.49.

no pone de relieve que tal filiación no es cierta y que la verdadera filiación paterna es la del donante del semen, por lo que dicha inscripción sería falsa.

En muchos países esta solución es arriesgada, ya que los certificados de nacimiento son documentos que establecen la paternidad. En estos casos, cuando el médico pone el nombre del marido en el certificado, sabiendo que el hijo fue concebido con el semen de un donador, puede ser acusado de falsificar los documentos.

4.1.4.2. RECLAMACIÓN DE LA PATERNIDAD POR EL DADOR DEL SEMEN

El donador no deberá considerarse legalmente padre del hijo. Debe constar en la ley esa limitación, pues la patria potestad es irrenunciable por naturaleza. De acuerdo con esto, el donador no tendrá la patria potestad del nacido con su semen en el caso de inseminación artificial, y no podrá haber en contra de él acción para investigar la paternidad, independientemente de que sea o no casada la madre.

La reclamación de la paternidad por el dador del semen es una hipótesis lejana, ya que el dador del semen es anónimo generalmente, pero puede darse el caso de que éste, por alguna razón, conociera a su destinataria y quisiera reclamar la paternidad.

En este supuesto, la doctrina es uniforme en el sentido de que el donante no puede reclamar la paternidad. No sería aceptada su reclamación de acuerdo con la doctrina de los actos propios. No obstante el hijo es genéticamente suyo, no lo es ni voluntaria ni institucionalmente.

De acuerdo con nuestra legislación, el donante tampoco podrá reconocer al hijo voluntariamente, a menos que la inseminación se hubiere realizado contra o sin el consentimiento del marido y éste hubiere desconocido su paternidad. En dicho caso, el donante podrá quedar en la posibilidad de reclamar el hijo como legalmente suyo, pero la filiación sería extramatrimonial. Esto de acuerdo con el artículo 302 del Código Civil que dice: " El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo."

4.1.5. DOCTRINA PENAL

Un sector de la doctrina afirma que la mujer casada que se ha hecho inseminar sin autorización marital ha cometido adulterio, pues se ha utilizado para la concepción semen de un tercero.

Así, en Canadá, el Tribunal supremo de Ontario, resolvió que la inseminación artificial heteróloga constituye adulterio, señalando que "la

esencia del delito de adulterio consiste no en la vileza o infamia moral del acto o comercio carnal, sino en la entrega voluntaria a otra persona de los órganos o las facultades reproductoras.⁴⁸

En nuestro país, ni en el Código Civil ni en el Código Penal, se considera adulterio la concepción artificial. En el adulterio, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, se requiere que exista ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados. De acuerdo con lo anterior, es claro que la IAD no implica adulterio, ya que de la propia definición de este tipo Inseminación se desprende que no hay ayuntamiento carnal entre la mujer inseminada y el donante del semen.

El adulterio es un delito que lesiona la fidelidad conyugal, requiere de un acto copulatorio propio y de una connotación erótica, que no existe en la inseminación artificial.

Se puede sugerir que se cree un delito de inseminación sin consentimiento del marido, agravando el castigo cuando el embarazo se produzca. Esto es más comprensible que sostener, a través de la analogía, que la inseminación heteróloga es un delito de adulterio, ya que en nuestra legislación es anticonstitucional interpretar la ley penal por analogía de acuerdo con el artículo 14 constitucional.

⁴⁸ Oxford U., Oxford. 58 D.L.R. 251 (1921) citado por Silva Ruiz, Pedro F: Op. Cit. p.206.

Nada impide, sin embargo, que exista una causal de divorcio, basada en las injurias graves que la mujer inferiría a su esposo, al decidir inseminarse sin su consentimiento.

Para que pueda realizarse la IAD es necesario el consentimiento de ambos consortes. Cuando el consentimiento del marido está presente, no hay infidelidad ni injuria. En caso de faltar el consentimiento de la mujer, también podría ocasionar el divorcio por una injuria grave cometida en su contra. Pero en ninguno de los dos casos puede hablarse de adulterio, ya que no hay ayuntamiento carnal de la mujer inseminada con persona distinta del marido.

Cuando la esposa asigna la paternidad registral a su marido, consciente de que la fecundación se produjo con semen de tercero, incurre en un delito contra el estado civil de las personas, breando un estado civil falso respecto del padre.

El Código Brasileño considera como crimen contra el estado de filiación, "el registrar el parto ajeno como propio; inscribir como suyo el hijo de otra, u ocultar al recién nacido o sustituirlo, suprimiendo o alterando el derecho inherente al estado civil" (Art. 242).

