

321909



**CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS**

**ESCUELA DE DERECHO**



**INSEMINACION ARTIFICIAL  
RELACION FILIAL**

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A  
**MARCIA IDANIA RUEDA CABRERA**

ASESOR DE TESIS:

**ALFREDO ALVAREZ NARVAEZ**

**MEXICO, D. F.**

**2005**

17347377



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.

*Se necesita paciencia para continuar en lo largo  
de una carrera profesional. Lo afirma San Juan:  
el principio era el verbo. Lo que equivale a aseverar  
que el origen de todo está en lo que crees bueno.*

*El verbo pone en movimiento a la vida; inaugura el  
devenir eterno de las cosas y los seres.*

JOSÉ MUÑOZ COTA

*Quiero agradecer principalmente a:*

Dios, por la fortaleza de seguir de pie, de seguir luchando, por seguir teniendo capacidad de asombro que es lo que me da fe y ganas de seguir adelante en esta carrera tan larga de la abogacía.

*Con mi sincero agradecimiento a:*

Papá, Mamá, Arquímedes, Antonio y Mariana, por los momentos de la vida compartidos, por las noches de estudio dedicadas, por permitirme saber que la felicidad no reside en los años, meses, semanas o días que vivamos, sólo se le puede encontrar en cada momento.

*Muy especialmente a:*

Mis abuelos, Gracias por haberme permitido contar con su apoyo incondicional logrando con ello la realización de este trabajo, por haberme dado más luz, más alegría, más confianza, por hacerme saber sin palabras que siempre estarán a mi lado, por esperar siempre lo mejor para mí; aceptándome tal como soy, me han dado esperanza.

*Con mi eterno agradecimiento a:*

Mi mejor amigo, Joel Alavez Pérez, tú sabes que te agradezco infinitamente todo tu apoyo, tu cariño y tu bondad hacia mí, ya que eres la persona que me impulsa cada día a ser mejor; por todos los momentos en los que te necesite y que siempre estuviste ahí y quiero agradecerte infinitamente por que por ti estoy escribiendo en este momento estas últimas líneas; por el gran cariño que te tengo y por toda la confianza que has depositado en mí.

*A mis amigos:*

Gracias por su comprensión, por escucharme sin juzgar, por estar conmigo en cualquier momento por más difícil que sea, por su gran apoyo y compañía en todos estos años de conocernos.

*Al Centro de Estudios Universitarios y a sus académicos:*

Por todo lo aprendido, por las horas de estudio dedicadas, por la gran responsabilidad de que me dieron como abogada y gracias por lo que he llegado a hacer como abogada y como ser humano, mil gracias.

## ÍNDICE

<b>Introducción</b> .....	13
<b>Capítulo I. Antecedentes de las técnicas de inseminación y fecundación artificial</b>	
1.1 Gregorio Mendel (padre de la genética) .....	21
1.1.2 Breve clasificación de las técnicas de reproducción asistida .....	22
1.1.3 La reproducción a través de la historia .....	23
1.2 Aspecto moral .....	24
1.2.1 Anonimato .....	24
1.2.2 Inseminación homóloga .....	27
1.2.3 Inseminación heteróloga .....	30
1.2.4 Inseminación fuera del matrimonio .....	31
1.3 La infertilidad y la reproducción como problemas de salud .....	36
<b>Capítulo II. Las nuevas tecnologías reproductivas</b>	
2.1 Técnicas de fecundación asistida .....	41
2.1.2 fecundación o reproducción asistida .....	41
2.1.3 Inseminación artificial .....	42
2.1.4 Fecundación in vitro .....	42
2.1.5 Fertilización in vitro (fiv) .....	43
2.1.6 Inseminación con semen o espermatozoides del marido (inseminación homóloga) .....	43
2.1.7 Inseminación con semen o espermatozoides de donantes (inseminación heteróloga) .....	44

2.2	Variantes de la fertilización in vitro .....	44
2.2.1	Fecundación in vitro con semen donado (heteróloga) .....	45
2.2.2	Fecundación in vitro con óvulo donado (heteróloga) .....	45
2.2.3	Donación de preembriones .....	45
2.2.4	Lavado uterino para transferencias de preembriones .....	46
2.3	Criopreservación .....	47
2.3.1	Criopreservación de semen .....	47
2.3.2	Criopreservación de óvulos .....	47
2.3.3	Criopreservación de preembriones .....	47
2.4	Subrogación .....	48
2.4.1	Problemas derivados de la maternidad sustituta .....	49
2.5	Gameto, fecundación, embrión, feto .....	52
2.5.1	Banco de gametos y embriones .....	52
2.6	Análisis genéticos. Proyecto genoma humano .....	53
2.6.1	Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos. UNESCO-ONU del 11 de noviembre de 1997 .....	53
2.6.2	Derechos de las personas interesadas .....	54
2.6.3	Investigación del genoma humano .....	55
2.6.4	Condiciones del ejercicio de la actividad científica .....	56

### **Capítulo III. Naturaleza jurídica de los elementos reales de la reproducción asistida**

3.1	Naturaleza jurídica de los gametos .....	59
3.1.2	Naturaleza jurídica del donante del material genético .....	61
3.1.3	Regulación de las clínicas de reproducción asistida .....	60

3.1.4 Naturaleza jurídica del embrión .....	61
3.2 Status biológico del nuevo ser .....	64
3.2.1 Viable contra no viable .....	64
3.3 Antecedentes jurídicos de la inseminación artificial .....	65
3.4 Objetivo o destino de la aplicación de las técnicas de fecundación asistida .....	66
3.5 Análisis jurídico de la maternidad subrogada, sustituida o compartida .....	68
3.6 Proyectos legislativos sobre fecundación asistida (Argentina) .....	71

#### **Capítulo IV. Propuesta**

4.1 Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 resolviendo el recurso de inconformidad contra la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida .....	75
4.2 Encuadre jurídico .....	86
4.3 Denominación del contrato de donación de gametos .....	97
4.4 Presunción de hijos de matrimonio, respecto al Código Civil de Nayarit .....	99
4.5 Filiación .....	103
4.5.1 Concepto .....	103
4.5.2 Elementos constitutivos de la filiación en general .....	104
4.5.3 Las diversas especies de filiación .....	105
4.5.4 Los hijos nacidos de matrimonio .....	106
4.5.5 La acción del desconocimiento de la paternidad .....	107
4.5.6 Prueba de la filiación de los hijos de matrimonio .....	110
4.5.7 Filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio .....	111
4.5.8 La prueba de la filiación extramatrimonial .....	113
4.5.9 Patria potestad .....	116
4.5.9.1 La patria potestad compartida .....	119
4.5.9.2 La privación de la patria potestad .....	121
4.6 La ley 23.264 y el derecho argentino .....	121

<b>Resumen</b> .....	125
<b>Conclusiones</b> .....	133
<b>Bibliografía</b> .....	139

## INTRODUCCIÓN

Dentro del cúmulo de transformaciones que el avance incontenible de la ciencia y la tecnología ha impuesto en la vida de los hombres, se encuentra lo relativo a la posibilidad actual de conocer lo que otra constituía el milagro del proceso reproductivo humano, y debido al instinto del hombre de conservar la especie, de solucionar los problemas que aquejan a la sociedad, es inevitable el avance de la ciencia y de la tecnología, lo que nos plantea un reto como ciudadanos y sobre todo en el campo de la abogacía, ya que como abogados la ética nos impone el deber de defender las causas que se nos encomiendan.

En efecto, ese avance ha corrido un velo e iluminado para el conocimiento una porción de la realidad que había estado vedada hasta hace no muchos años; este hecho implica, desde el punto de vista del Derecho, un problema menos en el orden de la regulación normativa. Nuestro Código Civil, al momento de su sanción, resolvió la cuestión de la concepción y del nacimiento de las personas de un modo pragmático; fundado en la experiencia y en los pocos aportes de la ciencia al respecto, los artículos 63 y 76, del Código Civil vigente en el Distrito Federal, entre otros, se refieren a estos tópicos sin mayor profundidad.

Aunque podría comprobarse fehacientemente el momento de la unión de los gametos masculino y femenino por el cual se inicia la vida, se estableció que la existencia de la persona comenzaba desde la concepción en el seno materno y que aquella ocurría dentro de los plazos máximo y mínimo contados desde el día del alumbramiento. El nacimiento con vida, a su vez, se determinaba por la observación de signos vitales, como el llanto, respiración, etcétera

La ciencia y la tecnología han abierto una puerta a la consideración del conocimiento, la que nos pone ante un camino inconmensurable respecto de las proyecciones y consecuencias de la propia realidad humana. Además, esa apertura tiene carácter irreversible.

Lo viable en esta materia es procurar que el Derecho y otras ciencias comprometidas ofrezcan un marco regulatorio realista, flexible y apegado a las necesidades sociales que permita poner límites éticos y prácticos al tracto entre investigadores y científicos.

Corroboró lo manifestado la conmoción del mundo globalizado cuando conoció el fenómeno del primer bebé nacido por medio de la técnica de fecundación *in vitro*, hace más de veinte años. Después del bebé probeta, luego del estupor inicial, se produjo un avance cuasi geométrico en el desarrollo y en la aplicación de tales tecnologías, extendiéndolas prácticamente a todo el mundo.

Nuestro país se encuentra sensible, atrasado en todo lo relativo al tratamiento de la procreación asistida; pese a que existen varios proyectos de ley, a la fecha no existe un acuerdo para consagrar alguna fórmula legislativa que contemple esta problemática, por lo que nos encontramos sin una regulación legal apropiada para la realidad social.

El desarrollo del tema que nos ocupa, presupone el conocimiento y el manejo de una tecnología científica precisa, lo que nos lleva a conceptuar sobre ello, para luego ir al tratamiento de cuestiones jurídicas y éticas que emergen derivadas de la aplicación de las distintas técnicas mencionadas.

Como hemos señalado, con el surgimiento de la ciencia genética se abrieron las posibilidades para que el ser humano tuviera un mapa genético, en donde se plasme toda la información de éste y se pueda transmitir a un nuevo ser; surge entonces el milagro humano: la inseminación artificial en sus dos aspectos, homóloga y heteróloga, que más adelante señalaremos ampliamente.

Es difícil abarcar este tema desde los ámbitos parental, científico y legal, la investigación es extensa y comprende dos materias importantes, la medicina como ciencia y el Derecho en sí como una institución normativa que regula las relaciones interpersonales. En este trabajo, además de abor-

dar cuestiones científicas se plantean investigaciones normativas, es decir, sobre las leyes como una norma jurídica obligatoria y general para regular la conducta de los hombres o para establecer los órganos necesarios para el cumplimiento de sus fines, además, se propone una forma de solucionar las controversias que se puedan suscitar en este caso en concreto sin intentar crear una ley, ya que esta función está destinada al Órgano Legislativo, sin embargo, a falta de regulación normativa en esta materia, la misión o el deber de un abogado es buscar y encontrar la forma de dirimir un litigio, tomando en cuenta que el asunto en cuestión no se encuentra regulado en la legislación mexicana.

En el presente texto se encontrará una investigación al alcance del lector en cuanto a la ciencia y su terminología en el proceso reproductivo y en las cuestiones fundamentales de éste, en cuanto al Derecho, todo lo necesario para analizar, debatir y resolver los litigios que se presenten por los avances de la ciencia, sin olvidar el marco jurídico y el interés social, que es en sí lo que ha motivado a la realización de este trabajo, tan importante en la carrera como estudiante y aprendiz del derecho.

Toda vez que el Código Civil vigente del Distrito Federal, carece de normas que regulen la inseminación artificial, es necesario un instrumento jurídico idóneo para la solución de algún conflicto que se suscite por la aplicación de estas técnicas.

Como introducción, es necesario delimitar el tema a desarrollar, sus consecuencias e implicaciones en la vida jurídica, social, moral y cultural de una sociedad en un momento determinado.

Los avances de la ciencia, en especial de la medicina, han permitido que las personas con problemas de esterilidad pudieran igualmente concebir, desafiando a la naturaleza y a la biología. Se desarrollaron distintas técnicas y métodos que facilitan este proceso natural a mujeres u hombres con dicho problema o de edad avanzada para que pudieran ver realizado este deseo.

Abierta esta posibilidad, también se abren las discusiones desde todos los puntos de vista, esto es religioso, cultural, social, psicológico, ético y jurídico.

El objetivo del presente trabajo, es exponer algunos de los conflictos jurídicos que surgen como consecuencia de la aplicación de técnicas científicas en la inseminación artificial, hablamos sobre controversias en cuanto a la filiación, el derecho a la no revelación de la identidad del donante (salvo algunos casos), la extinción de los derechos y obligaciones del donante o donatario de las células (espermatozoides, óvulos) en casos específicos, y todas las demás que pudieran implicar que se reconozca algún derecho o se determine una obligación para las partes que intervengan. Como solución, se propone la elaboración de un contrato de donación de células destinadas a la inseminación artificial, como medio para evitar futuros conflictos legales.

Además de proponer como solución de un conflicto jurídico un contrato de donación de células para regular estas prácticas, es necesario que exista un contrato de prestación de servicios, que se realizará con la clínica que practique el procedimiento, éste deberá ser de acuerdo al caso en concreto, sin ahondar más en él para no hacer tedioso y complicado este tema.

Como ya hemos mencionado, es difícil plantear un proyecto de ley mediante el cual se regule la práctica de inseminación artificial, por lo que nuestra propuesta será una posible puerta para que se ponga en marcha la creación de un derecho regulador que posibilite la impartición de justicia pronta y expedita.

Lo anterior con la finalidad de proteger los intereses de un grupo social muy importante para el derecho y para el estado, como lo es la familia y desde el punto de vista del derecho familiar como conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los miembros de una familia entre sí, de ésta con otras familias y de éstas con la sociedad y el estado.

Ahora bien, este proyecto se plantea con la finalidad de que se dicte una ley o en su caso el derecho familiar sea reformado, es decir, hacer justicia social sin exclusivismos ni discriminaciones. Al impedir la calificación de los hijos por su origen, se podrá evitar que los hijos se conviertan en un botín al tratar los asuntos de la filiación de los mismos y que los deberes jurídicos, derivados de los parentescos de consanguinidad, afinidad y civil, queden al arbitrio de quien debe cumplirlas, según sea el caso.

**CAPÍTULO I**  
**ANTECEDENTES DE LAS TÉCNICAS DE INSEMINACIÓN**  
**Y FECUNDACIÓN ARTIFICIAL**

## **1.1. Gregorio Mendel (padre de la genética)**

El año de 1900 marca el inicio del periodo moderno en el estudio de la herencia. Fue hasta ese año en que los escritos de Gregorio Mendel salieron a la luz, siendo citados casi simultáneamente en las contribuciones científicas de tres botánicos europeos, De Vries en Holanda, Correns en Alemania, y Von Tschermak en Australia. De los artículos de Mendel, el más importante era el intitulado: “Experimentos en la Hibridación de Plantas”, el cual el propio Mendel había leído en las reuniones de la Sociedad de Historia Natural en Brünn, Bohemia, durante las sesiones de febrero a marzo de 1865. Aunque apareció en 1866 en las memorias de la Sociedad, había pasado totalmente desapercibido por los círculos científicos europeos hasta principios del siglo xx.

Mendel nació en el distrito de Moravia, entonces parte del imperio Austro-Húngaro. Sus padres fueron Anton y Rosine Mendel, granjeros de ese distrito. Su brillante desempeño en la escuela cuando era joven alentó a sus padres a apoyarlo en su idea de seguir una educación superior. Tras terminar el liceo, cursó estudios de filosofía con notas sobresalientes en la Universidad de Olomouc. Sin embargo, sus recursos eran limitados, así que ingreso al monasterio agustino de Santo Tomás en la ciudad de Brünn, hoy Brno, en la República Checa, lo que posibilitó que realizara su vocación religiosa y al mismo tiempo se dedicara a los estudios de la ciencias naturales.

La investigación de Mendel provee un ejemplo extraordinario de un buen método científico. Primeramente escogió un material muy apropiado como objeto de estudio, diseñó su experimento cuidadosamente, coleccio-

nó una gran cantidad de datos y empleó el análisis matemático para demostrar que sus resultados eran consistentes con las hipótesis planteadas.

De estos estudios derivó algunas leyes básicas de la herencia: los factores heredables no se combinan sino que son transmitidos intactos; cada miembro de la generación de los padres transmiten tan solo la mitad de sus características a sus descendientes (con algunos caracteres dominantes sobre otros); y cada descendiente de los mismos padres recibe un juego diferente de factores hereditarios. Así, los trabajos de Mendel se convirtieron en los fundamentos de la genética moderna.

Falleció el 6 de enero de 1884; 35 años después de su muerte, se presentó su investigación ante la Sociedad de Historia Natural, fue hasta entonces que se comprendió la trascendental importancia de su trabajo. En la biología, Mendel abrió los caminos anticipados de la genética en el siglo XX y no sólo cambió la forma en que percibimos el mundo, sino la forma en que hoy vivimos en él.<sup>1</sup>

### 1.1.2. Breve clasificación de las técnicas de reproducción asistida

Antes de entrar al estudio del aspecto ético de la concepción artificial, conviene hacer una clasificación, pues es importante distinguir los distintos supuestos. Podemos señalar las siguientes maneras o formas de fecundación artificial:

- a) En relación al lugar en donde se efectúe la fecundación, puede ser interna o *in vitro*. La primera se procura y logra en el seno materno; la segunda fuera de él, en recipientes de laboratorio.
- b) En relación al estado familiar de la mujer, podrá ser en matrimonio o fuera de matrimonio. La primera, a su vez, puede dividirse según se

<sup>1</sup> PEÑA, Patricia de la, "Gregorio Mendel", en *El foro*, Ciudad Universitaria, México, noviembre 4 de 2004, año IV, número 44, por Patricia de la Peña, sobarzo pp. 10-11.

efectúe con elementos del matrimonio, es decir, el óvulo de la esposa y espermatozoides del marido (inseminación homóloga); con elementos extraños al marido; bien sea con elementos masculino extraño, con elemento femenino extraño, o con ambos elementos extraños pero implantados en la esposa.

En relación a la mujer no casada, podemos distinguir según se trate de mujer soltera o concubina, también debemos señalar a la mujer que se preste para procrear un hijo que no tenga ningún elemento de ella; es decir, una mujer que facilite su útero a favor de un tercero, hombre o mujer.

- c) Después de muerto un cónyuge pueden presentarse las siguientes situaciones: inseminación homóloga practicada en la esposa con semen del marido después de fallecido éste. Fecundación *in vitro* del óvulo de la esposa, adecuadamente conservado después de su fallecimiento, con semen del marido.

### *1.1.3. La reproducción a través de la historia*

El primer informe de la utilización de la inseminación *in vitro* es debido a Pincus, trabajando con conejos en 1930. En 1953 se informa del primer nacimiento de un niño por inseminación con semen congelado por Bunge y Sherman. En 1955 se llevó a cabo el Primer Congreso Mundial sobre Esterilidad y Fertilidad. En el año de 1964, en las recomendaciones del IX Congreso Internacional del Derecho Penal, celebrado en la Haya, se planteaba que las leyes nacionales reconocieran el aborto legal y la posibilidad de la inseminación artificial con consentimiento de los esposos.

El nacimiento en Inglaterra en 1978 del primer bebé probeta constituyó un momento culminante para la ciencia. A partir de ese momento, miles de parejas se han beneficiado con el empleo de ésta y otras técnicas de reproducción asistida. En 1984 se realizó la primera transferencia de un embrión

al útero de otra mujer que no era la madre genética en los Ángeles (EU) por Bustoñ.

Todo esto ha traído como consecuencia que en los países en los cuales comenzaron a aplicarse tales técnicas surgieran numerosos problemas ético legales, que han hecho necesario modificar las legislaciones existentes, o incluso la creación de nuevas leyes, que rigen diversos aspectos de la filiación, la herencia, la paternidad, el derecho de familia e incluso el derecho a la vida.<sup>2</sup>

## 1.2 Aspecto moral

### 1.2.1 Ananismo

En términos generales puede señalarse que los primeros pronunciamientos han considerado la inseminación y la concepción artificial como inmorales en la religión católica. Sólo se admiten ciertos métodos artificiales que faciliten el acto natural para alcanzar como fin la fecundación. Como principio general está la reprobación del onanismo (masturbación) que aparece en el antiguo testamento, lo que será necesario en el caso de inseminación o concepción artificial. En los decretos del Santo Oficio 24 de septiembre de 1665 y 18 de marzo de 1666 se condenan como pecados la masturbación, la sodomía y la bestialidad. En el decreto del 4 de marzo de 1679, se dice:

la masturbación no está prohibida por decreto de la naturaleza. De ahí que si Dios no la hubiese prohibido, muchas veces sería buena y algunas veces obligatoria bajo pecado mortal. En el Decreto del santo Oficio, del dos de agosto de 1929, a la pregunta ¿es lícita la masturbación directa procurada para obtener espermias con que se descubra y, en lo posible, se cure la enfermedad, contagiosa del blenorragia?, se responde negativamente; sin embargo ya se discute la ilicitud cuando se realiza en orden del examen del semen.