Nuestra legislación castiga específicamente la atribución de un niño recién nacido a una mujer que no sea realmente su madre en el Artículo 51 del Código Penal, pero no se ocupa de la falsedad registral por lo que toca al padre.

Pueden surgir otros delitos relacionados con la técnica de IAD:

En Suecia, pueden ejercerse acciones penales en contra del personal que realiza la IAD regularmente con el propósito de lucro o en contra de las personas que donan semen en violación a las normas de inseminación artificial: "Artículo 7 de la Ley sobre inseminación (1984:1139) aquél que contravenga esta Ley para su beneficio propio, o bajo la misma ofrezca espermatozoides para la inseminación artificial deberá ser castigado con alguna multa o encarcelamiento no por más de seis meses."⁴⁹

También existe la posibilidad de que a la larga, los hijos producto de esta técnica entren en contacto con el donador o con sus "medios hermanos", también producto de inseminación del mismo semen pero en distinta pareja, pudiéndose consumir el delito de incesto entre otras consecuencias. Para evitar esto, la Sociedad Americana de Fertilidad

⁴⁹ EWERLÓF, Góran, Op. Cit. p.83

establece parámetros diciendo que sólo se pueden inseminar hasta cinco personas diferentes con el semen de un mismo donador.⁵⁰

Se prevé esto porque ha sido calculado que un sólo donador es capaz de producir al año suficiente esperma para inseminar a veinte mil mujeres.

4.2. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA FUERA DE MATRIMONIO O IAD EN MUJER SOLTERA

En un primer momento, las técnicas reproductoras como remedio para la esterilidad humana se centraban en una asistencia a parejas unidas matrimonialmente; posteriormente tal acceso se fue abriendo a parejas que no estaban casadas y de igual manera deseaban tener hijos. En la actualidad, una mujer sola, soltera, viuda o divorciada, que no pueda o no quiera casarse, ni tampoco mantener relaciones sexuales con un varón por las razones que sean, pero que no desee renunciar a tener descendencia, puede recurrir a las técnicas de inseminación artificial.

Las razones que pueden empujar a una mujer sola a desear un hijo a través de estas técnicas pueden ser muy variadas: una serie de mecanismos psicológicos que la lleven a rehusar tener relaciones sexuales; el desempeño

⁵⁰ KOLANQUI Nisanof, Tamara. *Regulación Jurídica de los nuevos métodos de concepción artificial*, en la Revista de la Escuela de Derecho, Universidad Anáhuac, Año IV, Número 4, México, 1986, p.101.

de una actividad incompatible con el matrimonio; el no haber encontrado al hombre adecuado, o haberlo perdido sin descendencia, así como el aseguramiento del futuro físico y genético de su hijo.

Puede pensarse que para suplir estas situaciones existe la adopción, máxime en los lugares en donde es permitido que una mujer sola adopte, sin embargo es una realidad que cada vez existen menos niños para adoptar, las formalidades son largas y costosas, además de que no se garantiza con la adopción los antecedentes físicos, genéticos o morales del hijo.

4.2.1. DERECHO A PROCREAR O DERECHO A LA SALUD

Para determinar si la mujer soltera tiene derecho a la técnica del IAD, el jurista debe elegir entre un posible derecho a la procreación y un derecho a la salud. Del derecho a procrear se habla como un derecho derivado de diversos derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida y a la libertad. Es considerado como un derecho de la persona, los que lo defienden entienden que de la misma forma como el Estado no puede prohibir a las personas tener o no tener hijos, no les puede prohibir tampoco el recurso a la inseminación artificial de un eventual derecho a procrear, no existe ninguna razón para impedir que sea usada por mujeres solas.

El derecho comparado, en su generalidad, no acepta esta técnica, por todo tipo de razonamientos basados en el interés del hijo. Tanto en las

escasas leyes existentes, como en los proyectos legislativos sobre la materia, se reserva su aplicación al uso exclusivo de matrimonios o parejas estables. Todas ellas consideran que no puede ser considerado el derecho a procrear como absoluto, ni un hijo puede tener nunca la consideración de ser objeto de un derecho subjetivo. Un ejemplo de esto es la Ley Sueca referente a la inseminación artificial del 1 de marzo de 1985, que limita su uso a parejas heterosexuales, casadas o no, en convivencia estable.

Por otro lado, el informe sobre Reproducción Humana Artificial de la Comisión para la Reforma de la Ley de Ontario, Canadá de 1985, establece: "la elegibilidad para participar en un programa de concepción artificial debe ser limitada a mujeres solas estables y a varones y mujeres estables, unidos en matrimonio o uniones estables."⁵¹

Aquí se equipara a la mujer sola, sin pareja, a la que accede a tales técnicas con un compañero, que será el futuro padre de su hijo.

En Estados Unidos, entendiéndose la decisión individual de procrear como un derecho fundamental comprendido en el derecho a la intimidad, se ha escrito que es de dudosa constitucionalidad la legislación que prohíbe la inseminación artificial para solteras. Los juristas angloamericanos entienden

⁵¹ DE LEON Arce, A. *"la mujer sola, sin pareja, ante las técnicas de procreación humana"*, en II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1987, p. 411.

que la mujer soltera puede tener un derecho constitucional a procrear, y así, cualquier intento de prohibirle la inseminación artificial sería inválido, lo que no impide que esto pueda ser perjudicial para el hijo.

Todos los estatutos de los Estados en la Unión Americana legitiman el uso de la inseminación con donante en las mujeres casadas. Algunos de ellos limitan la inseminación artificial a mujeres casadas. Washington, Nueva Jersey, Texas y Oregón permiten esta situación en mujeres solteras. El resto de los estatutos están redactados de tal manera que pueden ser interpretados ya reprobando este proceso para mujeres solteras o dejando abierta la cuestión; la legislación de Oregón ha sido interpretada en la literatura en el sentido de que no permite esta clase de inseminación en mujeres solteras: "La inseminación artificial no deberá realizarse en una mujer sin el previo consentimiento y requerimiento por escrito de su esposo".⁵²

Nueva Jersey y Washington permiten implícitamente esta situación, pues en sus estatutos establecen que el donador de una Inseminación artificial no será considerado el padre del hijo a menos que él y la madre lo convengan con anterioridad y por escrito. Y en otra parte establece que el esposo que presta su consentimiento para una inseminación por donante en su mujer es el padre legal.

⁵² VETRI Dominick, "*Tecnología Reproductiva y las Leyes de los Estados Unidos*", en la publicación trimestral de la Ley Internacional y Comparativa, Vol. 37, part 3, 1988, p.512.

De acuerdo con esto, no creemos que el legislador hubiera querido darle la opción a la mujer casada de reconocer al donador como el padre legal y no a su marido.

Los autores europeos consideran que la inseminación artificial no es un sistema de procreación, sino sólo una terapéutica. Eliminan este posible derecho de procreación, con base en el interés del hijo, dándole preferencia a éste último; la propuesta del Consejo de Europa (aún no aprobada) recomienda en el principio 1, regla 3, que " les techniques de procréation artificiel e hansine peuvent Atre employées en faveur d'un couple hétérosexuel lorsque les conditions appropriées existent pour assurer le bien-être de l'enfant, y especialmente en estos tres casos:

1.- Cuando los otros medios de tratamiento de la infertilidad no han tenido éxito o no ofrecen ninguna posibilidad de éxito o no resultan apropiados para el caso concreto;

2.- Cuando existe el riesgo seguro de transmitir al hijo una grave enfermedad hereditaria, y

3.- Cuando exista el riesgo de que el hijo sufra una enfermedad que comportase su muerte precoz o una incapacidad grave.⁵³

⁵³ Informe, p.114, citado por Roca Trias, Encarna Op. Cit. P. 32.

La conclusión, por lo que se refiere al estado de opinión en los países europeos, es que la inseminación artificial, en sus varias facetas IAC e IAD, debe derivar de un derecho a la salud, y por tanto, hay que utilizar un sistema de indicaciones médicas.

Se excluiría, por tanto, la inseminación de mujeres solas.

La tendencia española parece basarse en estos principios, al recomendar el uso de las técnicas de reproducción asistida, con la finalidad fundamental de la actuación médica ante la esterilidad irreversible de la pareja humana, para facilitar la procreación cuando las demás terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas, ineficaces o imposibles de realizar. También recomienda la utilización de estas técnicas, para la prevención y eliminación de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando estén justificadas porque exista un riesgo serio de transmisión al hijo. El informe de los Diputados españoles señala que: " 1. La mujer sola podrá recurrir a estas técnicas de Reproducción Asistida: si padece una esterilidad irreversible que las justifique, con cargo a la sanidad pública, en los centros sanitarios públicos, concertados o vinculados a ella, 2. La mujer sola no estéril podrá recurrir a la inseminación artificial con semen de donante, con gastos a su cargo, 3. Para autorizar estas técnicas de reproducción, los centros y servicios sanitarios habrán de recibir previamente de la mujer la información documental de que no está casada, ni constituye pareja estable, así como de

que puede 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 ostensibles y notorias con ella relacionadas.⁵⁴

Exista cierta contradicción en estas disposiciones, ya que por un lado se recogen las recomendaciones del Consejo de Europa y por otro el razonamiento está basado en un hipotético derecho a procrear y no en un derecho a la salud.