<sup>2</sup> CIENCIA <http://www.conapo.gob.mx/sit99/014005.gif>

En relación a la fecundación artificial en la alocución de Pío XII al Cuarto Congreso Internacional de Médicos Católicos, del 29 de septiembre de 1949, se condena el término de la fecundación artificial en términos generales. Se parte desde el principio de que por tratarse del hombre no se considera ni exclusiva ni principalmente desde el punto de vista biológico médico dejando a un lado el de la moral y del Derecho.

En esa locución se condena sin mayor posibilidad a la fecundación artificial fuera del matrimonio, por considerarse pura y simplemente inmoral y señala que el hijo concebido en esas condiciones sería, por el mero hecho, ilegítimo.

En relación a la fecundación dentro del matrimonio, también se considera inmoral a la fecha con el elemento activo de un tercero, señalando que sólo los cónyuges tiene derechos recíprocos sobre sus cuerpos para engendrar una nueva vida, derecho exclusivo, intransferible e inajenable.

Agrega que el esposo legítimo y el niño, fruto de elemento activo de un tercero (aun con el consentimiento del esposo), no tienen lazo alguno de origen, ningún lazo moral y jurídico de procreación conyugal.

Al tratar sobre la licitud de la fecundación artificial dentro del matrimonio y refiriéndose a la impotencia, se expresa que sería falso pensar que la posibilidad de recurrir a este medio podría ser válido en el matrimonio, entre personas inaptas para contraerlo por razón de *impedimentum impotentiae*. Agrega que es inmoral procurar el elemento activo por actos antinaturales, concluye señalando que no se prohíbe necesariamente el empleo de ciertos medios artificiales destinados únicamente para facilitar el acto natural, a hacer alcanzar su fin al acto natal normalmente cumplido.

Dos años más tarde, el 26 de noviembre de 1951, en una alocución al Congreso de la Unión Católica Italiana de Comadronas, Pío XII señala:

reducir la cohabitación y el acto conyugal a la simple función orgánica para la transmisión del semen equivaldría a convertir el hogar, el santuario de la familia, en un mero laboratorio biológico. En nuestra alocución del veinte de septiembre de 1949 dirigida al Congreso Internacional de Médicos Católicos, excluimos formalmente la inseminación artificial dentro del matrimonio. En

su estructura natural, el acto conyugal es una acción personal, una cooperación simultánea e inmediata por parte del marido y mujer que en virtud de la naturaleza misma de los agentes y la fuerza del acto de expresión del don mutuo que según las sagradas escrituras produce la unión en una sola carne. Esto es mucho más que la unión de dos o más semillas; que pueden ser producidas incluso artificialmente, sin la intervención natural de marido y mujer. El acto conyugal, ordenado y querido por la naturaleza, es un acto personal de cooperación; cuando marido y mujer se casan, mutuamente se entregan uno a otro el derecho del mismo.

Conviene, por último, hacer la referencia a la instrucción, sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la protección, de la congregación para la doctrina de la fe de la iglesia.

En este documento se parte de que la procreación debe de tener lugar en el matrimonio. La generación humana posee de hecho características específicas en virtud de la dignidad personal de los padres y de los hijos; la procreación de una nueva persona, en la que el varón y la mujer colaboran con el poder del creador, deberá ser el fruto y el signo de la mutua donación personal de los esposos, de su amor y de su fidelidad. La fidelidad de los esposos y la unidad del matrimonio, comporta el recíproco respecto de su derecho a llegar a ser padre y madre exclusivamente el uno a través del otro.

El hijo tiene derecho a ser concebido, llevado en las entrañas, traído al mundo y educado en el matrimonio; sólo a través de la referencia conocida y segura de sus padres pueden los hijos descubrir la propia identidad y alcanzar la madurez humana.

### *1.2.2 Inseminación homóloga*

En el matrimonio los cónyuges no deben actuar para satisfacer sus propios caprichos. Su actuación responde a su vocación personal y a la realización de ambos. La comunicación y el amor son características de la relación conyugal y el acto conyugal ha de ser la expresión de esas características.

La nueva vida debe desembocar en un contexto de amor conciente, libre y responsable entre dos personas de igual dignidad y grandeza. Con la fecundación artificial se dice que no se dan esas características y están ausentes entre cónyuges los sentidos, los afectos, las aspiraciones y todo ese encuentro como un don para que pueda seguir la vida. Se transforma en un cálculo de laboratorio que destruye la relación interpersonal conyugal. Sin embargo, no se puede negar que es un auxilio que la ciencia ofrece a quienes no han podido tener hijos.

Se debe partir del hecho de que el modo de transmitir la vida es el acto sexual realizado por dos personas de sexo diverso en un contexto de amor. Así como al amor no hay que separarlo de la procreación, sino que debe quedar abierto a la vida, así tampoco debe haber procreación sin amor. Sin embargo, en la inseminación artificial homóloga la intervención procreativa es ciertamente muy fuerte, y podríamos señalar que en algunos casos es semejante a la procreación natural. Podemos añadir que en estos casos, el niño nace de un contexto de amor expresado por los padres.

En el estudio realizado por encargo de la *Catholic Theological Society of America*, se expresa que durante las dos últimas décadas se han producido en la tecnología y en la medicina avances que han añadido nuevas dimensiones al problema de la inseminación artificial. Señala que en este último tiempo no se han producido nuevas declaraciones del magisterio en el campo y que es necesario recurrir a reflexiones de los tecnólogos en la búsqueda de orientación.

Las discusiones de la última década, sobre la inseminación artificial con espermia del marido, indican una nueva creciente aceptación de este método, la preocupación básica de que el hijo sea fruto del amor no parece que se vea amenazada en modo alguno por la modificación biológica del proceso de inseminación. La anterior preocupación por el método de obtener el semen, que parece subyacente en las objeciones que Pío XII oponía a este procedimiento, ya que 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 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 pastores deben sentirse libres al aconsejar a los matrimonios sin hijos que recurran a este método en deseo de llegar a ser padres y realizar su misión procreativa.

Respecto a la fecundación artificial a realizarse en el matrimonio hay que distinguir si existe la posibilidad de obtener la generación por vía normal, aunque sea con graves dificultades, entonces la inseminación artificial es siempre inmoral; pero puede darse el caso de que unos cónyuges que después de haber experimentado todos los remedios médicos quirúrgicos no logran obtener prole, a causa incluso de una discusión de orden traumático sobrevenida después de la boda; entonces se podrá realizar la fecundación artificial homóloga, con tal de que haya un acto conyugal que exprese el amor entre dos personas aunque no sea de todos los componentes de una relación normal, por lo que se necesita recurrir a ciertos artificios que ayuden sin sustituir, a lo que exige la naturaleza de la persona humana.

En relación a la fecundación *in vitro*, inicialmente se decía que la ilicitud y la inmoralidad de esta fecundación se deriva de que el procedimiento al ser contrario a la naturaleza, conculca el orden natural de las cosas y se presta a toda clase de aberraciones, que fácil es imaginar con solo dejar que la fantasía se interne en este luciente laberinto de las consecuencias que podrían derivarse de no hallarse ilícito el novel procedimiento.

En efecto, si la fecundación *in vitro* no fuera ilícita en sí misma, ¿cómo evitar por ejemplo que se lucre con ella ya sea proveyendo óvulos o semen, o simplemente vientres para la gestación?, ¿cómo evitar en sí mismo que con el correr del tiempo se pueda generar la vida en probeta y se pueda reemplazar al habitáculo natural del feto por algún nuevo invento del hombre?

Son tan repulsivas las posiciones que se hicieron, y más las que podíamos hacer, que no podemos sino convencernos de la necesidad de incriminar la conducta de la fecundación extracorporal.

En la actualidad y en relación a la fecundación *in vitro*, las opiniones empiezan a derivarse. Se señala que los experimentos en este campo prometen aportar nuevos conocimientos en el proceso del nacimiento que po-

drían facilitar la prevención de muchos azares que corre la vida fetal en sus inicios y una mejora general de las condiciones en que se desarrolla la vida durante sus primeras etapas. Se agrega en el estudio hecho por la *Catholic Society of America*, que la actual ciencia deja de responder muchas interrogantes: ¿qué riesgos biológicos y psicológicos correrían estas personas prefabricadas?, ¿cómo reconciliar este procedimiento con nuestras ideas cristianas de que el hijo debe ser fruto del amor de los padres?, ¿qué impacto podría causar en la unidad familiar y en la sociedad?, ¿quienes están firmemente convencidos de que los cigotos no son plenamente humanos hasta su implantación?, ¿hallarán menos dificultades que quienes consideraran plenamente humanos los productos de una fecundación artificial? Entre los moralistas, de todos modos, hay un convencimiento compartido de que las preguntas aún por resolver son demasiado numerosas y graves, para probar o alentar por el momento este tipo de investigaciones.

Las actuales enseñanzas de la iglesia católica, nos recuerdan la inseparable conexión que el hombre no puede romper por propia iniciativa, entre dos significados del acto conyugal, el significado unitivo y el significado procreador. El acto conyugal por su íntima estructura, al asociarse al esposo y a la esposa en un vínculo estrechísimo, lo hace también idóneo para engendrar una nueva vida de acuerdo con las leyes inscritas en la naturaleza misma del varón y la mujer. La misma doctrina relativa a la unión existente entre los significados del acto conyugal y los bienes del matrimonio, aclara el problema legal de la fecundación artificial homóloga, porque nunca está permitido separar estos diversos aspectos hasta el punto de excluir positivamente la intención procreativa conyugal.

La contracepción priva intencionalmente el acto conyugal de su apertura a la procreación y realiza de este modo una disociación voluntaria de las finalidades del matrimonio. La fecundación artificial homóloga, intentando una procreación que no es fruto de la unión específicamente conyugal, realiza objetivamente una separación análoga entre los bienes y los significados del matrimonio.

Por tanto, además de lo ilícito que significa la obtención del espermatozoides por medio de la masturbación, al disociarse el significado unitivo del

procreativo hace inmoral esta fecundación homóloga. Se agrega que esta inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio no se puede admitir, salvo en el caso de que el medio técnico no sustituya el acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para aquel que alcance su finalidad natural.

### *1.2.3 Inseminación heteróloga*

En el estudio al que me refiero de la *Catholic Society of America* y tratando de la inseminación heteróloga, es decir, cuando hay un elemento extraño en el matrimonio, se señala que hay más concordancia de opiniones en cuanto al rechazo. Para algunos, ello representa una instrucción en la exclusividad e intimidad del vínculo conyugal, y no ven la manera de reconciliarla en la idea cristiana de la naturaleza del amor conyugal. Surge una nueva dificultad por la agresión potencial que para el matrimonio 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 un amenaza contra el mismo matrimonio si ambos cónyuges no poseen la suficiente madurez y no están perfectamente de acuerdo con este idea, sin embargo hay pruebas de lo contrario, de hecho muchas parejas han sido capaces de superar otros 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 de manera definitiva la vía hasta esta solución.

Se ha señalado también que en los casos de fecundación artificial está presente el adulterio al utilizarse semen de un extraño. Sin embargo, debemos observar que en nuestro país, el Código Civil vigente en el Distrito Federal no considera como adulterio la concepción artificial. Con base en lo anterior, destaca que el adulterio en la concepción artificial ciertamente

podría implicar una conducta ilícita de la mujer sólo si se hace fecundar sin el consentimiento del marido u oculta el hecho, lo que implicaría una injuria grave que podría provocar el divorcio, al darse la causal comprendida dentro de la fracción XI del artículo 267 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

Como antecedente de la inseminación artificial con elemento masculino extraño puede señalarse el *levirato* judío, pues el *levirato* se da cuando el hombre hubiere muerto sin haber dejado descendencia, lo cual, evidentemente, lo hace diferente en el caso en estudio. Sin embargo el *levirato* trata de obtener la descendencia no lograda. El énfasis se marca en la procreación que debe lograrse, a semejanza también del énfasis que se da a la procreación en los casos de la inseminación artificial.

La ley del *levirato* decía que cuando dos hermanos viven juntos y uno de ellos muere, sin dejar hijos, la mujer del muerto no será para un extraño, su cuñado entrará en ella y la tomará por mujer y cumplir con ella el deber de cuñado, y el primogénito que dará a luz tomará el nombre de su hermano difunto, para que su nombre no sea borrado de Israel (Deuteronomio 25:5.7).

Por más que la obligación del hermano de casarse con la viuda parezca contener alguna dureza, no se puede olvidar que la idea de la *leviración* fue admisible, moral y políticamente admisible, pues por ese medio se aumentaba la población, se conservan las sucesiones de la familia, la viuda desgraciada no perdía para siempre la esperanza de disfrutar las dulzuras de la maternidad, la amistad fraternal, enjuagaba las lágrimas del amor conyugal y el infeliz esposo no llevaba consigo al sepulcro el desconsuelo de que se enterrará con él su prosperidad y su nombre.

Como antecedente de la inseminación artificial, con elemento femenino extraño, encontramos que en la antigüedad se previó en la legislación el caso del hombre cuya esposa fue estéril, en tal situación el hombre podría engendrar por medio de una de sus siervas. Así lo encontramos en la ley o en el Código de Hammurabi, donde el Rey de Babilonia señaló este caso (párrafo 144). También en Babilonia encontramos referencia, en especial

en el caso de Abraham y Agar. Sara, mujer de Abraham, no le había dado ningún hijo, pero tenía una empleada egipcia de nombre Agar.

Y dijo Sara a Abraham: mira, el señor me ha privado de tener hijos; entre, pues, a mi criada, quizás por ella tendré un hijo. Escucho Abraham la voz de Sara, y Sara mujer de Abraham, tomo a su criada Agar; egipcia, al cabo de diez años de mora Abraham en la tierra de Canán, la dio a Abraham su marido, para que fuera su mujer. Entró a Agar que concibió; cuando vio que ya había concebido, su señora perdió en consideración a sus ojos (Génesis 16: 1-3).

Sigue señalando la narración que Sara expuso a su sirvienta y el señor la encontró, la hizo regresar y tuvo un hijo que se llamó Ismael.

También señaló el caso de José, cuyos hermanos fueron hijos de otras mujeres (Bala y Zelva) que también fueron mujeres de su padre (Génesis 37:2).

Es evidente la inmoralidad, y, como consecuencia, la ilicitud jurídica de esta inseminación, pues es contraria a la dignidad de los esposos, a la vocación propia de los padres y al derecho de los hijos de ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio y por el marido.

La fecundación artificial heteróloga lesiona los derechos del hijo, lo priva de su relación filial, con sus orígenes paternos y puede dificultar la maduración de su identidad personal. Constituye además una ofensa a la vocación común de los esposos a la paternidad y a la maternidad, priva objetivamente a la fecundación conyugal de su unidad y de su integridad, opera y manifiesta una ruptura entre la paternidad genética, la gestional y la responsabilidad educativa. Esta alteración de las relaciones personales en el seno de la familia, constituye una fuente de discordia, desordenes e injurias en toda la vida social.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> FUENTE VILLA, Julián Buitrón, *¿Qué es el Derecho de familia?*, 2da. ed., México, Ed. Promociones Jurídicas y Culturales, 1992, pp. 45-46.

#### 1.2.4 Inseminación fuera del matrimonio

Lo que parece evidente es que la fecundación artificial fuera del matrimonio (por medios naturales o artificiales) implica una ilicitud tanto en el punto de vista moral como el jurídico, pues se encontrarían los principios éticos que reservan para el matrimonio la procreación, aun cuando los hijos fuera del matrimonio tienen las mismas consideraciones e igualdad jurídica que los nacidos dentro del matrimonio. Con mayor razón debe considerarse ilícita la fecundación artificial fuera del matrimonio y al ser ilícita debería de 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 no se haga fuera del matrimonio.

Surge la cuestión de la licitud del contrato de madre sustituta, es decir, aquella que facilita el útero para la procreación de una pareja estéril. Esta solución repugna a los principios del orden público y las buenas costumbres.

Al igual que en los casos anteriores, éste debe resolverse, no sólo por los intereses individuales de la pareja solicitante, sino principalmente en función del niño y del interés social. Es problema ético social.

Se considera ilícito ese contrato por el objeto del mismo, el objeto es la persona y ésta es sujeto y no objeto de cualquier convención. En todo contrato se requiere un objeto que sea materia del mismo, y no puede serlo la persona humana.

De lo anterior, se desprende que lo único lícito es la fecundación homóloga dentro del matrimonio como ayuda al acto conyugal natural, independientemente de que ya hubiera tenido hijos es un método de excepción o suplencia.

Prácticamente hay referencia a los siglos XIX y XX. En la antigüedad, en la procreación a veces se admitía la colaboración de un tercero. Coschaker, estudió los casos de auxilio en la fecundación y se remonta a los antecedentes muy distantes: para el caso del marido fallecido sin sucesión (*ferivato, nigoya*); en la vida del marido (ley de los sasánidas Artículo 100 4-8=).

Enneccerus cita el *Talmud* que igualmente trata del asunto, si bien De Chambeau observa que lo hace en el plano académico.

Parece que fueron Malpighi y Bibiena en 1600, los primeros que intentaron, sin éxito, la fecundación artificial de los huevos de gusano de seda. En 1725 Jacopi y luego Weltheim parece que lograron la fecundación de los huevos de salmón y de trucha. También el succo Cleck, en 1757, estudió atentamente la araña macho que depositaba su semen en la tela, luego lo recoge con sus jeringuillas naturales y busca a la hembra que podrá darle descendencia. En 1779 Lázaro Spallanzani planteó el problema en términos científicos, obteniendo en 1872 la fecundación de una perra.

En 1785 Thouret logró fecundar a una mujer estéril mediante la inyección intravaginal del líquido seminal recogido con una jeringuilla de estaño. Girault logró nuevos avances en treinta años de intentos. En 1866 el ginecólogo Marion Sims obtuvo un solo logro durante 55 intentos inyectando directamente el esperma en el útero. En 1884 Pancoast realizó la primera inseminación heteróloga, desde entonces el nuevo método fecundante ha ido difundándose lentamente superando el restringido ambiente pionerísimo.

En el siglo XX se asiste a la propagación de la práctica de inseminación artificial de la mujer, sobre todo en los países anglosajones. En un principio los casos son raros. Así, según estadísticas publicadas por Roelherder, en 1911 figuraban 65 casos, de los cuales sólo 21 tuvieron éxito. En 1927 un estudio aparecido en Francia consigna 88 casos, entre ellos 33 con resultados favorables. Posteriormente, como hemos expresado antes, se acelera el empleo del procedimiento durante la segunda guerra mundial. Los americanos Saimour y Kemer, sólo en 1941, basaban sus conclusiones en 9 580 casos humanos.

Las características son discordantes y seguramente incompletas. El doctor Giriola habla de 825 embarazos sobre 1 351 inseminaciones con semen extramarital, y de 265 embarazos sobre 1 324 inyecciones con semen marital. Gabelli señala 972 embarazos sobre 3 050 inseminaciones con semen marital.

La técnica y los mejores conocimientos han permitido realizar recientemente la fecundación artificial *in vitro*.

En 1978 el mundo entero recibe la noticia de que en Inglaterra había nacido Louis Brown, la primera criatura humana concebida fuera de la matriz de la madre, fecundando el óvulo de ella previamente obteniendo espermatozoides de su esposo y produciendo la concepción *in vitro*, para luego reimplantar el óvulo fecundado en el seno materno para los nueve meses de gestación.

Nueve meses después, el 31 de octubre de 1978, un matrimonio indio recibía su primogénito en Calcuta concebido en un método parecido.

Se tiene noticias también de la congelación de óvulos de mujeres que se someten a este procedimiento durante meses y se trata de un método de congelación profunda.

El 14 de enero de 1979, en Glasgow, Escocia, nació el primer varón concebido por probeta que fue bautizado como Elaister Montgomery.