En Italia existe la misma discusión, la alternativa se presenta también entre la inseminación como remedio a la infertilidad, afectando sólo a la pareja, y la admisión para la mujer sola, defendiéndose un derecho a procrear.

4.2.2. PATERNIDAD Y FILIACIÓN

Se alega que la mujer soltera tiene el derecho a ser inseminada artificialmente, porque además del discutido derecho constitucional a procrear, se cree que, siendo tan fácil realizar este procedimiento, aún sin ayuda médica, reconocer y permitir esta técnica para la mujer soltera, regulándola de una forma razonable, sería más práctico a la larga.

⁵⁴ *Ibidem*.

La principal objeción que puede hacerse a esta técnica es la existencia de un hijo sin padre conocido. En este sentido, de acuerdo con la Declaración de los Derechos del Niño del 2 de Noviembre de 1959, el desarrollo de la personalidad se produce de forma más completa dentro de una familia formada por los elementos padre y madre y no en una familia unilateral, y por ello se recomienda que sea la pareja estable, matrimonial o no, la usuaria de estas técnicas: sólo así sería posible obtener el desarrollo de la personalidad del ya nacido. Se deberá considerar como pareja estable a la pareja heterosexual que mantenga una relación similar al matrimonio y asuma, respecto de los hijos, los derechos y obligaciones de aquél.⁵⁵

Esta declaración establece en su principio 6, párrafos primero y segundo, que "el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita amor y comprensión. 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 seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales no deberá separarse al niño de corta edad de su madre."⁵⁶

Es cierto que en ocasiones, como el caso del hijo cuyo padre ha muerto, no existe un padre en sentido material, pero su presencia se detecta en una serie de consecuencias jurídicas y psicológicas. El hijo de la mujer

⁵⁵ ROCA Trías, Encarna. Op. Cit., p. 40.

⁵⁶ DE LEON Arce, A. Op. Cit., p. 409.

sola, concebido de forma no natural por medio de estas técnicas, no solamente va a ser hijo de padre desconocido, si se mantiene el anonimato del donante, sino que además se le va a privar de una serie de consecuencias jurídicas que, en principio, pudieron haberle sido favorables, tanto en orden a la determinación de su filiación, como a los derechos correspondientes a la patria potestad, lazos familiares, relaciones sucesorias, etc.

Por otro lado, el Estado está interesado por una situación financiera adecuada para el menor. Se han cambiado las leyes para proteger a los hijos extramatrimoniales, para que sus padres los protejan económicamente. Parece que el hecho de que al donante, siendo el padre biológico, no se le exija la misma situación, es una contradicción; sin embargo, se ha llegado a la conclusión de que si en el caso de la mujer casada lo importante para determinar la paternidad es la intención de las partes, debe hacerse lo mismo en el caso de la mujer soltera.

Debe reconocerse, en otro orden de ideas, que cuando un donante ha dado su esperma a un banco de semen o a un médico, en el entendido de que la donación será anónima y sin ningún lazo legal con el hijo concebido, sería injusto que el padre biológico fuera responsable de los alimentos del menor y de su manutención, sólo porque resultó que su semen se utilizó para inseminar a una mujer soltera en lugar de una casada.

Nosotros creemos que este tipo de inseminación no debió ser legalizado en México, ya que existe un interés mayor que el supuesto derecho a procrear, y es el interés del hijo. Sin embargo, en nuestra opinión, ya sea que la inseminación heteróloga sea o no legalizada, no debe existir ninguna obligación del donador hacia el hijo o la mujer inseminada, sea ésta casada o soltera. En el caso de la mujer soltera podría establecerse que las partes, es decir, la mujer inseminada y el donante, puedan convenir con anterioridad y por escrito como en Nueva Jersey y Washington que el donador será el padre y tendrá derechos y obligaciones hacia el niño.

Consideramos que en México está legalizada la IAD en mujer soltera, ya que interpretando el artículo 466 de la Ley General de Salud Mexicana, advertimos que este precepto, en su inciso primero, implica un delito cuyo sujeto activo sería aquél que inseminase artificialmente a una mujer sin su consentimiento, o a una mujer capaz que no pudiese pronunciar consentimiento válido por ser menor de edad o incapaz, por lo que, al armonizar esta norma con las pertinentes del Código Civil, podemos determinar que, en lo que se refiere a la mujer soltera, viuda o divorciada, capaz y mayor de edad, no existe impedimento legal alguno que le prive del derecho a recurrir a la inseminación artificial. El hijo así concebido sería para la ley un hijo fuera de matrimonio, con todos los derechos y obligaciones que tal filiación comprende.