Los padres de un niño engendrado por inseminación artificial heteróloga se encuentran aproximadamente en igual situación que los padres adoptivos. En estos casos se trata de que por lo menos alguno de los padres no es el progenitor biológico del niño, con los problemas que ello puede implicar, la legislación establece que si el hombre ha consentido que la mujer se insemine con el espermatozoides de un donante, aquél será considerado como padre legal del niño y nunca podrá imponer alguna responsabilidad por el niño. Este método no se permite en mujeres que vivan solas o en relaciones lésbicas. Estas normas se basan en la atención al bien del niño, pues psiquiatras y psicólogos infantiles señalan que un niño requiere tanto de la figura del padre como la de la madre.

La inseminación artificial *in vitro* se permite a las parejas unidas en matrimonio o que cohabiten en condiciones similares a los matrimonios. Solamente podrá usarse el óvulo y el espermatozoides de la pareja solicitante si se encuentra prohibida la maternidad sustituta.

Como usuarias de las técnicas se señala a toda mujer, casada o no. Las casadas requieren del consentimiento del marido si se trata de una inseminación heteróloga.

Desde el 1 de enero de 1985 existe en Suecia la primera legislación sobre inseminación artificial, se permite tanto en el matrimonio como en las mujeres que viven en condiciones similares al matrimonio, sin estar casadas.<sup>4</sup>

### 1.3 La infertilidad y la reproducción como problemas de salud

La determinación de tener descendencia y el embarazo son procesos complejos. En éstos intervienen factores psicológicos, sociales, económicos, religiosos e incluso legales.

Según las estadísticas internacionales, la infertilidad puede afectar entre 8% y 15% de las parejas en la etapa reproductiva de la vida.

La búsqueda de remedios para la infertilidad se remonta a los tiempos bíblicos, pero es hasta el siglo actual, con el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción asistida, es que este tema ha llamado la atención de los juristas. Aunque en estas discusiones la atención está centrada en la protección de la vida humana, su traducción en las numerosas resoluciones y documentos emitidos por comisiones, creadas van desde el control estatal en el ámbito general hasta restricciones jurídicas categóricas. El impacto está dado, no tanto por la tecnología en sí como por el reto de su aplicación, y encara a los juristas en lo referente a determinar el alcance de los derechos y libertades previstos por las leyes. El papel de los gobiernos nacionales en las instituciones de salud y en la selección de los participantes se ha extendido, además, al control de la donación y disposición de los gametos y embriones humanos. De esta forma, la tecnología reproductiva se convierte en una excusa para fomentar dos tendencias: la ya presente medicalización de la reproducción y la judicialización del embarazo. Cabe entonces preguntarse ¿hasta qué punto es posible controlar (sin afectar) el

<sup>4</sup> FUENTE VILLA, Julián Buitrón, *op. cit.*, pp. 45-46.

desarrollo de la tecnología reproductiva y al mismo tiempo respetar los derechos legítimos de la persona? Sin duda, la respuesta a esta interrogante no está al alcance de la mano y es ahí donde el Derecho, haciendo uso de la experiencia y los recursos disponibles, y a través de las personas encargadas de redactar y conformar las leyes, va a desempeñar un papel determinante.

La infertilidad es sin duda un problema con repercusión social, que llega a afectar no sólo el rendimiento laboral e intelectual del ser humano sino también la integridad de la familia y las relaciones interpersonales de la pareja y, consecuentemente, su salud mental y física, si tenemos en cuenta la definición dada por la OMS, un estado de perfecto bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad.

La evidencia demográfica y epidemiológica sugiere que aproximadamente 8% de las parejas experimentan algún tipo de infertilidad durante su vida reproductiva. Cuando estos datos se extrapolan a la población global representan de 50 a 80 millones de personas que pueden sufrir de infertilidad.

El cambio en los padrones demográficos ocurridos en los últimos 50 años en los países desarrollados y en los últimos 20 años en algunos países en desarrollo hace que la infertilidad adquiera una nueva magnitud y se convierta en un motivo de preocupación pública. La solicitud que se hace a la pareja de limitar voluntariamente su propia fertilidad debe estar acompañada de facilidades para regular todos los aspectos de su fertilidad incluyendo los servicios de asesoramiento, diagnóstico y tratamiento de la fertilidad cuando la pareja desee tener su primer hijo u otro niño. Aun cuando la prevalencia de la fertilidad puede no aumentar, la demanda y la expectativa de los servicios para la fertilidad aumentan como consecuencia de los cambios en los padrones familiares y la preocupación pública por la fertilidad y además como resultado de lo espectacular y la propaganda desplegada alrededor de la fertilización *in vitro*, la transferencia intratubaria de gametos, la subrogación y otros procedimientos.

En 1978 el Programa Especial del Grupo Asesor de la Organización Mundial de la Salud (OMS), estuvo de acuerdo en crear un equipo de trabajo para el diagnóstico y tratamiento de la infertilidad.

Las tasas de infertilidad primaria encontradas eran bastante constantes en cada país y en general variaron entre 1% y 3% en países asiáticos, 9% en Brasil y eran considerablemente altas en países africanos (12% en Camerún). Las tasas de infertilidad secundaria son difíciles de determinar, pero parece que ellas aumentan con la edad y no fue posible distinguir entre infertilidad voluntaria e infertilidad no voluntaria. La tasa en la India, Tailandia y Vietnam oscilaban entre 7.5% y 15.3%, mientras que en Pakistán era mucho más alta, en Brasil la tasa de infertilidad era baja.

De todo esto podemos deducir que la infertilidad se hace socialmente relevante por su marcada presencia, como consecuencia, la ciencia y tecnología han evolucionado con miras a cubrir la necesidad social de procrear; del mismo modo, el Derecho surge por una necesidad social y busca la forma de resolver de los problemas que se suscitan para el mejor desarrollo y para una mejor convivencia del individuo.

Asumiendo una posición neutral, creemos que, si bien se trata de un problema social en la dinámica interna de la pareja, la infertilidad pudiera constituir un serio problema de salud que los gobiernos están obligados a solucionar, sin descuidar el destino de los recursos y atendiendo al orden de prioridad que debe existir cuando los males aquejan la salud de la humanidad.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> SALAZAR ESCORCIA, Franco, *Planificación Familiar*, <http://www.conopo.gob.mx/sit99/014005.gif>

**CAPÍTULO II**  
**LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS REPRODUCTIVAS**

## 2.1 Técnicas de fecundación asistida

Lo último en materia biogenética, vinculado a las técnicas de fecundación asistida, es el llamado *diagnóstico preimplantacional* que se torna viable con la fecundación *in vitro*. Cuando la fecundación es *extracorpore* puede llevarse acabo el análisis genético del embrión fuera del seno materno, en el gabinete, por medio de una microbiopsia en aquél. Este procedimiento permite seleccionar los embriones libres de defectos genéticos, malformados o con genes de patologías no hereditarias. El diagnóstico preimplantacional (DPI) permite detectar y escoger, en consecuencia, el sexo, la raza y determinadas características físicas del nuevo ser.

### 2.1.2 fecundación o reproducción asistida

Las técnicas de fecundación o reproducción asistida son las que procuran, con fines procreativos, la unión de los gametos masculino y femenino por un medio distinto al de la relación sexual natural, como se aprecia en el siguiente cuadro sinóptico:



Las técnicas de reproducción asistida pueden clasificarse en dos grandes ramas: inseminación artificial (IA) y fecundación *in vitro*.

### 2.1.3 Inseminación artificial

La inseminación artificial es el acto médico mediante el cual se introduce el esperma en el aparato genital de la mujer, en procura de la fecundación. Este procedimiento es artificial en cuanto a la manera de obtenerse el esperma y por su introducción en el cuerpo de la mujer; por lo demás, la fecundación y el proceso posterior de multiplicación celular es natural.

Esta técnica, a su vez, puede subclasificarse en *inseminación artificial homóloga* (IAH) e *inseminación artificial heteróloga* (IAD). Hay *inseminación artificial homóloga* cuando el semen utilizado pertenece al esposo o pareja estable de la mujer. La *inseminación artificial es heteróloga* cuando el semen es aportado por un tercero no vinculado a la mujer, al que se recurre por esterilidad del marido o en supuestos de infertilidad de la pareja, cuando existe una alta probabilidad de transmisión hereditaria de ciertas patológicas (parejas con riesgo genético), como hemofilia, síndrome de Down, mal de Huntington, senilidad precoz, etcétera.

### 2.1.4 Fecundación *in vitro*

La fecundación *in vitro* es un proceso médico científico de varias etapas, tendientes a subsanar problemas de esterilidad de la mujer y que consiste en la obtención y extracción de células germinales masculinas y femeninas que son puestas en contacto de manera artificial; lograda la fusión y conseguido, por tanto, el embrión fuera del claustro materno es luego transplantado a éste para que el embarazo siga su curso natural.

Esta técnica de transferir embriones obtenidos *in vitro* nomina el método, al que se le conoce por sus siglas FIV.<sup>6</sup>

### 2.1.5 Fertilización *in vitro* (FIV)

El término fertilización *in vitro* se utiliza para referirse al procedimiento del cual se obtiene la fertilización extracorpórea del óvulo, dando los gametos propios de la pareja.

Entre las objeciones que se han hecho a este proceder están:

1. Separa la creación de la vida, de la relación sexual.
2. La posibilidad de crear niños con defectos físicos o mentales, lo que en realidad no se ha comprobado.
3. De ser aprobado este proceder, se puede pasar a la aplicación de otras variantes de la fecundación *in vitro*, muchas de las cuales son rechazadas por gran número de personas. La aplicación de la técnica como modalidad terapéutica para una condición que no es médicamente riesgosa puede llevar al terreno médico otros problemas humanos básicos. A muchos preocupa la fecundación *in vitro* ya que para su aplicación se requiere de expertos y recursos con la finalidad de aumentar la natalidad en un mundo ya superpoblado.

### 2.1.6 Inseminación con semen o espermatozoides del marido (inseminación homóloga)

Entre los señalamientos que se han hecho a este proceder están:

<sup>6</sup> ZANNONI, E.A., *Inseminación Artificial y Fecundación Extranterina*, Ed. Proyecciones Jurídicas, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1978, pp. 201-205.

- a) Su eficiencia es cuestionable, sobre todo en casos de infertilidad masculina de causa no bien definida.
- b) La preocupación de que la manipulación del semen pueda ser utilizada para la selección del sexo, separando los espermatozoides portadores del cromosoma X o Y, lo cual no se considera seguro ni ético.
- c) El riesgo de la tecnificación de la reproducción, al separar la procreación de su expresión sexual.

### *2.1.7 Inseminación con semen o espermatozoides de donantes (inseminación heteróloga)*

Las principales preocupaciones que surgen con este proceder son:

- a) La posibilidad de crear problemas psicológicos en el esposo, la mujer receptora y/o donante, si este último es identificado o conocido.
- b) El riesgo de transmisión de afecciones genéticas graves o enfermedades infecciosas por el uso de semen donado. El esposo también puede verse afectado.
- c) La posibilidad de consanguinidad por el uso excesivo del mismo donante con diversas receptoras.
- d) Los efectos psicológicos en él tenidos. Este incluye la afectación de las relaciones interpersonales por la necesidad de querer mantener el secreto sobre el origen del niño. Puede haber afectación del niño si en forma accidental llega a conocer su origen.

## **2.2 Variantes de la fertilización *in vitro***

Las células que se utilizan para la inseminación artificial (óvulos y espermatozoide), reciben el nombre de gametos.

### 2.2.1 Fecundación *in vitro* con semen donado (heteróloga)

Las críticas que se han hecho a este proceder son las mismas que las de la inseminación artificial heteróloga y las de la fecundación *in vitro*. Con la fecundación *in vitro* con semen de donante surge además la duda de la paternidad si el semen del donante es utilizado después de haberse intentado la fertilización con semen del marido.

### 2.2.2 Fecundación *in vitro* con óvulo donado (heterólogo)

Este proceder acarrea riesgos médicos para el donante, el receptor y la descendencia. Pueden presentarse problemas en las relaciones familiares en el donante y el receptor, con posibles efectos sobre el niño. Es posible que haya rechazo inmunológico al óvulo implantado y finalmente, no existe una legislación específica que identifique quién es la madre cuando se usan óvulos donados. La mayoría de los estados consideran a la madre gestacional (es la madre que es fecundada en su útero o no utiliza a una donadora de útero) como la madre legal. Aunque no se presenten problemas en las relaciones entre el donante y la descendencia, debe de considerarse al donante de óvulos en la misma forma que al donante de semen.

### 2.2.3 Donación de preembriones

Los preembriones son gametos masculinos o femeninos antes de la inseminación artificial, es decir no se ha recurrido a la fecundación *in vitro*, están fuera del organismo y estos se pueden conservar como más adelante señalaremos.

Aunque es un proceder poco utilizado, su indicación esta justificada cuando ambos miembros de pareja tiene factores que impiden la fertilización.

Las objeciones planteadas son similares a las que se hacen a las donaciones de gametos (espermatozoides y óvulos). Al igual que con la donación de óvulos, es posible la incompatibilidad de causa inmunológica. El principal problema ético que se plantea surge de la utilización de gametos provenientes de terceras partes por su pareja en la cual ninguno de los dos tienen relaciones genéticas lineales con la descendencia. Esta es una situación algo similar a la adopción. El estatus legal de preembrión donado actualmente está en proceso de evolución, aunque existe consenso general en la protección del *conceptus* bajo las leyes civiles y criminales. En lo que respecta a la maternidad del preembrión donado, la mayoría de las cortes se ha pronunciado por que la madre gestional es la madre legal.

#### 2.2.4 Lavado uterino para transferencias de preembriones

Entre los señalamientos que se han hecho a este proceder están:

- a) La posibilidad de infección intrauterina debido a la manipulación.
- b) El riesgo de transmitir infecciones a la donante, la receptora o al preembrión.
- c) Los problemas inherentes a la utilización de terceras partes, incluyendo la posibilidad de que el donante quiera conservar el preembrión. Si se ha utilizado el semen del marido de la esposa infértil y la pareja quiera demostrar su relación genética con el niño, deben realizarse las pruebas genéticas.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> LLAMÍAS, J. J., *La fecundación humana in vitro*, ED. T. 79-89-VI, República Argentina, 1999.

## 2.3 Criopreservación

### 2.3.1 Criopreservación de semen

Las objeciones a este proceder son las mismas que las expresadas para la inseminación con semen fresco. A ésta se añade el riesgo a la tenencia de los efectos de la congelación y descongelación sobre el embrión.

Su principal ventaja está en que como media un periodo de la tenencia antes de que el semen sea utilizado, es posible realizar las pruebas necesarias para el diagnóstico de enfermedades como el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida (SIDA) y la hepatitis B.

En caso de que el hombre muera después de que su semen ha sido congelado para usarlo en su pareja, ésta puede solicitar ser inseminada con el semen de su esposo *postmortem*. Esto crea más problemas que el uso de donante anónimo.

### 2.3.2 Criopreservación de óvulos

La principal preocupación médica respecto a este proceder está en que el óvulo es una célula única, con una masa relativamente grande de citoplasma, por tanto, más susceptible a los posibles efectos negativos de la congelación y descongelación.

### 2.3.3 Criopreservación de preembriones

Con el desarrollo de las técnicas de fecundación *in vitro* se ha comprobado que la fertilización de múltiples óvulos aumenta la tasa de éxito de embarazo, pero se incrementan las posibilidades de embarazos gemelares o múltiples. Esto ha hecho que se tome en consideración la preservación por congelación de los preembriones supernumerarios no utilizados para ser utilizados en embarazos posteriores de la pareja, o ser destinados a otros fines (donación a parejas infértiles, investigaciones científicas).

La principal preocupación con el uso de preembriones criopreservados es la posibilidad de daño provocado por la congelación y descongelación del material genético. Otro riesgo potencial es el daño provocado por las fallas en el sistema de conservación del material.

Otro aspecto muy debatido es el concerniente al *status* jurídico del preembrión.

Los problemas de la posesión y los derechos de herencia del preembrión han sido identificados pero no resueltos. Desde el punto de vista de la moral, estas técnicas representan una instrucción en el proceso natural de la reproducción, al poner la vida humana en un estado de suspensión por congelación profunda, por un periodo variable de tiempo antes de su utilización. Si no se establece una limitación en tiempo para este periodo de congelación y su uso posterior, se pueden crear graves problemas en la estructura social y familiar, al perderse la linealidad genealógica.

Por estas razones es importante, antes de aplicar estas técnicas, explicar bien a la pareja las posibilidades de éxito en cuanto al embarazo, así como los posibles riesgos de alteraciones en el embrión, producto del proceso en sí y solicitar previamente el consentimiento informado y por escrito de la pareja. El tiempo de almacenamiento de los preembriones debe estar limitado en tiempo, pero se recomienda que no exceda al periodo reproductivo del donante del óvulo o mientras prevalezca el objetivo para el cual fue previsto. Para muchos es inaceptable la transferencia de una generación a otra. Antes de iniciar el proceso de preservación debe quedar bien establecido por la pareja la disposición de los preembriones no transferidos, el deseo mutuo de congelarlos para su propio uso, donarlos a otra pareja infértil, o donarlos para su uso en investigaciones científicas.

## 2.4 Subrogación

Portadora subrogada, gestación de alquiler o sustituta. Madre que gesta un embrión no ligado a ella genéticamente.

La portadora subrogada aporta el componente gestacional (útero) de la reproducción, pero no el componente genético, a diferencia de la llamada madre subrogada que aporta tanto el componente genético (óvulos con el componente gestacional).

El uso de una portadora subrogada está indicado en mujeres cuyos ovarios tienen la capacidad de reproducir óvulos normalmente, pero son incapaces de llevar a término la gestación por defectos uterinos, malformaciones, problemas de capacidad, o por afecciones limitantes para la vida de la madre o que pueden poner en peligro la vida del niño.

#### *2.4.1 Problemas derivados de la maternidad sustituta*

- a)* Para algunos es impropio solicitarle a una mujer que actúe como portadora subrogada, se someta a los riesgos de la gestación y el parto sin recibir la compensación natural a este esfuerzo.
- b)* La pareja o la familia pueden ejercer algún tipo de presión (social o económica) sobre la posible portadora subrogada, lo que pudiera verse como una forma de explotación.
- c)* Puede haber afectación de la pareja (padres que solicitaron la donación) si la subrogada se niega a entregar el niño después de su nacimiento.
- d)* El niño puede verse afectado psicológicamente si llegara a conocer que es nacido de una portadora subrogada y quisiera conocerla.
- e)* Existe la posibilidad de que la pareja pueda ser molestada por la portadora o algún intermediario, en la búsqueda de beneficios económicos por estos arreglos. En este caso en concreto, la portadora puede buscar a través de la vía familiar el reconocimiento de la maternidad y los donatarios del gameto femenino se puedan ver afectados.
- f)* Se ha criticado fuertemente el uso de la portadora subrogada por razones sociales más que médicas, en el caso de artistas, modelos o

ejecutivas, que por razones de trabajo o estéticas, prefieren utilizar estos servicios.

Por otra parte, como en el caso de la donación de órganos y tejidos, la subrogación ofrece a esta mujer la satisfacción de contribuir y para muchas de estas mujeres el embarazo en sí es una satisfacción.

- g) El riesgo potencial de daño físico y/o psicológico para todas las partes, incluyendo el niño.
- h) El pago de la portadora subrogada. Muchos aprueban la subrogación sobre la base de la voluntariedad, sin que medie un interés económico. Para otros, el pago es necesario en caso de que no pueda obtenerse una portadora voluntaria, o cuando los padres quieren mantener el anonimato o no quieren usar un amigo o familiar.
- i) La ausencia de leyes que protejan a la pareja que usa una portadora subrogada. En ese sentido, pueden ser útiles los arreglos previos entre las partes. En ocasiones, ha sido necesario llevar el caso a las cortes y solicitar la inscripción legal del niño con los nombres de sus padres genéticos, previo acuerdo con la subrogada.
- j) De especial importancia es determinar la paternidad del niño. Existe la posibilidad de que la subrogada quede embarazada de su propio compañero en forma inadvertida.

A pesar de lo expuesto, existe el criterio generalizado de que el uso de la portadora subrogada por razones médicas está justificado.

Una madre subrogada es una mujer que ha sido inseminada artificialmente con el semen de un hombre que no es su esposo o compañero: lleva a término el embarazo y después del parto entrega el niño al padre genético para su crianza y custodia.

La primera indicación para el uso de la madre subrogada es la incapacidad de una mujer para proveer los componentes genéticos y gestacionales del embarazo, como es el caso de mujeres a las que se les ha extirpado el útero y los ovarios. Otra indicación es cuando existe la posibilidad de que

la mujer pueda transmitir una enfermedad o defecto genético a su descendencia.