Esta disposición está en concordancia con nuestra Constitución, que dispone, en su artículo 4, que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el esparcimiento de sus hijos. Por lo tanto, la mujer sola o soltera puede ser madre, y si lo puede ser por vía natural, nada impide que lo sea por un procedimiento no natural.

En Veracruz, en el caso de mujeres solteras inseminadas por donante, se deberá aplicar el artículo 314 del Código Civil, que se encuentra dentro del capítulo que trata del reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio, para el caso en que se quiera investigar la paternidad. De acuerdo con la fracción IV de este artículo, el hijo podrá investigar la paternidad si tiene a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre. Si se prueba la filiación, los hijos resultado de esta técnica serán considerados como extramatrimoniales, pero tendrán los mismos derechos y obligaciones que los hijos dentro de matrimonio, ya que han sido igualados por la Ley.

4.2.3. CONSIDERACIONES ÉTICAS SOBRE LA IAD EN MUJER SOLTERA.

Chávez Asencio dice que la concepción artificial fuera de matrimonio se considera inmoral y debe ser también declarada legalmente ilícita, ya que la sociedad está interesada en que los hijos sean de matrimonio para su

mejor formación, y afirma que la paternidad irresponsable fuera de matrimonio, responde al instinto sexual y no pocas veces al placer y al hedonismo, sin valorar o comprender muchas veces las consecuencias que de tales actos resultan. Si la sociedad, el Estado y la Iglesia están interesados en evitar los hijos fuera del matrimonio, el legislador no puede legislar esta fecundación artificial, pues sería un contrasentido y una grave irresponsabilidad.⁵⁷

Zannoni descarta la inseminación artificial de una mujer soltera. "El uso de la técnica de la inseminación artificial no puede transformarse en instrumento caprichoso para la fecundación en circunstancias en que la mujer que recibe el semen no se encuentra en las mejores posibilidades éticas de ser madre. La inseminación de una mujer soltera nos parece un caso patológico."⁵⁸

Para algunos es éticamente reprobable la IAD en mujer soltera. El Derecho busca proteger los intereses de la persona (en este caso los del hijo) y pretende ser justo; sin embargo, en nuestra legislación, de acuerdo con el artículo 466 de la Ley General de Salud, la mujer soltera tiene derecho a utilizar la técnica de IAD, y por lo tanto es un acto lícito, además de que el artículo 4º. Constitucional reconoce el derecho de cualquier persona a decidir sobre el número y esparcimiento de sus hijos.

⁵⁷ Op.cit. p. 54.

⁵⁸ Op. Cit. p.54

CONCLUSIONES.

Las técnicas de reproducción asistida configuran una nueva manera de procreación humana que prescinde de la cohabitación carnal, y por tanto deja de ser la relación sexual el único medio de concepción.

La inseminación artificial es una técnica de reproducción asistida que da a parejas infértiles la posibilidad de tener sus propios hijos, o por lo menos les ofrece la posibilidad de que uno de los cónyuges tenga parentesco directo con el producto.

En este estudio hemos hecho algunas consideraciones éticas sobre la inseminación artificial, pues no se debe olvidar el aspecto moral del progreso científico. A su vez, el Derecho debe aceptar y regular estos avances conforme a la naturaleza y la dignidad del ser humano.

La inseminación artificial homóloga dentro de matrimonio o IAC es aceptada por la mayor parte de la doctrina cuando es utilizada como el último recurso para la procreación. En la mayoría de los países no ha sido necesaria una legislación especial, pues los casos que se han presentado en la práctica ha sido posible resolverlos con la legislación existente.

En Veracruz, la IAC no presenta mayores problemas jurídicos en cuanto a la filiación y el parentesco, ya que la filiación biológica paterna y materna coincide con el vínculo jurídico de la filiación consanguínea.

En las técnicas de reproducción asistida los cónyuges no pueden reclamarse mutuamente, ni mucho menos exigirse por violencia o por engaños, el derecho a procrear.

Nosotros creemos que la IAC no es éticamente reprobable, pues no contradice la naturaleza en cuanto a lo fundamental, ya que la fecundación se realiza con los componentes genéticos de marido y mujer.

En Veracruz, de acuerdo con el artículo 466 de la Ley General de Salud, la mujer mayor de edad, capaz, otorgando su consentimiento y con la conformidad de su cónyuge, puede utilizar esta técnica.

Estimamos que lo relacionado a la filiación derivada de la inseminación artificial debería incluirse en el Código Civil de cada Estado, donde se encuentran todas las disposiciones relativas a las personas y a la familia. Esto de acuerdo con el artículo 124 de nuestra Constitución, que le otorga competencia para legislar sobre esta materia a los Estados y no a la Federación.

1.- Se propone que el artículo 256 de nuestro Código Civil sea reformado con el fin de que, en el caso de IAC, el marido no pueda contradecir la paternidad que se le atribuye, alegando la imposibilidad de acceso carnal con su esposa durante el período legal de la concepción, quedando redactado dicho artículo como sigue:

Art. 256.- 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 120 días de los 300 que han precedido al matrimonio, salvo que su mujer haya sido inseminada artificialmente, en cuyo caso no podrá contradecir la paternidad.

De acuerdo con nuestra legislación vigente, podría entenderse, por analogía, en lugar de "acceso carnal", inseminación artificial, sin embargo, para mayor claridad, proponemos que se integre dicha posibilidad en el artículo 256.

La posibilidad de inseminación artificial cuestiona los presupuestos de la presunción de paternidad del marido, pues ya no basta la separación de hecho para que quede excluida la presunción, ni tampoco basta para acreditar la no paternidad, demostrar la impotencia generada del marido en la época normal de la posible concepción, cuando esta impotencia es sobrevinida, toda vez que el semen pudo emitirse mucho antes de que sobreviniera la impotencia o se produjera la separación.

En el supuesto anterior, la mujer podría oponer a tal desconocimiento la prueba de la inseminación con el semen de su marido, demostrando así, no por la vía presuncional, sino biológica, el hecho de la procreación.

En el supuesto de que el marido quisiera desconocer su paternidad demostrando adulterio, de acuerdo con el artículo 257 del Código Civil, creemos que si el marido prueba el adulterio y demuestra que se le ocultó el nacimiento, podrá desconocer al hijo, independientemente de que la mujer haya sido inseminada con su semen.

Pero si no se le ocultó el nacimiento y el marido tratara de desconocer al hijo demostrando que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa, creemos que ésta podría oponerse demostrando que fue inseminada con semen de su esposo, por lo que su hijo lo es también de su cónyuge.

2.- Según esto, proponemos que el artículo 257 de nuestro Código Civil quede redactado en los siguientes términos:

Art. 257.- El marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante

los diez meses que precedieron al matrimonio no tuvo acceso carnal con su esposa, ni ésta pudo ser inseminada artificialmente con su semen.

En nuestra legislación, el artículo 466 de la Ley General de Salud tipifica el delito de inseminación artificial inconsciente. Creemos que este delito debió producirse en una ley de carácter local, como lo es el Código Penal, y no en una ley de carácter federal, de acuerdo con el pacto Constitucional que otorga competencia legislativa penal a cada uno de los Estados de la República Mexicana.

Conviene, además de este delito, adicionar algunos otros, como serían: que el marido aporte su semen para fecundar a mujeres extrañas sin el consentimiento de su cónyuge, o el hacer concebir a una mujer artificialmente ocultándoselo al marido o sin el consentimiento de éste. El médico, por su parte, podría incurrir en un ilícito si no se cerciorara de la salud del donador, si revelara la identidad de éste, o si inseminara a una mujer menor de edad, incapaz o sin su consentimiento o el de su marido.

En el caso de la IAC, sólo presenta problemas la producida después de la muerte del marido. Puede admitirse, dentro de un cierto plazo prudencial, que se practique la técnica de inseminación, y en este caso habrán de considerarse matrimoniales los hijos que la viuda tenga después de la muerte del marido con gametos de éste, y habrá que facilitar en tales casos, la inscripción de la filiación matrimonial, siempre que concurren el

consentimiento del marido y la prueba de haberse practicado la fecundación con sus gametos, todo ello dentro del plazo prudencial al que anteriormente nos hemos referido. Creemos que este tipo de inseminación no debe ser aceptada en nuestra legislación, al no ser una conducta socialmente deseable. Sin embargo, esto no significa que no se presentará en la práctica. De suceder esto, se dejaría al hijo en una situación de desigualdad frente a los otros hijos, aunque sea sólo respecto a los derechos sucesorios.