Este proceder ha suscitado inquietudes similares a las provocadas por el empleo de la portadora subrogada. A estas hay que añadir entre otras que:

- a) Debido a la indefinición del *status* legal de este proceder, la pareja de adopción puede presionar a la subrogada para que se quede con un niño al que no tenga intención de criar. Esto puede ocurrir cuando las pruebas de paternidad determinan que el padre del niño no es el que contrató a la subrogada, o cuando el niño nace con un defecto y la pareja lo rechaza. Es preciso establecer los derechos y las obligaciones de todas las partes para que esto no suceda, ya que, como mencionamos, los riesgos son varios.
- b) La pareja puede verse afectada económicamente si la subrogada llega a conocer su identidad y comienza a ejercer presiones económicas. Si por otra parte la subrogada decide quedarse con el niño, el marido de la pareja que contrata sus servicios debe de correr con los gastos de su manutención, ya que él es el padre biológico.

Este asunto se puede tratar normalmente en materia familiar, así que se le solicita al juez el reconocimiento de la paternidad del menor para posteriormente solicitarle a éste la manutención.

- c) La pareja que paga los servicios de una madre subrogada puede ser acusada y condenada por las leyes criminales en aquellos estados que prohíben el pago a una mujer por dar un hijo en adopción.
- d) Para algunas personas la participación de la madre subrogada puede aflojar los lazos de unión entre la pareja y desintegrar a la familia. Este punto es importante ya que una de las finalidades del matrimonio es el de la procreación.
- e) También se ha señalado que con el pago a la madre subrogada por sus servicios, la reproducción humana puede llegar a comercializarse, y el niño convertirse en un artículo de consumo.

En general, debido a los riesgos legales, las preocupaciones éticas y morales, y los efectos físicos y psicológicos de la maternidad subrogada, éste es al parecer el más problemático de los procederes reproductivos, ya que deja al descubierto que no hay legislación aplicable a este caso en concreto.<sup>8</sup>

## 2.5 Gameto, fecundación, embrión, feto

El producto de la concepción es el cigoto, es la primera célula hasta que empieza la vida fetal a los noventa días, cuando se denomina embrión. El embrión tiene tres etapas de desarrollo: un primer estadio denominado mórulo, en el que se desarrolla hasta que se produce la segmentación celular o segundo estadio llamado blástula o blastocito, que a los 14 días de fecundación aproximadamente, anida en el útero, comenzando la gestación, hasta los 90 días o sexta semana, cuando aparece la vida fetal que se desarrolla hasta el nacimiento.

### 2.5.1 Banco de gametos y embriones

Los bancos de gametos son instituciones que surgen como consecuencia directa y necesaria de la aplicación concreta de las distintas técnicas de fecundación asistida (TFA). Éstas, cuando se trata de procesos heterólogos en los casos de infertilidad femenina o masculina, admiten la utilización de gametos de terceros, de donantes anónimos, que son depositados en lugares con un acondicionamiento ambiental y físico adecuado, basado en la utilización del frío intenso para su conservación (criopreservación).

<sup>8</sup> CÓRDOVA, Jorge Eduardo y SÁNCHEZ TORRES Julio C., *Fecundación Humana Asistida. Aspectos Jurídicos Emergentes*, Ed. Alveroni, Córdoba, febrero 2000, p. 11-47.

## 2.6 Análisis genéticos. Proyecto genoma humano

El ADN es una sustancia química portadora de la denominada información genética o caracteres de la herencia, color de ojos, de cabello, altura, etc., que está presente en todas las células de un organismo, glóbulos, células óseas, espermatozoides, etc. La información genética proviene de los progenitores del individuo, aportada la mitad por cada uno de ellos, y se transfiere a través de la fecundación.

El conjunto de toda la información genética o hereditaria, que a través de la fecundación se transmite de individuo a individuo, constituye el genoma.

El *proyecto genoma humano* procura conocer científicamente la totalidad de esa información genética o hereditaria del organismo del hombre y construir una carta o mapa genético humano.

La obligatoriedad o no del análisis genético repercute sobre todo en lo que respecta al campo laboral, derecho a la intimidad y a la revelación de datos; derecho a la vida de los embriones obtenidos mediante la fecundación *in vitro*, de los embriones con riesgo genético, etc. De ahí la importancia de que el proyecto genoma humano sea visto a la luz de los especialistas en las diversas normas del saber, que se comprometan con su desarrollo y con sus efectos, para no traspasar límites éticos preexistentes.<sup>9</sup>

### 2.6.1 Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos. UNESCO-ONU del 11 de noviembre de 1997

Ahora bien, un tema relacionado con la inseminación artificial, pero del cual no abarcaremos mucho, es el llamado genoma humano. Como su nom-

<sup>9</sup> BANCHIO, F. C., *El proyecto genoma humano frente a la ética y al derecho*, en estudios de honor a Pedro J. Frías, Vol. III, Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, p. 953.

bre lo indica, es el estudio de los genes humanos y encontramos a la genética relacionándose con la inseminación artificial, primero, por que es una ciencia y segundo por que ambas buscan lo mismo, dar vida a un ser humano dotado de las mejores condiciones, mejores formas de vida, la genética buscando la forma de eliminar los genes que pudieran causar trastornos con miras a que el individuo se desarrolle mejor y la inseminación utilizando esta información genética y transmitiéndola a través de las técnicas de reproducción asistida.

La Conferencia General proclama los principios siguientes y aprueba la presente Declaración:

La dignidad humana y el genoma humano

Art. 2°.

- a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cuales quiera que sean sus características genéticas.
- b) Esta dignidad impone que no se reduzcan a los individuos a sus características genéticas y que se respete su carácter único y su diversidad.

Art. 3°. El genoma humano, por naturaleza evolutiva, está sometido a mutaciones. Entraña posibilidades que se expresan de distintos modos en función del entorno natural y social de cada persona, que comprende su estado de salud individual, sus condiciones de vida, su alimentación y educación.

### *2.6.2 Derechos de las personas interesadas*

Art. 5°.

- a) Una investigación, un tratamiento o un diagnóstico, en relación con el genoma de un individuo, sólo podrá efectuarse previa evaluación rigurosa de los riesgos y las ventajas que entraña y de conformidad con cualquier otra exigencia de la legislación nacional.

- b) En todos los casos, se recabará el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada. Si ésta no está en condiciones de manifestarla, el consentimiento o autorización habrá de obtenerse de conformidad con lo que estipule la ley, teniendo en cuenta el interés superior del interesado.
- c) Se debe respetar el derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias.
- d) En el caso de la investigación, los protocolos de investigación deberán de someterse, además, a una evaluación previa, de conformidad con las normas y directrices nacionales e internacionales aplicables en la materia.

Art. 6º. Nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad.

Art. 7º. Se deberá proteger en las condiciones estipuladas por la ley de confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad.

Art. 9º. Para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, sólo la legislación podrá establecer los principios de consentimiento y confidencialidad, de haber razones imperiosas para ello, y a reservar el estricto respeto del derecho internacional relativo a los derechos humanos.

### *2.6.3 Investigación del genoma humano*

Art. 10. Ninguna investigación relativa al genoma humano ni sus aplicaciones, en lo particular en la esfera de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de los grupos humanos.

Art. 12.

- b) La libertad de investigación, que es necesaria para el progreso del saber, procede de la libertad del pensamiento. Las aplicaciones de la investigación sobre el genoma humano, en particular en el campo de la biología, la genética y la medicina, deben de orientarse a aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la humanidad.

*2.6.4 Condiciones del ejercicio de la actividad científica*

Art. 13. Las consecuencias éticas y sociales de las investigaciones sobre el genoma humano imponen a los investigadores responsabilidades especiales de rigor, prudencia, probabilidad intelectual e integridad, tanto en la realización de sus investigaciones como en la presentación y explotación de los resultados de éstas. Los responsables de la formulación de políticas científicas públicas y privadas tienen también responsabilidades especiales al respecto.

Art. 14. Los estados tomarán las medidas apropiadas para favorecer las condiciones intelectuales y materiales propicias para el libre ejercicio de las actividades de investigación sobre el genoma humano y para tener en cuenta las consecuencias éticas, legales, sociales y económicas de dicha investigación, basándose en los principios establecidos en la presente declaración.

Art. 17. Los estados deberán respetar y promover la práctica de la solidaridad para con los individuos, familias o poblaciones expuestos a riesgos particulares de enfermedad o discapacidad de índole genética. Deberían fomentar, entre otras cosas, las investigaciones encaminadas a identificar, prevenir y tratar las enfermedades genéticas o aquellas en las que interviene la genética, sobre todo las enfermedades raras y las enfermedades endémicas que afectan a una parte considerable de la población mundial.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, *La nueva inseminación artificial* (Estudio Ley 22 de noviembre de 1988), Madrid España 1989, pag.33.

**CAPÍTULO III**  
**NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ELEMENTOS REALES**  
**DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

### 3.1 Naturaleza jurídica de los gametos

Sobre este hecho al derecho le corresponde definir a partir de qué momento puede esa célula fecundada, si es antes o después de su concepción, ser sujeto de tutela legal.

La discusión de la existencia del gameto, preembrión y embrión, no se limita a esto, sino que también va más allá, debe definir de qué forma podemos tratar a un espermatozoides o a un óvulo, si como cosas o personas.

Esta cuestión es realmente importante, porque desde el punto de vista clásico, la relación jurídica que puede existir entre una persona y una cosa es un derecho real, en donde los titulares del espermatozoides o del óvulo pueden hacer con su posesión, lo que quieran, inclusive, hasta destruir la cosa.

Pero si la relación jurídica es considerada desde el punto de vista del derecho personal, ¿qué derechos y obligaciones tendrían las personas que secretan sus espermatozoides y óvulos con estos mismos?, ¿tendrían derechos los gametos?, ¿quién sería el representante legal de un espermatozoides o un óvulo?

Por principio de congruencia, estamos totalmente seguros de que el hombre y la mujer que secretan sus gametos no tendrían derechos reales ni personales sobre sus espermatozoides u óvulos. Pero entonces, ¿qué tipo de regulación jurídica podría existir?

#### 3.1.2 Naturaleza jurídica del donante del material genético

El material genético, puede ser aportado tanto por el hombre como por la mujer fértil de la pareja que tiene interés en la procreación de un ser humano, o bien, puede ser el mismo aportado por un donante externo.

La aparición de esta persona, llamada donante, impone al legislador, carga de regular, derechos y obligaciones de esta persona.

Cuando un integrante de la pareja, es infértil es necesaria la colaboración de una tercera persona que aporte el gameto faltante para la fecundación. Esa tercera persona sería el donante y entregaría su gameto para contribuir en la reproducción asistida.

La aparición del donante genera un conflicto de paternidad biológica y formal, entre el padre o la madre biológica portadora del gameto, y el padre o la madre que reciba ese parentesco formal y socialmente.

¿Podría regularse la relación jurídica del donante y el gameto donado, como si se tratara de un contrato de donación?

### 3.1.3 Regulación de las clínicas de reproducción asistida

Este campo tendría que regularse por un tipo de normas jurídicas diferentes al derecho privado, toda vez que al tratarse de un asunto de interés público obliga al legislador a establecer o instruir la aparición de una tercera persona o corporación pública (de salud), encargada de velar que las normas que regularicen la reproducción asistida sean vigiladas y cumplidas eficazmente.

Esto conllevaría a considerar la inseminación artificial o a la fecundación *in vitro* como una vía para la procreación, además de un derecho de la familia o de las mujeres, quedando a cargo del Estado por conducto de las instituciones públicas, logrando hacer accesible para todos la posibilidad de la inseminación artificial. ¿o bien, debe permitirse que el servicio sea proporcionado por los particulares, de manera libre o restringida?

El derecho tendría que regularizar las relaciones jurídicas entre las parejas o mujeres infértiles.

Las partes renovables del cuerpo humano, en tanto se encuentran en el organismo, son partes indivisas del todo que constituye el *abstractum* físico del hombre, y por lo tanto no pueden ser objeto de relaciones jurídicas.

Acaecida la extracción o separación de tales partes, éstas se toman en cosas susceptibles de ser objeto de este tipo de relaciones, como por ejem-

plo, el cabello, la leche materna, alguna de estas cosas, por sus particulares caracteres, se encuentran específicamente reguladas en todo a lo que hace a los distintos negocios jurídicos de los que pueden ser objeto la sangre, los órganos para trasplante, etcétera.

Para determina la naturaleza jurídica de los gametos, antes que nada, se debe de resaltar su carácter de células regenerables que cumplen una función extracorpórea: la reproducción. A partir de esto y conforme a lo expuesto, mientras se encuentren en el organismo humano forman parte del propio cuerpo del hombre, pero desde su extracción pasan a ser cosas, en tanto objetos materiales que por la función que la naturaleza les ha adjudicado no pueden ser objeto de cualquier relación jurídica, sino sólo de aquellas que no comprometan la moral y las buenas costumbres, por lo que si bien son cosas, no tienen valor comercial, aunque sí jurídico y científico.

### 3.1.4. Naturaleza jurídica del embrión

En la actualidad resulta casi una *verdad de Perogrullo* la identificación del ser humano como persona, entendida ésta como un *status* inherente al hombre, de carácter natural, independiente y anterior al reconocimiento por el propio hombre.

En el derecho comparado, con base en la opinión de genetistas, biólogos, teólogos, etc., existe conciencia de que la vida humana comienza desde la fecundación. Es decir que todo el proceso posterior a la unión de los gametos, la vida fetal, el nacimiento, la adultez y la muerte, son etapas sucesivas del desarrollo de ese cigoto.

La discusión plantea si la persona existe desde la concepción o si surge posteriormente. Señalemos los principales puntos de vista:

- a) La iglesia católica y otras religiones afines sostienen que la persona y la vida humana son coincidentes en su aparición, con la unión de los gametos masculino y femenino. Al huevo o cigoto es inherente el *status* de persona. La persona es la unidad que reconoce etapas suce-

sivas de desarrollo, que se dan desde la concepción hasta la muerte del mismo.

- b) La técnica de la anidación sostiene que la persona comienza cuando el cigoto anida en el útero de la mujer, unos 14 días luego de la fecundación, éste, durante ese periodo de maduración, es susceptible de segmentarse o desdoblarse, tal como se ha comprobado con la existencia de gemelos monocigóticos. Desde la anidación se puede hablar de persona como una sola y exclusiva unidad.

Otro fundamento, consecuente con esta teoría, es que en la anidación aparece la persona porque recién ahí surge una relación de ser a ser (alteridad), entre el por nacer y su madre.

- c) La teoría del sistema nervioso central considera que la verdadera instancia diferenciadora que permite reconocer la existencia de un nuevo ser dotado de personalidad indisponible e inviolable, la persona, se da cuando se inicia el proceso de formación del sistema nervioso central, que comienza el día 15º desde la concepción, completándose el desarrollo cerebral a las ocho semanas. Dentro de este grupo existen legislaciones como la francesa, que toma el último estadio, para reconocer la aparición de la persona.
- d) La teoría del nacimiento con vida aduce que el feto carece de independencia ya que necesita de la asistencia vital de la madre, y antes de su separación del seno materno no es sino una víscera de la madre.

La mayoría de las legislaciones reconocen que desde la concepción hay vida humana digna de la mayor tutela jurídica posible. Por ejemplo, en el ordenamiento civil español se prescribe que el nacimiento determina la personalidad pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que sean favorables.

Para las teorías católicas, en el embrión hay persona, derivado de ello la más absoluta indisponibilidad e inviolabilidad de los derechos del nuevo ser.

En cuanto a las otras posturas, claramente distinguen en el tiempo y en el desarrollo del embrión el reconocimiento de la personalidad hasta que ésta no surja, para algunos es sólo un objeto, o bien, como lo regula el Código Civil Español en el artículo 29; otras posturas establecen que este ser no puede ser equiparado a persona ya que hasta no ser implantado en el útero de la mujer no puede desarrollarse.

La doctrina europea mayoritaria, considera que el embrión debe de ser equiparado al concebido en cuanto a su protección, pero aclarando que el *nasciturus* carece de personalidad hasta que ocurre el nacimiento con vida, teniendo aquélla efecto retroactivo a la concepción.

En la mayoría de los países desarrollados, con el fundamento ya expuesto de que desde la concepción existe vida humana que debe de ser ampliamente tutelada, se han promulgado una serie de normas tendientes a la protección de los embriones, como es la ley de protección del embrión de 1990 en Alemania, y las leyes francesas de 1994, que regulan lo tendiente a las aplicaciones concretas de las técnicas de fecundación asistida y específicamente rechazan las prácticas eugenésicas. En el ordenamiento jurídico argentino, la persona comienza desde la concepción dentro o fuera del seno materno. Desde la concepción surge el derecho personalísimo a la vida; en el embrión hay una persona, por lo que resulta antijurídica toda manipulación humana lesiva.

La declaración de la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires equipara la tutela jurídica del embrión *in vivo* o *in vitro* a la que tiene el padre y la madre como personas.

En cuanto a los distintos proyectos de ley, podemos decir que algunos propugnan considerar la aparición de la persona con la concepción en el seno materno, y en los supuestos de fecundación *in vitro*, desde que el embrión es implantado en el útero de la madre: si se trata de técnicas de fecundación asistida, antes del implante no hay persona. La mayoría de los proyectos consagran la doctrina de la existencia de la persona desde la concepción, dentro o fuera del seno materno.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *La Familia en el Derecho (Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares)*, 5a. ed., Ed. Porrúa, México 1999, p. 348-350.

### 3.2 *Status* biológico del nuevo ser

#### 3.2.1 *Viable contra no viable*

Desde el punto de vista médico, un feto viable es aquel que ha alcanzado un estado de madurez. Después del nacimiento, un feto viable es considerado un recién nacido.

En medicina, la frontera entre la viabilidad y la no viabilidad no es absoluta: depende de los recursos disponibles para el cuidado intensivo del bebé prematuro. Cuando han nacido vivos, el derecho les concede protección, ya tienen personalidad jurídica y por tanto, derecho a la salud.

La teoría de la viabilidad aparece dentro de las que dan origen a la personalidad junto a la concepción, nacimiento y la teoría ecléctica.

La teoría del nacimiento se basa en que, durante la gestación, el feto no tiene vida independiente de la madre. El concebido es considerado como una esperanza de hombre (*spes hominis*) y se le atribuyen derechos que no suponen reconocimiento de su existencia jurídica, éstos protegen intereses expectantes y futuros que sólo con el nacimiento pueden convertirse en derechos definitivos.

Con relación a la teoría de la viabilidad, se exige para reconocer a la persona, no sólo el hecho de nacer viva sino además la aptitud para seguir viviendo fuera del claustro materno, requisito éste exigido entre otros por los códigos de Francia e Italia.

Del actual Código Civil Español podemos inferir que la solución que adopta es ecléctica, porque adopta el principio de que "el nacimiento determina la personalidad, a dado que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que tuviere figura humana y vive veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno".<sup>17</sup>

<sup>17</sup> CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *op. cit.*, pp. 348-350.

### 3.3 Antecedentes jurídicos de la inseminación artificial

Los descubrimientos y adelantos en el campo de la biología se colocan ante los hechos que se proyectan a lo jurídico, que tiene que ser iluminado por la moral. Los avances técnicos en materia de inseminación y fecundación artificial han creado situaciones no contempladas hasta la fecha. Es cada vez más segura la inseminación artificial; la ciencia avanzada genera la necesidad de reglamentar las relaciones humanas para dar respuesta a los nuevos requerimientos. Recordemos que el derecho es un *porterius*, es decir, reglamenta las relaciones interpersonales que se dan en la sociedad, consecuentemente, también debe preocuparse de la concepción artificial, porque este avance técnico se da como una posibilidad, por lo que corresponde al legislador estudiarla y legislarla.

Debido a la íntima relación que el derecho de familia tiene con la moral, es indispensable conocer las situaciones que en el campo se han dado a la inseminación y a la fecundación artificial. Es decir, planteando lo que significa la inseminación artificial, en primer término debemos realizar una valoración ética que sea la base de la reglamentación jurídica.

Las exigencias que se presentan abarcan las áreas conyugal, de la filiación y en las sucesiones. Conviene preguntarnos si la actual legislación da respuesta a las interrogantes que en esta área se presentan.

Los autores plantean que se trata de una fecundación artificial o de una inseminación artificial, ambos términos son usados; también aparecerán en la literatura jurídica y ambas situaciones pueden presentarse. Se habla de la fecundación artificial, aun cuando no se descarta que también se puede usar como terminología adecuada la inseminación, toda vez que el primer concepto hace referencia a la concepción como resultado y en el segundo concepto se está expresando la introducción del esperma en una mujer por medios artificiales, sin asegurar la concepción como resultado. Sin embargo, casi la totalidad de los autores consideran que la práctica en cuestión no es la fecundación, pues la verdadera fecundación se da después de la intervención médica. Se dice que la concepción no es artificial, lo artificial es la fecun-

dación. Pero los avances científicos hacen posible también la fecundación artificial, cuando se logra también esta gestión en tubo de ensayo, llamada *in vitro*. En estos casos se trata de una verdadera fecundación artificial extrauterina.

Por tanto, se emplearán los dos términos respondiendo a cada situación determinada. Inseminación será el término para indicar la introducción del esperma en la mujer sin asegurar la fecundación; fecundación, la unión artificial extrauterina de un espermatozoide con un óvulo. Sin embargo, cuando se requiera a las dos situaciones emplearé el término concepción, pues es lo que se pretende.

En las legislaciones actualmente se califica como reproducción asistida (española), o bien, fertilización asistida (mexicana).

Podemos señalar que la fecundación desde el punto de vista de la fisiología, es el acto de impregnación del elemento femenino (óvulo) por el masculino (espermatozoide).

La concepción supone en forma asociada el coito y la inseminación, se consideraron inseparables. Hoy se han separado y puede producirse la segunda sin la unión sexual. La inseminación y la concepción artificial pueden darse en cualquier mujer, esté o no casada, hubiere o no convivido con un hombre. En el aspecto médico se comprende la recogida del semen, la fecundación y la concepción.<sup>13</sup>

### **3.4 Objetivo o destino de la aplicación de las técnicas de fecundación asistida**

La conceptualización acerca de las técnicas de fecundación asistida será la que nos dé la respuesta al interrogante planteado, fijando los límites en lo que hace a la aplicación de estas terapias.

<sup>13</sup> HERRERA CAMPOS, R., *La inseminación artificial (aspectos doctrinales y regulación doctrinal)*, Granada, Ed. Universidad de Granada, 1991, p. 75-84.

Se lee en los proyectos Ruckauf-Iribarne, artículo 8º; Proyecto Mendoza-Troyano, artículo 55; Proyecto Camaño-Corchuelo Blasco, art. 18: "[...] se considera embrión al óvulo humano fecundado por el espermatozoide humano dentro o fuera del seno materno. El embrión es persona [...]"

El Proyecto de Código Civil de la República Argentina redactado por la comisión designada por el decreto 685/95, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pp. 22 y 159, adopta la terminología *persona humana* y establece que ésta comienza con la concepción (art. 15) dentro o fuera del claustro materno. Todo ser humano nace con la necesidad y el derecho de tener un padre y una madre, y no se le puede negar *ab initio* esa posibilidad.

Los Estados que han regulado en este sentido exigen capacidad plena, gratuidad y anonimato del donante, petición conjunta de los miembros de la pareja y consentimiento expreso por parte del marido, por medio de instrumento público.

En la práctica, haya o no legislación al respecto, de darse la aplicación de la técnica heteróloga con el consentimiento marital, y ocurrido el nacimiento con vida, conforme nuestra opinión adhiriendo a parte de la doctrina, el padre no puede impugnar la filiación; sin embargo, el tema del consentimiento es arduo en la doctrina, como veremos a continuación.

Notables juristas como Llambías y Bossert sostienen que cuando hubiese consentimiento expreso por parte del marido, éste, *a posteriori* del nacimiento, puede impugnar la paternidad del niño, ya que la filiación es una cuestión de orden público, indisponible por la voluntad de las partes, y además está fundada en la realidad biológica y no en el consentimiento de los interesados.

La mayoría de la legislación europea admite las prácticas heterólogas: Francia, Suecia, Italia. La legislación española, desde la admisión de las técnicas heterólogas, permite su aplicación generalizada a mujeres solteras y viudas, incluso a quienes revelen una relación de carácter lesbiano. El fundamento radica en que la ciencia permite el desarrollo de la libre personalidad de la mujer y su instinto natural de ser madre, cuando no pueda o no quiera mantener relaciones sexuales con un varón. Cuando se trata del desconocimiento o impugnación de la paternidad habiendo mediado inseminación artificial heteróloga, como lo señala el Art. 187 del Código Civil

de Bolivia: "El marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio, demostrando por todos los medios de prueba que no puede ser el padre del mismo", pero que, "sin embargo, el desconocimiento no es admisible si el hijo fue concebido por fecundación artificial de la mujer, con autorización escrita del marido". El Art. 8.1 de la ley española sobre TFA establece que "Ni el marido ni la mujer, cuando haya prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación, con contribución de donante o donantes, podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación".

Resta referirse a la representación necesaria en los supuestos de aplicación de técnicas heterólogas. Ante el fallecimiento del donante sin herederos forzosos y con bienes de fortuna, ¿puede diferirse la herencia al por nacer?, ¿quién ejercerá la representación necesaria y el rol de administrador de la sucesión?, ¿existe la responsabilidad civil en los supuestos de revocación del consentimiento de la maternidad subrogada?, ¿es procedente alguna reparación de daños y perjuicios en el supuesto de que los padres peticionantes devuelvan el hijo por graves malformaciones a la madre gestante? En el caso de la muerte de la pareja que recurrió a alguna técnica heteróloga para obtener su hijo, ¿podría el padre biológico reclamar su reconocimiento como tal, y por ende ser instituido como representante necesario del hijo menor y administrador de sus bienes hasta la mayoría de edad de aquél?<sup>14</sup>

### 3.5 Análisis jurídico de la maternidad subrogada, sustituida o compartida

En Europa como en América ha habido una fuerte oposición de carácter ético a estas técnicas. Quienes rechazan este tipo de técnicas basan su ope-

<sup>14</sup> PERRINO, J., GONZÁLEZ, Adriana M., *Trascendencia jurídica de las nuevas tecnologías de investigación genética*, LL, número del 07/09/95, Proyecto de Código Civil de la República Argentina, 2002.

sición en que éstas son violatorias de la dignidad de la pareja, de la fidelidad conyugal y del derecho del niño a ser concebido, gestado, nacer y ser educado por sus padres, dentro de estas líneas de pensamiento se suman otros argumentos tales como la violación de la dignidad y la responsabilidad materna: lo primero por que la gestante asume su embarazo como una renuncia inicial a desprenderse del niño y las responsabilidades emergentes como madre.

Desde otra perspectiva, hay posiciones más elásticas en este sentido; los fundamentos hacen referencia a las necesidades de que por un fin altruista, como lo es superar problemas de fertilidad en la pareja una mujer, sin perseguir lucro alguno, ofrece disponer de su cuerpo para satisfacer ese fin. En Europa, más allá del reproche ético, varias legislaciones admiten esta situación, con una serie de restricciones y límites que deben guardarse bajo pena de ineficiencia.

Los sistemas positivos que rechazan los contratos de maternidad subrogada hacen innecesario efectuar mayores consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de la vinculación consensuada entre los peticionantes y la gestadora, ya que se estaría frente a un negocio de nulidad absoluta, porque se trata de contratar un servicio de incubación, con o sin aporte del óvulo por la gestadora, el cual por su propia esencia es ilícito o contrario a lo natural u orden público (arts. 953, 1047 y 1050, Código Civil en Argentina). Ello así aunque cierta legislación, dentro del régimen de la nulidad, admite la producción de algunas consecuencias hasta que la sentencia con efecto retroactivo deje sin efecto el negocio jurídico de objeto ilícito, con las restricciones a que hubiere lugar. La mayoría de los sistemas legislativos permisivos de estas convenciones, receptando doctrina y consejos de organismos especializados, como se señalara precedentemente, cuestionan la eticidad del contrato, pero lo regulan estableciendo una serie de exigencias que deben cumplirse bajo pena de invalidación, la convención debe de estar desprovista de fin comercial por parte de los contratantes, incluso de los terceros que pudieran intermediar para acercar a los interesados, con lo que se protege especialmente a la madre gestadora, que se considera *a priori*.

Asimismo, se consagra la libre revocación del consentimiento por parte de la gestadora, en detrimento de los padres requirentes, los que carecen de medios legales para obtener la ejecución forzosa del acuerdo, lo que deja a salvo el derecho del padre biológico de exigir el reconocimiento de su estado.

En estos sistemas, están los ordenamientos ampliamente permisivos, los que se encuentran en su mayoría en los distintos estados de Estados Unidos, donde rige la libre contratación y existen empresas promotoras dedicadas especialmente al tema, que actúan mediante contratos onerosos de locación de servicios, apoyadas incluso por fuertes inversiones publicitarias.

Ahora mencionaremos los contratos de maternidad subrogada o maternidad sustituida y filiación, entendida ésta como "la relación existente entre dos personas, de las cuales una es padre o madre de la otra", que crean un estado civil, una relación de familia y un ámbito de derechos y obligaciones que emergen de aquélla.

En los sistemas permisivos, se formaliza el convenio con las prescripciones contenidas en la norma que lo regula siempre que la gestadora no revoque su consentimiento y entregue libremente al niño, el padre peticionante (con o sin aporte de su semen) carece de acción para impugnar la filiación de su hijo gesto en vientre alquilado.

En los ordenamientos permisivos rige el contrato (*pacta sunt servanda*), y cumplido lo pactado, aunque oneroso, los locatarios del servicio de incubación no pueden impugnar la filiación del hijo. Siempre está a salvo el derecho del hijo de conocer su verdadera identidad.

En el derecho positivo argentino se establece la nulidad absoluta de estos contratos por ilicitud de su objeto (art. 953, C.C.), por lo que ninguno de los contratantes tiene acción de cumplimiento coercitivo (art. 505, C.C.), al no poder alegar en su defensa su propia torpeza (art. 1047, C.C.).

La filiación, para nuestro derecho, se fija por el parto (art. 242, Código Civil Argentino), pero ésta es una presunción *invis tantum*. El hijo tendrá, respecto de su madre gestadora, una filiación matrimonial o extramatrimonial según nazca dentro del matrimonio o fuera de éste, en caso de muerte

o separación del marido; en lo que hace al padre, quedaría el derecho de éste a su reconocimiento como tal.

De plantearse estas situaciones, el único camino que tienen los padres peticionantes, luego de la entrega del niño sin reproches por la gestadora, es la adopción, conforme a las normas vigentes. Aun así, siempre estará latente el riesgo: por ejemplo, si se trató de un embrión creado con semen del marido y óvulo de la locadora, en cualquier tiempo podrá el padre biológico o la madre biológica gestadora exigir su reconocimiento, aunque en este caso podrá recurrirse a los mecanismos legislativos que proveen la puesta del niño a disposición del juez competente para que éste lo entregue luego en adopción.

### 3.6 Proyectos legislativos sobre fecundación asistida (Argentina)

- a) Proyecto de los senadores R. Laferrière y C. Storani, y el de la diputada Florentina Gómez Molina, ambos de 1991.
- b) Proyecto de Ley de regulación de la aplicación de las nuevas técnicas de diagnósticos, terapéuticas, industriales y de investigación en la evolución biológica de la especie humana y de su medio ambiente.
- c) Proyecto de los diputados Carlos F. Ruckauf y Alberto Iriarte, de 1993.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> PERRINO, J., GONZÁLEZ, Adriana M., *op cit.*

**CAPÍTULO IV**  
**PROPUESTA**

#### **4.1 Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 resolviendo el recurso de inconformidad contra la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida**

El artículo 5-6 señala que se requiere la edad de más de 18 años y plena capacidad de obrar, debiendo someterse, en cuanto a su estado psicológico, a un protocolo obligatorio de carácter general que incluirá las características fenotípicas, del donante y la previsión de que no padezca enfermedades genéticas, hereditarias o infecciones transmisibles. El único consentimiento que le exige la ley es el prestado para la donación de su material reproductor, realizada por escrito a favor del centro autorizado. Sólo esta donación, y no cualquier otra, permite beneficiarse de la privilegiada posición jurídica que configura la ley. Con deficiencia técnica jurídica que dice que la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. Es irrevocable, salvo que el donante, por imposibilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados que estuviesen disponibles.

Interesa subrayar que el consentimiento prestado para tal donación, el cual deberá ser informado por el centro de los fines y consecuencias del acto le hace inmune a las acciones de reclamación de filiación que pudiera interponer la madre, su marido o el varón conviviente con aquélla, que hubieran consentido previamente en la utilización de la procreación artificial. Pero no exige ninguna renuncia a la paternidad, la cual es irrelevante en el régimen general de la filiación, ni se contemplan modalidades o determinaciones de tal voluntad de donar (por ejemplo, condicionamientos a inseminar a determinada clase de mujeres, o especial destino de su esperma a

otras). Tampoco se toma en cuenta una posible voluntad de reconocer como hijo al nacido de su semen, hay aquí otra enorme presunción *iuris et de iure*: por el hecho de realizar una donación con espermatozoides a un centro reconocido, se viene a dar por hecha una renuncia con los requisitos indicados.

Respecto a la posición mantenida por la doctrina, nos encontramos con tres posturas:

1. No se debe aplicar el principio de verdad biológica que establece el artículo 39 CE:  
Defendida entre otros por LaCruz, quien deduce que no cabe hacer responder al donante de gametos por acto de procreación pues la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida establece, en su artículo 6-5 la intercambiabilidad y aleatoriedad del material reproductor, lo que da lugar a una especie de *exceptio plurimum concubentium*, el Derecho Internacional dispone que el donante riente a la receptora y el hijo. Y por otra parte, que la *ratio* del artículo 39.2 es el de solucionar el problema del hombre que escapa de sus responsabilidades respecto al hijo.
2. Se debe aplicar el principio de verdad biológica en determinados casos e incluso poder establecerse la filiación en protección del hijo:  
Defendida entre otros por Pantaleón quien estima inconstitucional el artículo 5-5 Ley de Técnicas de Reproducción Asistida en relación con el artículo 39.3 CE en los casos en que el hijo se quedaría sin padre legal, bien porque la madre no fuera casada, o no conviviere *more uxorio* o cuando la fecundación se hubiere realizado sin el consentimiento eficaz del marido o compañero.
3. Existe derecho a conocer la identidad del donante aun cuando ello no determina la filiación:  
Defendida por Rivero Hernández, en cuya opinión el hijo debe poder conocer la identidad del donante sin que quepa en ningún caso

determinar la filiación respecto de él, con base en principios que escapan del artículo 39 CE: pues la investigación de la paternidad sin vincularla a la determinación de la filiación no está contemplada en el Código Civil en España, que no reconoce una acción de investigación de la paternidad al margen de las acciones de filiación legalmente establecidas y el descubrimiento de la verdad biológica o investigación de la paternidad pasada por el ejercicio de estas acciones previstas en el Código Civil en España, las cuales según el autor no se pueden aplicar; al caso que nos ocupa.

Habrà que acudir, en el caso que nos ocupa, a la Constitución directamente, en particular al artículo 10.1 CE que proclama el libre desarrollo de la personalidad y que tendrá su reflejo en el derecho a la integridad moral que establece el artículo 15.CE. Para Rivero Hernández es muy importante la herencia genética en la conformación de la personalidad y esto excede de la relación jurídica de la filiación, afectando a su dignidad como persona. Toda persona tiene, en definitiva, derecho a conocer su origen, sin embargo, y en la medida en que nada afecta a la personalidad del donante ni a su desarrollo físico o psicológico, el donante no tiene derecho a conocer la identidad del hijo.

Abordamos el derecho de identidad porque existe un vínculo con este tema, que sugiere que surjan interrogantes como: ¿cuáles serán las repercusiones en materia jurídica de que se revele la identidad del donador o del donatario?, el conflicto radica en que el donante en algún momento podría reclamar la paternidad del menor, entonces lo que se propone es que se extingan los derechos y las obligaciones de ambas partes al momento de la celebración de un contrato privado de donación de gametos, que es lo más viable hasta que no se legisle, esto lo propongo como una medida de solución de las posibles controversias que se susciten a raíz de estas prácticas en virtud de que lo que pretendo no es legislar, sino dar una pauta a la generación de leyes y una forma de resolver en los tribunales de manera pronta, expedita y sin tantos problemas por el conflicto, esto mientras el

órgano legislativo plantee un nuevo proyecto de ley que contemple en su totalidad las prácticas de reproducción asistida y no se limitan a un artículo al tratar de la inseminación con el consentimiento de los cónyuges si no que esto trascienda en todo el ámbito familiar, para poder tener una certeza jurídica y no estar desprotegidos de la ley por falta de legislación.

Respecto al perjuicio psicológico que puede padecer el hijo, el autor establece puntos de conexión con la figura de la adopción:

- Respecto al Código Civil en mención, el artículo 180.4 establece: “La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción” con lo que el adoptado puede conocer su origen sin que esto afecte a la relación paterno-filial establecida entre éste y los adoptantes.
- Respecto a la Ley del registro Civil, el artículo 22 permite al adoptado mayor de edad obtener certificación del registro, sin requerir para ello autorización, que es una fan especial. No obstante el artículo 167 del Reglamento del Registro Civil, previene en relación con el parte de nacimiento que remite el personal sanitario, que en éste no se referirá la madre contra su voluntad, figurando entonces como de madre desconocida, esta medida será promovida por el jefe del establecimiento o funcionario que conozca el hecho del nacimiento, artículo 24 y 43 lrc).

Esta Sentencia provocó que el Ministerio de Justicia dictara la Orden 10 de noviembre de 1999 sobre cuestionario para la declaración de nacimiento del registro Civil, acatando su doctrina.

Respecto a la Sentencia que nos ocupa, los ocurrentes alegaban la inconstitucionalidad de la Ley al tener un carácter vulnerador de la garantía constitucional de la familia, pues al hablar tanto de la pareja humana como de la mujer sola, posibilita el anonimato del padre biológico donante, y bien es verdad que junto a la paternidad biológica tenemos la legal, como la adopción, en ésta se trata de proteger el interés del hijo y con la Ley de

Técnicas de Reproducción Asistida sólo se busca prohibir la investigación de la paternidad, tratando de salvaguardar intereses de las personas que intervienen en las actuaciones medicobiológicas de la reproducción asistida, pero que impiden el ejercicio de derechos básicos del hijo.

El abogado del estado, en su escrito de alegaciones que resumen el texto de la sentencia, la analiza como centro de un complejo conflicto de intereses: por un lado, el derecho de la persona a conocer su propia filiación biológica o sanguínea que algunos autores consideran como un derecho fundamental vinculado a la inviolabilidad de la persona; de otro el derecho a la intimidad personal o familiar que corresponde a los padres jurídicos y a la protección que el Estado debe de dispensar a la estabilidad de las relaciones familiares; en fin, el derecho a la intimidad del donante. La solución legal, a juicio del abogado del estado, responde a criterios de razonabilidad en este conflicto de intereses. Continúa el abogado del estado reprochando al escrito de alegaciones su olvido de que las nuevas técnicas reproductivas abocan a la separación de los conceptos de padre y de progenitor, separación que no es tampoco una novedad en el ordenamiento. Del artículo 39CE, se afirma, no cabría deducir una serie de responsabilidades derivada de la titularidad del gameto, pues basta tener en cuenta la nula relevancia de la voluntad del donante y la intercambiabilidad y aleatoriedad del material genético, como demuestra la dicción del artículo 6.5 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (no recurrido y que somete la elección del donante, bajo ciertas condiciones, a la responsabilidad del equipo médico interviniente), así como la del artículo 5.7 tampoco objeto de impugnación.

El Tribunal Constitucional en el F.15 desarrolla su postura respecto al tema de la pretendida incompatibilidad del artículo 5.5 de la LTRA: "La donación será anónima" con lo dispuesto en el artículo 39.2 CE "Ley Posibilitará la investigación de la Paternidad" de la siguiente manera:

La Constitución ordena al legislador que "posibilite" la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicional de los ciudadanos que tengan por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de las causas justificativas que lo desaconsejen, de la

identidad de su progenitor. Pues bien, desde esta perspectiva, la Ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucionalidad, por infringir lo dispuesto en el artículo 39.2 CE, en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad.

No es éste el caso de la previsión, contenido en el artículo 5.5 de la Ley 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos. Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico propio, comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quién es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en el ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del artículo 39.2 de la Constitución.

Habida cuenta de lo expuesto, hemos de rechazar la alegada inconstitucionalidad del artículo 5, apartado 5 de la Ley impugnada. Ha de señalarse, en primer término que el anónimo de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el mismo precepto dispone que de manera excepcional, "en circunstancias extraordinarias" que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Asimismo, el mencionado precepto legal atribuye a los hijos nacidos mediante técnicas de reproductoras artificiales, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad. Lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor. No puede afirmarse, por ello, que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos.