3.- El status familiar del hijo nacido por inseminación artificial post mortem, de acuerdo con nuestra legislación vigente, es la de no matrimonial. Para que el hijo o la madre de éste pudieran defender la legitimidad de éste último, tendría que integrarse a nuestro Código Civil un artículo 258 bis como sigue:

Art. 258 Bis.- No procederá el desconocimiento de la paternidad si se demuestra que la mujer fue inseminada con semen de su marido premuerto.

La distinción entre hijo matrimonial y extramatrimonial para el hijo nacido de esta técnica es intrascendente, ya que respecto al hijo, los derechos son los mismos, independientemente de su origen.

En otras legislaciones, el elemento más relevante de la IAD es la decisión o acto de voluntad de que nazca el nuevo ser, manifestado a través del consentimiento del marido o compañero de la mujer inseminada. Esto constituye el criterio de atribución de paternidad, y es lo que permite la

inscripción en el Registro Civil del nacido así, para lo que es suficiente, tanto en la filiación matrimonial como en la extramatrimonial, el documento auténtico en que se presenta aquel consentimiento.

Asimismo, debe concederse al nacido por IAD un explícito derecho a tener acceso a la información de la herencia genética del donante. Tal derecho al conocimiento de datos biogenéticos no comporta el conocimiento de la identidad del donante ni alguna relación jurídica, ni la posibilidad de reclamación de paternidad, todo lo cual debe establecerse claramente.

Si se diera el caso de IAD en nuestro país, el donante del semen no deberá ser considerado como el padre del hijo de la mujer inseminada. Tampoco será responsable frente a éste, a menos que prosperara la acción de desconocimiento de paternidad por parte del marido de la mujer inseminada y el donante demandara voluntariamente la paternidad. Si la mujer no vive con su marido, el donante podrá demandar la paternidad, aún en el caso de que el marido no haya desconocido al hijo.

Después de analizar la institución del matrimonio en nuestro Código Civil, interpretando que el artículo 466 de la Ley General de Salud, al referirse a la inseminación artificial, no está considerada la IAD, al no mencionarla o hacer la distinción, lo que se está permitiendo en ese artículo es únicamente la IAC dentro y fuera de matrimonio y la IAD fuera de éste.

Se debe considerar que el marido puede impugnar la paternidad aunque haya consentido a la IAD de la madre, basado en la no cohabitación sexual, es decir, según los esquemas y causas propias de la impugnación de la paternidad derivada de procreación natural. Sólo que, al haber consentido y no teniendo el donante la posibilidad de reconocer al hijo, quedando éste sin padre, creemos que el marido tendrá la obligación de darle alimentos.

Con más razón podrá contradecir la paternidad si no consintió a la IAD, pues pensemos que por analogía, de acuerdo con el artículo 257, si el marido demuestra que su mujer fue inseminada con semen de un tercero y que se le ocultó el embarazo, podrá desconocer la paternidad, al igual que si demuestra que su mujer fue inseminada con semen de un tercero y que él no tuvo acceso carnal con su esposa, ni ésta fue inseminada con la técnica de IAC. En este caso, además de desconocer al hijo nacido por IAD, el marido podría demandar el divorcio, ya que la conducta de su mujer podría implicar una injuria grave, y no tendrá la obligación de darle alimentos al hijo de su mujer nacido como resultado de esta técnica.

De ser aceptada la IAD en nuestra legislación, sería útil distinguir frente a la filiación por consanguinidad una especie de filiación civil, para los supuestos de fecundación asistida con la aportación de gametos de tercera persona.

Al aceptar estas técnicas y someterlas al sistema jurídico, debe elegirse entre aplicarlas como derivadas de un hipotético derecho a la procreación, inserto en los derechos de la personalidad, o bien hacerlas derivar del derecho a la salud. Si se elige la primera solución, se debe ser coherente e incluir en el uso de tales técnicas a las mujeres solteras sin pareja, así como también los casos de inseminación post mortem.

Creemos que no debería permitirse la IAD en mujeres solteras pues, no obstante que tienen un derecho a procrear, pensamos que existe aquí un interés mayor que debería defenderse, que es el del hijo que nacería sin padre.

El principio fundamental que debería regir la legislación es que tener hijos no es un derecho incondicional, por lo que las manipulaciones genéticas tendientes a la procreación deberían permitirse solamente con la condición de que el niño nacerá y crecerá en condiciones favorables para él. Debería tenerse por encima de cualquier otro interés el del hijo.