Por otra parte los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carece de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de

cohonestar la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistidas, debe nuevamente recordarse, a fines terapéuticos y combatir la esterilidad humana artificial, en tanto situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones, desde culturales y éticas y hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación, puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo.<sup>16</sup>

El Tribunal Constitucional declara que: “la Ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional por infringir lo dispuesto en el artículo 39.2 CE, en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad” y según el Tribunal Constitucional existen tres motivos que justifican la restricción de la investigación de la paternidad en este caso:

1. La finalidad que pretende la investigación de la paternidad:

se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quién es progenitor artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación en el ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa en lo dispuesto en el último inciso el artículo 39.2 CE.

2. La protección de la identidad del donante no implica una desprotección de los hijos en la medida en que la ley determina el anonimato del donante con carácter relativo, pues

<sup>16</sup> FUENTE VILLA, Julián Buitrón, *op. cit.*, pp. 50-52.

el anonimato de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues, de manera excepcional, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá relevarse la identidad del donante.

Y también permite a los hijos obtener información general de los donantes, excepción hecha de su identidad lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor. No puede afirmarse, por ello que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos, con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos.

También encuentra fundamento en la protección en el derecho a la intimidad de los donantes: "...el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso de estas técnicas de reproducción humana artificial".

Estudiando comparativamente el artículo 8-3 Ley de Técnicas de Reproducción Asistida y el artículo 38, 2 y 3 CE, observamos que del artículo 8-3 Ley de Técnicas de Reproducción Asistida se desprende que en caso de llegar a conocerse la identidad del donante, ello no implicará en ningún caso la determinación de la filiación, con lo que el donante no tendría ninguna vinculación jurídica con el hijo, no aplicándosele el artículo 39-3 CE y dejando por tanto su justificación aparente sobre el derecho a la investigación de la paternidad del artículo 39-2 CE.

Pero estudios recientes en el campo de la genética humana, muestran que la herencia biológica contribuye al menos tanto como la crianza a conformar los rasgos psíquicos de la persona y no sólo sus rasgos físicos. En tales condiciones el anonimato del donante implica una fuerte restricción para el libre desarrollo de la personalidad del hijo en un plano estrictamente jurídico entendiendo que el anonimato del donante es una construcción *ad hoc* que trata de salvaguardar intereses de las personas que intervienen en las actuaciones medico-biológicas de la reproducción asistida pero que

impiden el ejercicio de derechos básicos del hijo, entre los mismos, el derecho a conocer su origen.

El Tribunal Constitucional dice que el anonimato del donante de gametos no produce una "desprotección" de los hijos; sin embargo, si podría tener consecuencias perjudiciales para ellos y lo que este anonimato pretendería sería proteger el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida más que a los hijos, haciendo prevalecer el artículo 44.2 CE que habla de la promoción de la investigación científica y técnica en beneficio del interés general, por encima del artículo 39 CE, que estamos analizando, y del artículo 20 CE que establece la protección a la juventud y a la infancia.

Asimismo, la conclusión a la que llega la sentencia del Tribunal Constitucional debe ser criticada, puesto que si la protección de la identidad del donante sólo cede en supuestos de comprobado peligro para la vida del hijo, ello implica una atentado al derecho y la integridad física del hijo, que necesita llegar a una situación de peligro de muerte para poder destruir la protección de la identidad del donante. Ello confrontaría con el artículo 15 CE y con el artículo 43 CE que reconoce el derecho a la salud. Se pondera el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud frente al derecho a la intimidad, lo que no es constitucional.

El Tribunal Constitucional ha dejado abierta la puerta no sólo a un cambio legislativo sino a posibles correcciones por parte de la jurisprudencia civil de la figura del donante, que pueden posteriormente dar paso al derecho del hijo a conocer su origen, incluida la identidad del progenitor biológico.

Así tenemos la STS, Sala de lo Civil No. 776/1999 del 21 de septiembre que en un caso de reclamación de maternidad por vulneración del artículo 177.2 del Código Civil, se refiere en su F.1 a: "... el Derecho de la menor a conocer al menos a su progenitora que establece, como principio, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990 (artículo 7)" y en el F.5 se señala que "... las investigaciones científicas tienden, en la actualidad, a poner de relieve las interrogaciones biológicas

que se pretenden de los antecedentes genéticos y su influencia, de manera de que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética”.

El hijo nacido de la inseminación artificial, no podrá hacer valer el derecho que tiene a conocer sus orígenes genéticos ejercitando la acción de reclamación de filiación que regula la legislación ordinaria, pues el niño ya tiene padre ante la sociedad y el Derecho, es decir, el varón que decidió su nacimiento (de acuerdo con la madre) y dio con ese fin su consentimiento ejercitando la acción de reclamación de filiación que regula la legislación ordinaria.

¿Quiere decir esto que el hijo no tiene oportunidad para hacer valer ante los tribunales el derecho a conocer su ascendencia biológica? Pienso que el derecho al conocimiento de la verdadera filiación debe considerarse como uno de esos “derechos inviolables” a los que alude el artículo 10 CE (porque enaltece la dignidad humana y contribuye al libre desarrollo de la personalidad) y no debe ser vulnerado por lo establecido en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. Por esta razón, creo que debe permitirse que el hijo averigüe a quién pertenece parte de la herencia genética que recibió, sin que ello implique establecer una relación jurídica, pues el donante debe quedar siempre desligado jurídicamente del ser que nazca.

En este caso es importante destacar que se puede hacer valer el derecho de identidad siempre y cuando existan causas para que ello suceda, como por ejemplo que esté en riesgo la vida del donante del material genético o que el hijo biológico esté en el mismo supuesto, más no como simple capricho de descubrir la identidad del padre biológico, ya que esto traería consigo consecuencias jurídicas que ocasionarían un daño psicológico entre las partes, dejando así una inseguridad jurídica, si se decide reclamar la paternidad ante un juez de lo familiar. Entonces me pregunto, ¿será necesario esto?, es decir, ¿es necesario el reconocimiento de la identidad del donador?, en este caso debería de legislarse con miras a que queden protegidos los derechos y obligaciones de las partes en un contrato de donación civil de donación de gametos, sin que se pueda reclamar la paternidad del dona-

dor, tener derecho a la revelación de la identidad en casos muy específicos, como cuando esté en riesgo la vida de ambos, o que se necesite la donación de un órgano que pueda ser vital, por ejemplo un trasplante de médula ósea, y no por un simple capricho que pudiera repercutir en un daño psicológico y legal para los padres que tienen el derecho legítimo.

Es cierto que el anonimato del donante deja de ser una regla del juego, mas creo que los argumentos invocados para excluirlo tienen mejor fundamento que los que se pueden alegar a su favor.

Ni el legislador al elaborar el artículo 39.2 CE ni el legislador ordinario al redactar los artículos relativos a la filiación, pensaron en la reproducción asistida, siendo que la finalidad de la acción de reclamación de paternidad regula la de determinar jurídicamente la relación paterno-filial y que se produzcan los efectos a la misma vinculados, efectos que precisamente se rechazan *a priori*.

En este supuesto, lo que se trata de averiguar es únicamente el origen genético o ascendencia biológica del hijo procreado mediante reproducción asistida. A pesar del vacío legal que existe sobre esta cuestión, el derecho al conocimiento de la verdadera filiación (conforme a la tesis defendida en este trabajo) es un derecho inviolable de la persona (a pesar de no estar tipificado ni regulado por Ley ordinaria halla protección legal al más alto nivel en el artículo 10.1 CE). Puede hacerse valer ante los Tribunales con total independencia de la acción de reclamación de filiación y su régimen jurídico. Por eso, creo que en la actualidad sólo será posible la validación de este importante derecho mediante el ejercicio de una acción declarativa atípica *ad hoc*, que debe admitirse al amparo de los artículos 10.1, 15 y 24 CE.

Lo más conveniente sería que se regulara una acción que respondiera a la exclusiva finalidad de investigar la reacción puramente biológica (que no implica paternidad en sentido jurídico y social) existen entre el donante y el hijo, salvando así las dudas y la inseguridad que la ausencia de regulación legal trae consigo, mientras que la revelación de la identidad del donante sea en casos muy específicos y necesarios.

A mi parecer sería viable conceder al hijo, al directamente interesado, el derecho a conocer su origen genético e identidad de aquel a quien debe muchas de las características físicas o psíquicas que marcan su personalidad, siempre y cuando esté en una edad en la que tenga capacidad jurídica para decidir y esté conciente de las repercusiones que pueda tener esta revelación, aunque también interviene el arbitrio de la clínica que realizó el procedimiento, con la que se debió realizar un contrato de prestación de servicios profesionales en el que quede establecido o no el que se revele o no la identidad del donante. No ahondaremos más en el particular, lo importante es que la persona nacida a través de la inseminación tenga capacidad jurídica para asimilar los derechos y obligaciones que podrían resultar si se llegara a reclamar su paternidad.

Considero, por el contrario, que al donante de semen no se le debería de conferir la legitimación para intentar dicha acción, porque se limitó a donar gametos, y al hacerlo sabía las condiciones en que lo hacía (gratuidad, imposibilidad de conocer al niño y de establecer una relación jurídica con él, etcétera).

Además, el averiguar quién fue engendrado gracias a su aportación no influye en su desarrollo físico ni psíquico.<sup>17</sup>

## 4.2 Encuadre jurídico

Como vimos, en la descripción de los procesos de fertilización asistida, en especial, en el tratamiento de fecundación *in vitro*, pueden participar varias personas, afectando en este modo o complicando el panorama a la hora de echar un poco de luz a la temática que nos convoca, que es el derecho a la paternidad y a su maternidad y el derecho a ser reconocido por una institución jurídica.

<sup>17</sup> CARCABA FERNÁNDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por la nuevas técnicas de Reproducción humana*, Barcelona, Ed. Bosch, 1995, p. 124-286.

Vimos que no son procesos en donde participan sólo dos personas, pueden participar hasta 7.

Debido a que la madre no siempre cuenta con los óvulos en estado óptimo, muchas veces es necesario que se inyecten los mismos a causa de distintas deficiencias. Lo que se inyecta es el ADN mitocondrial. Participando entonces dos madres genéticas en la gestación de este niño. Una mujer es la que aporta el óvulo (madre genética), y otra que participa en el enriquecimiento del óvulo de la otra mujer, con lo cual habría dos madres genéticas.

Además está la madre biológica, que es aquella que lo lleva en el vientre durante los nueve meses de embarazo. Es la que lo trae al mundo, la que da a luz, llamada madre biológica, gestante o sustituta.

Por último podemos encontrar a la madre adoptiva, que es aquella que lo cria, lo acompaña a lo largo del crecimiento y lo integra a su familia, es muchas veces la que puso en marcha todo este proceso anteriormente descrito, en caso de tener alguna deficiencia. Es también conocida como madre procreante, por tener la voluntad de procrear.

Otro tanto ocurre con los padres, ya que la fecundación puede ser hecha con espermatozoides del papá biológico genético, quien en realidad lo cria y en definitiva asume social y legalmente este rol o, puede ser hecha por un dador que puede ser anónimo o conocido. También existe la presunción del marido de la madre gestante, a quien se le atribuye la paternidad por la presunción legal, por lo que vemos hay tres posibles padres.

Estas son cuestiones que no están reguladas y como no están prohibidas, se entiende que están permitidas. Así que la realidad legal deberá ser adaptada en el menor lapso posible para no dejar afuera del sistema estas nuevas situaciones.

Es indiscutible que toda persona tiene un padre y una madre, mas allá de los avances científicos que haya, pero habrá filiación siempre que ese vínculo biológico haya sido reflejado en el plano jurídico. La filiación es el vínculo que una persona tiene con el padre que lo engendró y la mujer que lo alumbró (hecho biológico), aunque puede suceder que el vínculo legal no coincida con el hecho biológico.

Aparecen otra vez las mismas cuestiones acerca de la paternidad del concebido, sobre cuál de éstos es el padre, sobre si el producto de la concepción tiene derecho a conocer la identidad del dador de semen o hay que preservar la identidad de este último (que en su momento fue garantizada) y cual de estas cuatro "madres" es la que realmente le "corresponde".

Estas son preguntas que no encuentran respuesta en la legislación actual, podríamos dar algunas respuestas desde lo ético, religioso, moral o social e incluso económico, pero no es el tema que nos convoca.

También surgen otras preguntas como consecuencia de las anteriores, y se basan en qué hacer con las presunciones establecidas acerca de la filiación de estos niños, recordando siempre que el estado de familia es de orden público, por tanto indisponible para autonomía de la voluntad de las partes. Hay que garantizar el derecho tanto a saber como a no hacerlo.

Hay distintas presunciones tales como la que establece que la maternidad quedará establecida con la prueba del nacimiento y de la identidad del nacido. Habría aquí que variar esta presunción porque se trata de casos de reproducción asistida. En este caso se está emplazando una relación materno-filial con independencia de la voluntad de ella para hacerlo (atribución legal de maternidad).

Los casos que nos competen se complican, pues hoy ya no rige más el precepto romano que establecía que la madre era siempre cierta, pues como expusimos, pueden participar hasta cuatro madres en el proceso de gestación.

En cuanto a la determinación de la paternidad, la cuestión se complica un poco más ya que introduce plazos que corren desde la época del nacimiento. La presunción rige desde la celebración del matrimonio y hasta 300 días posteriores a la presentación de la demanda de divorcio y como vimos, el marido de la madre gestante nada tiene que ver con ese hijo.

Para hacer valer las acciones de filiación se desarrollará en un proceso judicial en el cual tanto actor como demandado presentarán las pruebas, no bastando por ejemplo la negativa del vínculo filial. Lo que está en juego es el verdadero emplazamiento en un determinado estado de familia.

Todas las partes deben colaborar para establecer el vínculo, ya que además del interés está inmiscuido el interés público. El juez podría deducir una fuerte presunción de paternidad o maternidad de aquella parte que no colabora injustificadamente o entorpece la labor legal, tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño al igual que el artículo 4to de la Ley 23.511 de creación del Banco Nacional de Datos Genéticos, que tiene la finalidad de obtener y almacenar datos para facilitar el esclarecimiento de la filiación.

No quiero dejar de lado el tema de la desigualdad presente en este trabajo, ya que como todos sabemos es una posibilidad a la que pocos acceden. Este tipo de tratamientos sólo están al alcance de aquellos que tienen una capacidad adquisitiva importante. Pero posteriormente podrán hacer uso de estos procesos la mayoría de las personas, basta que se implementen en el sector salud, como sucedió con las pastillas anticonceptivas de emergencia, que mucho ha criticado la iglesia católica.

Estos temas o conflictos recién comienzan a ventilar la necesidad de crear una legislación que además de lograr esa igualdad a la que la Constitución Nacional hace referencia, brinde una regulación legal al tema de la filiación.

En algunos casos podrían llegar a la conclusión con las pruebas a las que se refiere el art. 253 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, y descubrir que a quien se consideraba el padre en realidad no lo es, o mejor dicho, no coincide su realidad social o legal con la realidad genética (esto es extensivo a la madre también).

En esos casos podría existir la posibilidad de impugnar la paternidad y hasta perseguir la paternidad del donante de gametos. Tampoco está determinado el modo de establecer la relación filial de un óvulo del que puede nacer eventualmente uno, dos, o más o ninguna persona. Esta situación no tiene resolución en el cuerpo normativo, ni está contemplada, lo que es lógico, ya que nadie imaginaba los avances científicos ni las técnicas que hoy se están utilizando.

Estas situaciones requieren un encuadre legal de modo urgente, destinado a proporcionar soluciones y no crear nuevos conflictos.

Desde el punto de vista jurídico se debería poner un poco de luz sobre las relaciones filiatorias, los derechos y obligaciones de todos los participantes del procedimiento, las consecuencias en las relaciones de familia y las consecuencias patrimoniales, evitando todo tipo de incompatibilidades.

Desde el punto de vista médico, determinar claramente las responsabilidades del mismo como profesional, dejando bien claro el respeto a la vida, a la dignidad humana, sobre el tratamiento de las células reproductivas considerando que son vida humana, obligándolos a diferenciarlas de los otros tejidos orgánicos.

La ley no prohíbe el acceso a estas técnicas entonces quien no esté de acuerdo y no quiera, puede no usarlas, pero darles siempre el derecho de elección, y quien las necesite y las quiera, no tenga obstáculos en la voluntad del poder.

Además, no hay que olvidarse de que en la última reforma constitucional de 1994, se receptó la Convención de los Derechos del Niño, que lo considera tal desde el momento de la concepción dentro o fuera del seno materno.

Es importante referirnos al Artículo 22 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, que señala que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, es protegido por la ley y se tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código, es decir, establece que la vida comienza desde la concepción en el seno materno y antes de su nacimiento pueden adquirir derechos, los que estarán condicionados a la existencia de esta persona, o mejor dicho a que ésta al momento del nacimiento sea separado de su madre, y pueda respirar por sí mismo aunque sea por unos instantes, esto para declararlo como vivo.

Ahora bien, como señala el Artículo 54 del referido cuerpo normativo, las declaraciones de nacimiento se harán presentando al niño ante el Juez del Registro Civil en su oficina o en el lugar en el que aquél hubiera nacido, acompañado del certificado de nacimiento. El certificado del nacimiento deberá ser suscrito por médico autorizado para el ejercicio de su profesión, o por persona

que haya asistido el parto, en el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud del Distrito Federal, el cual contendrá los datos que establezca el Reglamento del Registro Civil. Dicho certificado hace prueba del día, hora y lugar del nacimiento, sexo del nacido y de la maternidad.<sup>18</sup>

Es decir, con este artículo podemos establecer la relación de filiación en relación del menor con la madre, ya que hace prueba de la maternidad por lo que es necesario ampliar nuestra legislación en relación a las técnicas de fertilización asistida. Pero bueno, al momento de presentarse al menor ante el Registro Civil como hijo legítimo se establece un vínculo de filiación y de reconocimiento de la maternidad y de la paternidad como tal, ya que el Reglamento del Registro Civil no toma en consideración a la madre cierta, es decir a la madre biológica sino más bien a las personas que se presentan para su registro, por lo que no habría ningún problema al registrar a un menor nacido por las técnicas de fecundación asistida y por tanto se considerará como se señaló, hijo legítimo.

Ahora bien, veremos lo que señala el Reglamento del Registro Civil en estos caso al momento de establecer los requisitos para las Actas de Nacimiento, en su Artículo 46 establece:

Para la autorización de las cartas relativas al registro de nacimientos que se realicen dentro de los seis meses (si no se trata de registro extemporáneo de nacimiento) siguientes al alumbramiento, los interesados deberán presentar:

- I. Solicitud de registro debidamente requisitada;
- II. El menor a registrar, por conducto de su padre y madre, o cualquiera de ellos, a falta de éstos, los abuelos y demás ascendientes en línea recta, los hermanos o los tíos;
- III. Certificado de Nacimiento en el formato que al efecto expida la Secretaría de Salud del Distrito Federal de conformidad con este Reglamento, que con-

<sup>18</sup> *Código Civil vigente para el Distrito Federal*, Ediciones Fiscales ISEF. S.A., México, 2005.

tenga el nombre completo de la madre; huella plantar del recién nacido, sexo del menor, así como huella digital del pulgar y firma de la madre; fecha y hora del nacimiento; domicilio en que ocurrió y sello de la institución pública, privada o social del Sector Salud; nombre y firma del médico, así como número de cédula profesional de éste.

Lo anterior sin perjuicio de los demás requisitos solicitados en el Código y demás normas aplicables.

Para los efectos del artículo 75 del Código Civil, se efectúa la obligación de estampar la huella digital en el acta de nacimiento del menor fallecido.

En todos los casos en que se presente el certificado de nacimiento, éste hará prueba plena del día, hora y lugar en que ocurrió el nacimiento, del sexo del recién nacido y de la identidad de su muerte.

En su caso, constancia de parto que contenga el nombre y firma del médico cirujano o partera debidamente registrada ante la Secretaría de Salud que haya asistido el alumbramiento; lugar, fecha y hora de nacimiento; y nombre completo de la madre.

Cuando no exista el certificado o la constancia antes señalada, o por causa de fuerza mayor no se tuvieran, el declarante deberá de presentar ante el Juez del Registro Civil denuncia de hechos realizada por la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, en la que se haga constar la razón de la falta de documentos y las circunstancias en que ocurrió el nacimiento. Dicha denuncia se anexará al expediente;

IV. Copia certificada del Acta de Matrimonio de los padres; en caso de no ser casados, deberán de presentar sus Actas de Nacimiento para el efecto de que se haga constar la filiación de ambos en el acta del registrado;

V. Identificación oficial de los presentantes.

VI. Derogada.

VII Comprobantes del domicilio del declarado por el o los presentantes del menor a registrar (*Código Civil vigente para el Distrito Federal, op. cit.*).

Al analizar como se puede establecer la filiación, nos encontramos con que falta legislación en relación a la inseminación artificial asistida y como señala un principio de derecho: "Lo que no está prohibido está permitido".

aquí no se prohíbe nada en relación a nuestro tema y la legislación da pauta a que podamos registrar un menor sin mayor problema, entonces al ser reconocido como hijo legítimo, se está estableciendo la filiación del mismo.

La ley también establece una serie de presunciones acerca de la seguridad o duda sembrada, si nació o no con vida (artículo 75 del cuerpo legal invocado).

Aun cuando la concepción se produce fuera del seno materno con el método de fertilización asistida, no hay duda que desde su concepción existe vida humana.

¿Cómo se resolvería el tema de la fertilización asistida en cuanto al reconocimiento de los hijos?, ¿qué consecuencias jurídicas tendría la muerte de esa persona por nacer al momento de ser separado de la madre?, ¿tendría derechos sucesorios, por ejemplo, al establecerse la filiación?, y si la respuesta es no, entonces, no se aplica la igualdad a la que se refiere la Constitución Nacional, ya que la persona por nacer, si no dio señales de vida, es considerada como que nunca existió.

Con respecto a las repercusiones patrimoniales que esto puede conllevar, más que una solución se me ocurren distintas preguntas sobre el tema. Tenemos claro que el patrimonio se transmite al instante de la muerte del causante, recordemos también que la capacidad para adquirir la sucesión se da desde el momento de la muerte. En esos casos, ¿qué pasa con los óvulos congelados con gametos del muerto?

Señalemos las incapacidades para suceder: una de ellas es que aquél que no está concebido o estándolo naciere muerto; tampoco podrá suceder aquella persona que no hubiere reconocido voluntariamente a su hijo o no le haya prestado los deberes de asistencia derivados de la patria potestad establecidos en el artículo 416 del Código Civil vigente (*Código Civil vigente para el Distrito Federal, op. cit.*).

Es una tarea complicada definir cuando puede considerarse a una persona como tal, ya que existen muchas versiones, ámbitos y enfoques diferentes. Para el Derecho Canónico se es persona desde el momento del bautismo, y como sabemos no se trata de tiempo bien establecido; el Código Civil

establece que se es persona desde que presenta signos característicos de humanidad y por tanto se le debe proteger y garantizar todos los derechos personalísimos, tales como el derecho a la vida, a la dignidad, a la identidad, a que se respete su vida, incluso en sus condición de gameto, para que no se realicen manipulaciones genéticas, ni experimentos o se les congele para darles un uso posterior. De ese modo parecía que estuviéramos hablando más que de una persona de una cosa.

Conocemos la diferencia entre un embrión, un gameto y una persona, no se pretende hacer una clasificación de los embriones, a lo que nos referimos es que éstos pueden ser protegidos, sin necesidad de ser declarado persona, pero para que esto ocurra es necesaria una reforma legal importante y rápida, en la que se garantice a los nacidos por estas técnicas la certeza sobre su filiación.

A los pacientes asegurarles seriedad científica y ética en los centros científicos autorizados para aplicar las técnicas que se enuncian y obviamente dar una cobertura igualitaria que evite discriminaciones reproductivas dependientes del nivel económico de los padres.

Pero nunca se deja de enunciar el derecho que tiene ese hijo a conocer su verdadera identidad y de hecho dárselo a conocer es un deber de los padres.

Como se ha desarrollado a lo largo del estudio, vemos que la medicina avanzó mucho y el Derecho no ha acompañado ese avance, dejando grandes lagunas, y más de una cuestión sin resolver, cómo desde cuando empieza la vida en los casos de fertilización asistida, desde cuándo se considera persona, o cuándo se empieza a tutelar los derechos de esa persona por nacer.

Es importante que los cambios médico-científicos vayan acompañados de una legislación que los regule para no caer en ridículos jurídicos como que el embrión tenga más derechos que una persona al momento de nacer y respirar por sus propios pulmones, o muere el que se considera que nunca existió. Como sabemos, las consecuencias filiatorias y patrimoniales son otras, si nunca existió no hay derechos filiatorios y en consecuencia sucesorios, ni de éste hacia los padres, ni estos últimos tienen derecho a sucederlo.

Otro gran desafío es resolver qué pasa con el derecho que tenemos todos los seres humanos a conocer nuestra verdadera identidad, a la identidad genética, cómo se resuelve este conflicto, quién de las cuatro mujeres que intervienen es la madre, y cuál de ellas es la que tendrá los derechos y las obligaciones a su reconocimiento, a la filiación que el Código Civil establece.

Como vemos, estos avances científicos además de traer nuevas técnicas para esclarecer o permitir mayor seguridad en los procedimientos utilizados para determinar genéticamente los grados de parentesco, provocan una revolución en determinados conceptos que en un momento parecían inamovibles, pero que hoy se encuentran en la mira de todos para poder adaptarlos a la realidad que nos toca vivir.

Habría que reconocerle determinados derechos al embrión, desde el momento en que los gametos se unieran, tales como los personalísimos derechos a la vida, al honor, a la identidad, a la dignidad, etcétera.

El desajuste entre hecho y derecho impone la necesidad de sancionar leyes especiales que regulen las nuevas técnicas de reproducción asistida. Mientras tanto, es necesario efectuar una interpretación armónica e histórica de nuestro ordenamiento jurídico, hemos de concluir que, en nuestra legislación civil, el comienzo de la existencia biológica (entendida como la fusión de las células germinales) coincide con el comienzo de la existencia de la personalidad jurídica, sin importar que la fecundación se haya producido en forma natural o *in vitro*. Para la Ley Civil Argentina se es persona desde la concepción (art. 70 C. Civil). Para esto es necesario remitimos al artículo 51 del código, que establece que es persona todo aquel que presente signos característicos de ser humano; en el artículo 52 se establece que son entes capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones (tales como el derecho a la identidad, a la dignidad, y algún derecho patrimonial también). Sin embargo, esto contrarresta con el artículo 54 que establece que son incapaces absolutos las personas por nacer, entre otros de esa misma sección. En el artículo 63 se crea la figura de la persona por nacer e introduce una herramienta muy importante para el tratamiento del caso.

Si realizamos una interpretación estricta del texto, llegaremos a una conclusión poco acertada, debido a que no quedarían protegidos o mejor dicho, no se consideraría en un mismo momento la concepción y la personalidad de un ser concebido *in vitro*.

Tales técnicas biomédicas ya no se presentan sólo como una alternativa a la esterilidad humana, pues con ellas el hombre ha adquirido el poder de controlar su propia evolución genética e influir sobre ella, modificándola. Con ello las técnicas de reproducción asistida han permitido disponer de óvulos desde el momento en que son fecundados *in vitro*, posibilitando su manipulación con los más diversos fines (experimentación e investigación, ingeniería genética, etcétera).

Hay que recordar que el estado de familia es de orden público, por lo que no queda a discreción de las partes reconocerlo o buscar el emplazamiento o la impugnación de un vínculo legal que no coincide con el biológico. Hay que mencionar que como consecuencia de dicho emplazamiento surgen responsabilidades tales como las enunciadas en la figura de la filiación y luego surgen obligaciones para los hijos con respecto a los padres.

Al mencionar que no es discreción de los padres lograr el emplazamiento, se busca dar la idea de que los padres sí tienen la obligación de reconocer y no la potestad de hacerlo, esto dado por las obligaciones que surgen además de la necesidad de hacer coincidir el vínculo biológico con el legal.

En lo que respecta a las sucesiones o a los efectos patrimoniales, no hay que olvidarse de la naturaleza de dicho instituto. Con lo cual suceden los padres a los hijos o viceversa, con la finalidad de continuar la labor del otro, y en su caso satisfacer las deudas que hubiere dejado o gozar de los créditos. Lo mismo en cuanto a los alimentos, los padres legales están obligados a dárselo a los hijos y los mismos éstos a ellos, como unas obligaciones mutuas de ayuda y asistencia que son los problemas que se establecen al existir un vínculo filiatorio.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> SAVATER, Fernando, *Ética para Amador*, Ed. Ariel, México 2000, p. 50.

### 4.3 Denominación del contrato de donación de gametos

La denominación más adecuada de la propuesta establecida en el presente trabajo debe ser *Contrato Civil de Donación de Gametos*.

Su naturaleza jurídica puede ser la siguiente: en primer término debe ser un contrato formal, es decir, expreso, o mejor dicho debe hacerse por escrito, es bilateral, puede ser oneroso generalmente o en su caso gratuito, irrevocable por la filiación que se genera ya que al nacer se da la paternidad, la maternidad y otros derechos, entonces ya tenemos una relación jurídica familiar que se encuadra en el Derecho Familiar, es imposible volver atrás por las situaciones que se generan; también es un contrato de tracto sucesivo porque no se consume en el momento mismo de su realización, sino que tiene consecuencias posteriores, está vigente todo el tiempo que esta situación pertenezca o subsista; es *intuitu personae* porque se escoge la calidad de las personas para su celebración, y además puede ser plurilateral, por que aparte de la pareja, intervienen otras personas, por ejemplo un médico especialista en reproducción o la mujer que "presta" el vientre ajena al matrimonio civil.

Ahora bien, ¿quiénes interviene en un contrato de esta naturaleza?

1. ¿Quién es el padre?, ¿el que donó el semen o el que forma parte de la pareja? (al decir pareja hablo de matrimonio civil.)
2. ¿Quién es la madre?, ¿la que donó el óvulo o la gestante que forma parte de la pareja?

Al hacer estas interrogantes señalaremos quiénes son las partes que intervienen en el Contrato Civil de Gestación o Contrato Civil de Maternidad Sustituta:

- a) Una de las partes es el padre biológico, que dio el consentimiento para que se realizara la donación de su gameto.
- b) El padre legal, el que al ser estéril permitió que su pareja fuera inseminada con el gameto del donante.

- c) Otra de las partes, es la madre biológica, la que hizo la donación del gameto.
- d) La madre gestante legal, a la que se le implantó el gameto de la donante para que éste fuera fecundado para poder procrear.

Ahora bien, para entender por qué surgen las cuatro anteriores figuras, es importante destacar que cuando en el matrimonio civil, el hombre no produce semen, es decir que es estéril, se puede recurrir a obtener semen de otro hombre, es decir extraño a la pareja, este semen de una tercera persona se inserta en el aparato reproductor femenino, hablo en este caso ya de la mujer que está casada; surge el conflicto y quisiera saber cómo un juez familiar pudiera resolver este conflicto, ¿a quién se le atribuye la paternidad en una controversia en este sentido?, ¿a aquél hombre que fue propietario de su semen, o al hombre que forma parte de la pareja?, ¿quién es considerada como madre?, ¿la madre que aporta un óvulo para que se inserte en una mujer estéril o la mujer que solicita el óvulo?, ¿a quién de las dos se le va a atribuir la maternidad?

Por tal motivo, en el contrato de donación de gametos, es importante que quede bien definida la filiación del nuevo ser para establecer los derechos y/u obligaciones de los contratantes y no dar cabida a futuras reclamaciones por parte de éstos.

Estos son los primeros supuestos que se dan al producirse de esta forma la filiación, pero cabe otro supuesto: cuando se obtuvo semen de un tercero, ¿la mujer será madre y el hombre tendrá una relación semejante a la adopción respecto al hijo?

Conforme al Código Civil vigente en el Distrito Federal, la filiación con relación a la madre resulta del solo hecho del nacimiento si la mujer es casada, y nos preguntamos ¿el marido podrá reclamar la paternidad por el solo hecho del matrimonio? Está previsto en relación a la mujer, pero en relación al hombre, o qué?, puede darse el supuesto tal y como se prevé en el artículo 374, del Código Civil vigente del Distrito Federal.

#### **4.4 Presunción de hijos de matrimonio, respecto al Código Civil de Nayarit**

De acuerdo al Código Civil, se presumen hijos de matrimonio los nacidos dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración de éste, y los nacidos trescientos días después de declarado el divorcio, declarando nulo el contrato matrimonial o de la muerte del marido.

El transmitente de células germinales no tendrá derecho de parentesco, porque al donarlos se ha desvinculado de su propiedad. Si una persona vende o dona su semen u óvulo se termina esa relación jurídica, se desvincula de su propiedad originaria, se transmite parte de su cuerpo a terceras personas, se concluye esta relación jurídica y por tanto se trata de un cuerpo ajeno, esta desvinculación jurídica produce que no se tenga derecho a la paternidad o maternidad.

La madre del gameto donado actúa por contrato y sólo será madre biológica pero no será la madre legal.

Al registrarse al hijo nacido de matrimonio en el acta correspondiente no existe posibilidad de mencionar que el hijo proviene de reproducción asistida y por tanto no se puede dejar constancia de que pudiere tener progenitores genéticos distintos de los miembros del matrimonio o de los concubinos en su caso.

Pero existe un caso de excepción, quien hubiere donado gameto masculino para utilizarse en una reproducción asistida dentro del matrimonio, solamente podrá reclamar el reconocimiento del hijo cuando el marido lo hubiese desconocido y exista sentencia ejecutoria, declarando que no es hijo del marido; esto lo prevé el artículo 374 del Código Civil vigente en el Distrito Federal (*Código Civil vigente para el Distrito Federal, op. cit.*).

Ahora bien, para tener derecho a la patria potestad, alimentos y sucesión intestamentaria es necesario tener parentesco, y en cuanto al parentesco surge un conflicto, ya que por principio no puede heredar el que no está concebido al momento del fallecimiento del autor de la herencia; sin embargo la misma ley nos da otra posibilidad, que el marido muerto sea el

padre del hijo no concebido hasta el momento de su fallecimiento. La misma posibilidad debe existir cuando el óvulo de una mujer adecuadamente conservado, después de su fallecimiento, se fecunde con semen del marido.

Sin embargo se plantea la interrogante desde el punto de vista moral, ¿puede permitirse el nacimiento de un hijo, después de fallecido el padre o la madre?. Cuando un hijo nace después de fallecido el padre, a través de la inseminación artificial, se trata de una concepción genéticamente conyugal, no se duda, pero jurídicamente extramatrimonial, porque el matrimonio termina, en este caso, con la muerte de alguno de los cónyuges.

En España por ejemplo, se permite el otorgamiento de documento para autorizar que el semen se utilice dentro de los seis meses siguientes al de la muerte para fecundar a la mujer, y propongo que en México se legisle en idéntico sentido.

Cómo resolver estos conflictos. Debe invocarse la equidad, lo que llamamos la "justicia del caso concreto", respondiendo a favor del hijo póstumo, porque como hijo tiene derecho, al igual que los demás, a disfrutar del caudal hereditario.

Si actualmente en México se presenta un conflicto sobre los temas comentados, no existe legislación aplicable.

Como opinión, los jueces debieran basarse en lo que dispone el artículo 14 constitucional en su párrafo último, y en lo que disponen los artículos 19 y 20 del Código Civil de Nayarit, y el artículo 4 del Código de Procedimientos Civiles de Nayarit. Tanto la Constitución como el Código Civil y Código de Procedimientos Civiles estatales, hablan de los principios del derecho, la constitución en este artículo y párrafo que menciona que las resoluciones en materia civil deben hacerse conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ella, de acuerdo o conforme a los principios generales del Derecho, que afortunadamente están previstos en nuestro Código Civil y de procedimientos estatales.

Los principios generales del Derecho son universales y existen en toda codificación en cualquier parte del mundo porque brindan seguridad jurídica, al garantizar la igualdad de las partes en un proceso y el debido y

formal proceso. Así, los jueces pudieran resolver las controversias que se presentan actualmente apoyados en estos principios generales o universales del Derecho.

Pero mientras no existan convenios o tratados internacionales sobre materia de técnicas de reproducción asistida, la legislación mexicana será la aplicable debido a que los derechos a la vida y a la nacionalidad son de orden público.

Sin embargo, existe la imperiosa necesidad de legislar en materia civil sobre relaciones conyugales, filiación, parentesco, alimentos y sucesiones derivados de la reproducción artificial, especialmente sobre estas dos cuestiones: ¿qué efecto se da a la filiación en la inseminación artificial?, una opción es que se considere semejante a la adopción respecto del padre o madre que no aporte gameto, otra es que, yo diría entre comillas, "institucionalmente" se le reconozca como progenitores, denominando esta situación como filiación genética. La primera opción sería criticable porque en la adopción el hijo ya nació.

Voy a permitirme comentar un poco la Ley Española, sobre las técnicas de reproducción asistida. Esta ley está vigente desde el 22 de noviembre de 1988, se denomina Ley 35/1988; y también sobre el Código Civil de ese país, se permite la inseminación artificial y nos dice: "la inseminación artificial consiste en depositar semen, en el tracto reproductor femenino".

En cuanto a las técnicas de reproducción artificial:

Artículo 1.- Las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana para facilitar la procreación cuando otras técnicas terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces.

Artículo 2.- Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia, en mujeres mayores de edad solamente y en buen estado de salud psicofísico, si las han solicitado y aceptado libre y concientemente.

En cuanto a los donantes se maneja este concepto: "la donación de gametos para las finalidades autorizadas por esta ley, es un contrato gratuito, formal y secreto, concertado entre el donante y el centro autorizado".

La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.

La donación deberá ser anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes.

El donante deberá tener más de dieciocho años y plena capacidad de actuar, además de estar en buen estado de salud psicofísico.

Las usuarias de las técnicas: toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en el presente contrato, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consiente, expresa y por escrito. Deberá tener 18 años al menos y plena capacidad de actuar.

Si estuviere casada se precisará además, el consentimiento del marido.

¿Qué dice la Ley Española en relación a los aspectos penales?

1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial, para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.
2. Para proceder por este delito, será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, cuando aquella sea menor de edad, incapaz, o tratándose de una persona desvalida, podrá denunciar el Ministerio Fiscal, lo que aquí conocemos como Ministerio Público.

Pero ni el marido, ni la mujer, cuando haya presentado su consentimiento previa y expresamente a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencias de tal fecundación; es decir, no se vale arrepentirse. El marido podrá consentir en escritura pública o hasta en testamento, que

su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento, pero anterior a la realización de dichas técnicas de reproducción artificial. Y como comentaba en principio, respecto de este tipo de inseminación no existe legislación en México.<sup>29</sup>

## 4.5 Filiación

### 4.5.1 Concepto

La filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra.

El Código Civil vigente en el Distrito Federal en su artículo 338 señala que la filiación es la relación existente entre el padre, la madre y su hijo, formando un núcleo social primario de la familia; por tanto no puede ser materia del convenio entre partes ni de transacción o de sujetarse a compromiso en árbitros.

Entonces, como se menciona, es un núcleo social primario, con esto podemos decir que el derecho se crea por una necesidad social y para la protección de un núcleo vulnerable como lo es la familia, es por eso que se determina que estos temas son de orden público y de interés social.

La filiación constituye un estado jurídico, en cambio, la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento son hechos jurídicos. El estado jurídico consiste en una situación permanente de la naturaleza o del hombre que el Derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones o sanciones que se están revocando consecuentemente, de tal manera que durante todo el tiempo

<sup>29</sup> SAVATER, Fernando, *op. cit.*, p. 50.

en que se maneja esta situación se continuarán produciendo estas consecuencias.

Por lo que se refiere a la filiación, encontramos que una situación permanente que regula el Derecho y que se origina no sólo por virtud del hecho de la procreación sino que supone otros elementos para que esta relación jurídica entre el progenitor y el hijo sea una situación estable que se manifieste a través de derechos y de obligaciones durante toda la vida del progeñitor y del hijo y que no va a desaparecer, como ocurre con ciertos estados que se extinguen o se transforman dentro del mismo sujeto.<sup>21</sup>

#### *4.5.2 Elementos constitutivos de la filiación en general*

De la definición enunciada en el apartado anterior, se constituye que los elementos constitutivos de la filiación se integran en distinta manera según se trate de establecerla respecto de la madre o en relación con el padre.

Por lo que se refiere a la maternidad, el parto es el hecho que permite conocer la filiación en forma directa o indirecta. El alumbramiento es un hecho cuya existencia se puede constatar por medio de prueba directa.