El alcance de los sujetos beneficiarios de las técnicas de reproducción asistida, deberá limitarse a parejas estériles o infértiles, siendo así una solución terapéutica, correctora y/o substitutivo de la esterilidad irremediable, nunca como un medio alternativo de procreación para parejas fértiles y

menos para individuos que no constituyan pareja, pues debería considerarse de mayor importancia el interés del hijo.

Sin embargo, de acuerdo con nuestra Constitución Política, la mujer soltera tiene derecho a utilizar esta técnica, de manera libre, informada y responsable.

De lo expuesto en este trabajo se sigue que nuestro ordenamiento jurídico vigente no es satisfactorio para solucionar todos los casos que se presentan con las técnicas de inseminación artificial. Sin embargo, no hay que precipitarse cuando es necesario asumir un nuevo fenómeno social. Antes de aprobar una nueva ley sobre esta materia, sería conveniente interpretar las normas vigentes de acuerdo con la nueva realidad a la que hay que aplicarlas. Sólo después es recomendable la aprobación de legislación que regule algunos aspectos, incluso que prohíba algunas prácticas o modalidades que posibilita la inseminación artificial, conforme se discuten y analizan en este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA.

CHAVEZ Asencio, Manuel F. *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*. Editorial Porrúa, México, 1987.

MONTERO Duhalt, Sara. *Derecho de familia*. Editorial Porrúa. México, 1985.

ROJINA Villegas, Rafael. *Compendio de derecho civil. Introducción, personas y familia*. Editorial Porrúa, 1986.

SOTO Lamadrid, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito*. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1990.

VILLORO Toranzo, Miguel. *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa, México, 1982.

ZANNONI, Eduardo A. *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*. Editorial Astrea. Buenos Aires, argentina, 1978.

LEGISLACIÓN.

Código Civil para el Estado de Veracruz.

Ley General de Salud.

Reglamento de la Ley de salud en materia de investigación para la salud.

REVISTAS**(ARTICULOS)**

BATTLE, Manuel. *"La eutelegenesia y el derecho"*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, No. 6, Madrid 1949.

BRESNA Sesma, Ingrid. *Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de inseminación artificial*. Boletín Mexicano de derecho comparado, Núm. 82, México 1985.

CAMPUZANO, Tomé. *"Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente"*, en II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1987.

DELGADO Echeverría, Jesús, “ *Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde*”, en II Congreso Mundial Vasco, La filiación a Ewerlof, Gorán, “Legislación Sueca sobre inseminación artificial, en 11 Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1987.

GALINDO Garfías, Ignacio, “*La fecundación artificial en seres humanos, Consideraciones Jurídicas*”, en la Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XI, Núms. 169,170,171, México, 990.

GLEZERMAN, M., “*Una visión general y pensamientos sobre la inseminación artificial*”, en el II Congreso Mundial de Vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1987.

PUETT, David De, “*El impacto de la biología molecular y la biotecnología en la fertilidad humana, la salud y los alimentos*”, Fondo de las Naciones Unidas para las actividades de la población”, New York, 1984.

FRITZ W., Hondius, “*El consejo de contribución de Europa para la resolución de problemas originados por la procreación artificial en humanos*”, en el II

Congreso Mundial de Vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1987.

KOLANQUI Nisanof, Tamara, "*Regulación jurídica de los nuevos métodos de concepción artificial*", en la Revista de la Escuela de Derecho, Universidad Anáhuac, Año IV, Número 4, México, 1986.

LEON Arce, A. De., "*la mujer sola, sin pareja, ante las técnicas de procreación humana*", en II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1987.

MERINO Gutiérrez, A., "*Los consentimiento relevantes y las técnicas de reproducción asistida*", en II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1987.

MORENO-LUQUE Casariego, C. "*Reflexiones en torno a la gestación por cuenta ajena*", en II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Editorial Trivium, Madrid, 1987.

PRIEST, Jaqueline A., *Desarrollo de la reproducción en Inglaterra*, en la publicación trimestral de la Ley internacional y comparativa, vol. 37, part 3, 1988.

ROCA Trias, Encarna, *la incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, en II Congreso Mundial Vasco, la filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Editorial Trivium, Madrid, 1987.

SERRANO Alonso, Eduardo, *El deposito o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post wrteml*, en II Congreso Mundial Vasco, la filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Editorial Trivium, Madrid, 1987.

SILVA Ruiz, Pedro F., *La familia y los avances científicos, la inseminación artificial y la fecundación extrauterina*, en la Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, San José Costa Rica, año XII, Núm. 41, 1987.

SILVA Ruiz, Pedro F. *Panorámica de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fertilización in vitro y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos*, en II Congreso Mundial Vasco, la filiación

a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Editorial Trivium, Madrid, 1987.