La paternidad por lo contrario, no puede ser conocida directamente en forma inmediata, porque las relaciones sexuales que hayan podido existir entre un varón y una mujer que han dado como consecuencia el nacimiento, se encuentran rodeadas de un velo impenetrable, tanto porque aquellas relaciones de las que pueda suponerse que han dado lugar al embarazo de la madre se han llevado a cabo en la intimidad, como porque sólo a través de una presunción puede afirmarse verosimilmente que el embarazo de la mujer es obra de un determinado hombre. El hecho constitutivo de la filiación paterna, es decir la fecundación de la madre, sólo puede ser conocido a través de una presunción que el Derecho establece partiendo de indicios

<sup>21</sup> SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *Los grandes cambios en el Derecho de Familia de México*. Ed. Porrúa, 2a. ed., México, 1979, p. 24-36.

ciertos que verosíblemente permiten concluir que tal varón es el autor del embarazo de la madre.

El parto es el hecho natural que por sí solo basta para establecer que una cierta mujer es la madre de una persona. El hecho del parto sirve de base para deducir, de las circunstancias que ha precedido al nacimiento, quién es el padre de aquel que ha dado a luz aquella mujer.

Es innegable que la vida del hombre, la existencia misma de la persona, está ligada quierase o no a la fecundación, la concepción, la gestación y el parto. Fenómenos de la naturaleza y a la vez hechos jurídicos implícitos en lo dispuesto en el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal.

La tecnología biológica ha venido aplicando ciertas manipulaciones para intervenir y desviar el proceso natural de la procreación. Me refiero a la inseminación y a la fecundación artificial *in vivo* o *in vitro* (para lograr lo que vulgarmente se llaman niños de probeta), a la implantación de embriones vivos, a la llamada maternidad sustituta y subrogada y a lo que se ha dado también en llamar adopción prenatal, procedimientos todos ellos reprobables desde el punto de vista moral y jurídico y también desde el punto de vista social, porque con ello se oculta la verdadera filiación consanguínea de un ser humano (paterna o materna o ambas a la vez) y con ello se perturba la base biológica de la familia consanguínea.

Después de haber probado la maternidad y la paternidad, aún no han quedado integrados todos los elementos necesarios para conocer la filiación, porque será necesario demostrar la identidad de la persona que pretende ser hijo de una cierta mujer o de un cierto hombre; es preciso comprobar que la persona que ha dado a luz aquella mujer y que ha engendrado determinado varón, es aquella cuya filiación se está tratando de conocer.

#### *4.5.3 Las diversas especies de filiación*

La filiación puede derivar de una relación de descendencia o de la voluntad declarada por la que una persona adquiere los derechos y las obligaciones

que nacen de la paternidad o de la maternidad respecto de otra persona. En el primer caso la filiación es consanguínea, en el segundo es adoptiva.

Se clasifica la filiación consanguínea en matrimonial y extramatrimonial, ya sea que exista el vínculo del matrimonio entre el padre y la madre de la persona de que se trata o, por lo contrario, que los progenitores no se encuentren ligados entre sí por el vínculo conyugal.

En nuestra antigua legislación civil (Códigos Civiles de 1870 y 1884 y Ley de Relaciones Familiares) a los hijos nacidos de dos personas unidas por el vínculo del matrimonio se les tenía como legítimos, en tanto que se designaban hijos naturales o ilegítimos a aquellos cuyo padre y cuya madre no estaban casados.

En el Código Civil vigente en el Distrito Federal se establecen diversas reglas aplicables según se trate de la filiación matrimonial o extramatrimonial, relativas a la manera conforme a la cual queda probada la filiación en uno y otro caso, pues en tanto que respecto de los hijos de matrimonio la filiación se prueba con el acta de nacimiento y con el acta de matrimonio de los padres, la filiación extramatrimonial solamente puede probarse respecto de la madre por el hecho del nacimiento y respecto del padre por un acto de voluntad (el reconocimiento) o a través de un juicio de investigación de la paternidad.

Es verdad que el Código no califica la legitimidad o ilegitimidad de los nacidos fuera del matrimonio, pero también es cierto que, desde el punto de vista de la prueba de la filiación, el legislador establece la distinción entre los hijos nacidos de matrimonio e hijos nacidos fuera de él.

#### *4.5.4 Los hijos nacidos de matrimonio*

En principio, debe considerarse hijos nacidos de matrimonio aquellos cuyo padre y madre estaban casados en el momento de la concepción.

Por tanto, la regla es que la clasificación de los hijos como hijos de matrimonio depende de que, por la fecha del nacimiento del hijo de que se

trate, se presume que fue concebido después del matrimonio de sus padres. Se presumen hijos del marido, salvo prueba en contrario, los hijos que ha dado a luz la mujer casada, durante el matrimonio.

En virtud de esta presunción, el hijo del matrimonio no tiene que probar que es su padre, por que el Código Civil presume que el embarazo de la madre es obra del matrimonio.

En este supuesto nos encontramos con lo establecido en el Código Civil vigente en el Distrito Federal, el cual señala en su artículo 326:

El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos (*Código Civil vigente para el Distrito Federal, op. cit.*).

Debe advertirse que la presunción en el artículo 324 del referido cuerpo normativo descansa en el hecho biológico comprobado por la ciencia médica, conforme al cual, el plazo mínimo de la gestación no es menor de ciento ochenta días, aun cuando conforme con los datos que ofrece la ginecología moderna, el nacimiento puede ocurrir antes de ciento ochenta días o después de los trescientos días de embarazo.

#### *4.5.5 La acción del desconocimiento de la paternidad*

Esta acción tiene como fin destruir la presunción de la paternidad del marido respecto de los hijos de la esposa que nazcan después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y antes de los trescientos días de disuelto éste o desde que se interrumpió la cohabitación de los esposos.

Esta acción sólo puede ser ejercida por el marido. Sólo en casos excepcionales previstos en la ley, los herederos del marido pueden impugnar la paternidad de hijo nacido de matrimonio que deriva de tal presunción.

En mi opinión y como resulta de lo establecido en el artículo 324 de Código Civil vigente en el Distrito Federal, podemos afirmar que la paternidad del hijo concebido a través de las técnicas de fecundación asistida puede ser impugnada cuando no existe el consentimiento por parte del marido, ya que para que pueda existir vínculo alguno y por el cual se establece, debe existir el consentimiento de ambos cónyuges, de no ser así podrá alegarse la paternidad de éste.

En este caso opino que el padre no podrá negar la paternidad cuando existió el consentimiento para que la mujer se practicara la inseminación artificial homóloga, la cual refiere que ésta se practicará con el gameto del marido y no con el de un donador, por tanto él es el padre biológico del menor, tomando en cuenta que la técnica no es natural, es decir, no existió relación sexual pero sí la concepción y el desarrollo, por lo que al existir el consentimiento expreso del marido podremos alegar la paternidad de éste.

Respecto de los hijos habidos por la mujer casada, que nacen antes de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y después de trescientos días en que cesa la vida en común, la ley no ha establecido presunción de paternidad y por tanto el marido no necesita la acción de desconocimiento. Le bastará negar que es el padre de tal hijo.

En cuanto al hijo nacido después de los trescientos días contados desde que los cónyuges dejaron de vivir juntos por nulidad de matrimonio o por divorcio, al marido le bastará negar la paternidad, aun cuando la mujer, el hijo o el tutor de éste pueda sostener en tales casos que el marido es el padre. En este caso la carga de la prueba de la paternidad recae sobre quien afirma, ya se trate de la mujer, del hijo o del tutor de éste, puesto que los hijos nacidos después de que ha transcurrido el plazo de trescientos días de la separación de los cónyuges no se presume del marido.

¿Qué pasaría si como lo señala el autor, ha transcurrido dicho plazo de la disolución o de la nulidad del matrimonio y el que era el marido da su consentimiento para que se realice la inseminación artificial?, es sencillo, se establecería en este caso un contrato civil de donación de gametos y éste no podría alegar la paternidad del menor, ya que en el contrato que más adelante se señalará, renuncia a cualquier derecho que pudiera surgir respecto a la paternidad.

Cuando en este caso no existiere el consentimiento del marido para que la mujer se realice alguna de las técnicas de reproducción asistida, éste no podrá alegar el desconocimiento de la paternidad basado en el adulterio de la mujer, siempre y cuando éste no se pueda probar, lo que si puede alegar es el desconocimiento de la paternidad por no haber dado su consentimiento para que ésta se inseminara.

En este supuesto, considero que podrá alegar el desconocimiento de la paternidad cuando no dio su consentimiento para que se practicara la inseminación artificial, por que puede ser que no se encuentre en el lugar pero que haya existido ese consentimiento, en este sentido tendrá que probar que nunca existió algún acuerdo entre las partes para que se realizara la inseminación homóloga a la mujer.

El plazo para el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad, que corresponde al marido, es de sesenta días contados desde el nacimiento si está presente, desde le día en que llegó al lugar si está ausente o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento (artículo 3330 Código Civil vigente en el Distrito Federal).

Las cuestiones relativas a la paternidad respecto del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio podrá promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación (artículo 329 del Código Civil vigente en el Distrito Federal).<sup>22</sup>

<sup>22</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, 15a. ed., Ed. Porrúa, México, 1997, pp. 23-26.

#### 4.5.6 Prueba de la filiación de los hijos de matrimonio

La filiación de hijo nacido de matrimonio quedará probada *a)* con el acta de matrimonio de los padres, y *b)* con el acta de nacimiento del hijo (artículo 340 del Código Civil en cita). Se requiere además las pruebas de la identidad del hijo, según se ha precisado en párrafos anteriores.

Las actas del Registro Civil son la prueba de dos hechos: el matrimonio de los padres y que una persona es hijo de ambos cónyuges. Por tanto, si una persona pretende que es hijo de matrimonio, su filiación sólo quedará establecida legalmente por medio de dichas actas, siempre que se compruebe que los datos que contienen estos documentos se refieren precisamente a la persona cuya filiación se trata de establecer.

Con esto podemos hacer un breve resumen de lo anteriormente establecido en cuanto a la filiación:

La filiación es la relación jurídica que existe entre dos personas de las cuales, una es la madre o el padre de la otra. La filiación consanguínea está fundada en el hecho biológico de la procreación, del cual el Derecho deriva un conjunto de relaciones jurídicas.

En los casos en los que no es posible probar de manera directa la procedencia biológica entre dos personas, la filiación se funda en una presunción jurídica.

La filiación es el punto de partida del parentesco, base del grupo familiar. Los problemas que presenta la filiación son los siguientes: *a)* ¿cuál es el criterio para establecer las diversas clases de filiación?; *b)* ¿cuáles son los medios que el Derecho admite como prueba de la filiación, y *c)* los efectos jurídicos de la filiación.

En cuanto a las técnicas de reproducción asistida, si el nacimiento es por la inseminación la filiación materna la establece el parto, el cual permite conocer con certeza esa relación biológica entre la madre y el hijo que ha dado a luz, aunque se le haya implantado un óvulo de otra mujer donadora y se le haya inseminado con el espermatozoide de un donador.

La filiación paterna sólo puede ser conocida a través de presunciones. Una vez que ha quedado probada la maternidad, un conjunto de diversas circunstancias de tiempo y lugar nos permite inferir razonablemente qué varón ha engendrado a aquella persona cuya filiación se trata de establecer.

Después de conocer que se ha producido el hecho del alumbramiento, se requiere de un tercer elemento: la prueba de la identidad de la persona que pretende ser hijo de una cierta mujer o de un cierto hombre.

Sin embargo de lo dicho, como consecuencia de la que dado en llamar ingeniería biológica, la técnica de la medicina ha venido a perturbar el sistema jurídico en cuanto a la determinación de la paternidad y la maternidad.

Actualmente por medio de la fecundación artificial (*in vivo* o *in vitro*), la implantación del embrión, la maternidad subrogada y la adopción prenatal, puede ocurrir que el padre o la madre o ambos no sean los progenitores de una persona, porque su concepción, gestación y nacimiento no tiene nada que ver con uno o con otro de las personas que se atribuyen o se ostentan como progenitores, con detrimento grave de los derechos del hijo aparente y del mismo grupo familiar a quienes pertenece, quienes se hacen aparecer como padre o madre de una persona engendrada a través de las manipulaciones que establecen los procedimientos mencionados. He aquí que es indispensable la reforma del Código Civil vigente en el Distrito Federal en el capítulo de familia en cuanto a la filiación de los hijos, ya que de ahí se derivan todos los deberes y derechos por parte de los padres.<sup>23</sup>

#### 4.5.7 Filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio

Los hijos naturales o los hijos nacidos fuera del matrimonio, son aquellos que han sido engendrados por personas que no están ligadas por vínculo matrimonial.

<sup>23</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio, *op. cit.*, pp. 638-673.

Puesto que la filiación alude a la procedencia biológica de una persona y esto es puramente un fenómeno de la naturaleza, no existe ninguna diferencia entre la filiación que se denomina en las antiguas legislaciones "legítima" (si tenía lugar dentro del matrimonio) y la filiación que se decía "ilegítima".

No obstante, la sociedad tiene necesidad de conocer y constatar la filiación o mejor, conocer al propio padre y a la propia madre de cada individuo, para distinguir las familias, repartir los derechos, extinguir deberes, transmitir la propiedad, etcétera.

Según se ha mencionado, el Código Civil vigente en el Distrito Federal, dicta que por lo que se refiere a los efectos de la filiación, no distingue entre las situaciones de los hijos nacidos dentro de matrimonio y la de los que nacen fuera de él, pues no existe diferencia alguna entre unos y otros respecto de la patria potestad, de la herencia, de la obligación alimenticia y del derecho a recibir alimentos, de los impedimentos para celebrar matrimonio, ni finalmente por lo que atañe al derecho de usar el nombre de su padre.

Sin embargo el Código Civil no pudo dejar de reconocer la necesidad de organizar la prueba de la filiación de los hijos de matrimonio y la manera de probar la filiación de los hijos naturales, un sistema distinto según se trate de unos u otros. Por lo que se refiere a los hijos de matrimonio, según se explicó, el Código Civil vigente en el Distrito Federal ha creado un sistema conforme al cual la filiación queda establecida por el hecho del parto de la esposa, de donde se deduce, sin más la paternidad del marido. Se dice por ello que la filiación matrimonial es indivisible.

En tanto hijos nacidos fuera de matrimonio, la filiación sólo queda establecida a través del reconocimiento voluntario que hace el padre o de una sentencia judicial que declare la paternidad o la maternidad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha analizado el sistema de la legislación mexicana en cuanto al establecimiento de la filiación natural en la siguiente ejecutorial:

El derecho mexicano, en cuanto al sistema de filiación natural se refiere, sigue la tradición francesa, que, como se sabe, es diferente del sistema alemán y del

inglés, dado que en este último la filiación natural se establece exclusivamente por el reconocimiento voluntario y nunca por sentencia que declare la paternidad mediante el ejercicio de la acción de investigación; el sistema alemán es un sistema abierto o de libre investigación, en que se permiten todas las vías legales para el ejercicio de esa acción, sin limitación alguna; y el francés aunque autoriza la investigación, lo hace solamente en ciertas hipótesis, limitativamente determinadas, y algunas veces restringiendo los medios de prueba y que es precisamente el nuestro.

Es necesario conocer los elementos de la filiación natural respecto de la madre, para quedar debidamente integrada deben quedar probados sucesivamente los siguientes: *a)* el parto de la madre, y *b)* la identidad del hijo.

Para probar el hecho del nacimiento son admisibles toda clase de pruebas. La prueba fehaciente del parto es el acta de nacimiento si en ella figura el nombre de la madre o el acta de reconocimiento hecho por la madre. A falta de esos elementos probatorios, por medio de la sentencia que declara la maternidad.

La identidad del hijo puede quedar establecida por medio de testigos. Empero debe tenerse presente que la huella digital de la persona que es presentada en el Registro Civil figura impresa en el acta de nacimiento.

Por lo que se refiere a la prueba de la filiación extramatrimonial paterna, en principio sólo puede quedar establecida mediante el reconocimiento voluntario del padre.

#### *4.5.8 La prueba de la filiación extramatrimonial*

*a)* El reconocimiento. La vía normal para establecer la filiación natural, tanto respecto de la madre como respecto del padre, es por medio del reconocimiento que de dicho hijo hagan cualquiera de sus progenitores o ambos, conjuntamente o sucesivamente. El reconocimiento de un hijo es el acto en que cualquiera de los progenitores o ambos declaran que una persona es hija del declarante. El reconocimiento ha de hacerse en forma solemne, es de-

cir, la declaración ha de hacerse precisamente en cualquiera de las formas que la ley señala.

La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo y está obligada a que su nombre figure en el acta de nacimiento (artículo 60 del Código Civil).

El nombre del padre no se hará constar en el acta de nacimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio si aquél no lo pide por sí o por apoderado especial, haciendo constar en todo caso la petición (artículo 60 del Código Civil).

En resumen, podemos señalar la importancia de que la paternidad y la maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio o de la madre soltera que decidió recurrir a un método de fecundación *in vitro*, sea reconocida.

Los hijos nacidos fuera del matrimonio, es decir aquellos que nacieron a través de las técnicas de fecundación asistida, tienen los mismos derechos que los hijos legítimos para ser reconocidos.

La maternidad de éstos queda establecida por el parto. La madre está obligada a que su nombre aparezca en el acta de nacimiento del hijo que ha dado a luz independientemente de la técnica de reproducción asistida que utilice.

La paternidad se establece:

- a) Por medio del reconocimiento voluntario.
- b) Por una sentencia pronunciada en el juicio de investigación de la paternidad.

En este sentido, queda abierta la posibilidad para que el donador del gameto masculino pueda ejercitar la acción de reconocimiento de la paternidad, ya que el reconocimiento puede ser por sentencia en juicio de investigación de la paternidad, considero importante se reforme en este sentido.

También se establece que se requiere del consentimiento de quien es reconocido si es mayor de edad, o del tutor si es menor de edad, pero considero que en un juicio de reconocimiento de la paternidad el que decide es el juez de lo familiar.

Los efectos del reconocimiento son: que el hijo reconocido lleve el apellido de quien lo reconoce, que sea alimentado por éste y que perciba una porción hereditaria.

En este sentido, podemos decir que es importante que se establezca si los donadores de gametos femenino o masculino pueden ejercitar esta acción, ya que si el padre biológico decide reconocer a su hijo, habrá que preguntarse si la madre quiere que suceda esto o qué repercusiones jurídicas acarrearía.

Ahora bien, el reconocimiento de la paternidad queda sin efecto cuando se realice sin el consentimiento de la madre.

El artículo 324 de la ley en cita señala lo siguiente: "se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario", en el artículo se menciona que lo serán los hijos nacidos dentro del matrimonio, se contempla un plazo para el caso de divorcio o nulidad, desde que de hecho se separen los cónyuges por orden judicial.

En este sentido se señala un plazo, estableciendo en el mismo la presunción de hijos, de trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, divorcio o muerte del marido, plazo que se considera razonable para determinar si son o no hijos de los cónyuges. Podemos decir que si se aplicara este artículo a la inseminación artificial, tendría sentido que se estableciera el mismo plazo en igualdad de circunstancia, es decir, que no se dejen desprotegidos los derechos del concebido no nacido que fue producto de la aplicación de estas técnicas, siempre y cuando exista el consentimiento del cónyuge, pero aquí se debe de establecer, como se señala en el artículo 326 párrafo II, que se haya concebido durante el matrimonio y con el consentimiento del cónyuge, situación que no podría realizarse después de muerto el marido debido a que entraríamos en incertidumbre jurídica en este tema.

Por otro lado, debería modificarse el artículo 325 del Código Civil vigente en el Distrito Federal en relación a la presunción que señalamos anteriormente, ya que en la presunción se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible o el no haber tenido relaciones sexuales en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hayan precedido al naci-

miento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudieran ofrecer.

Este tema, en cuanto a la inseminación homóloga o heteróloga, se torna demasiado complejo en algunos casos, ya que la legislación que actualmente tenemos nos da pauta a que se reclamen derechos u obligaciones derivados de la relación paterno-filial, me refiero por ejemplo al ejercicio de la patria potestad, al reconocimiento de la paternidad, derechos sucesorios, a los alimentos, etc., encontrándonos en una incertidumbre jurídica impresionante. Analicemos sólo una de las incertidumbres jurídicas que se plantean tomando como ejemplo la patria potestad y desarrollemos un pequeño juicio jurídico del por qué es necesario que el Órgano Legislativo comience a trabajar en este tema tan importante.<sup>24</sup>

#### 4.5.9 Patria potestad

Es importante señalar que la pretensión al tratar este tema del ejercicio de la patria potestad, es el derivado del que se vincula con la filiación, pero que en algunos casos deja incertidumbre jurídica ya que en nuestra legislación no se señala este caso, respondiendo a las interrogantes anteriormente planteadas, es decir, si la madre estableció un vínculo de filiación al momento de ir al Registro Civil y reconocer al menor y después el donador quiere entablar un juicio para que se le ejerza el derecho a la patria potestad, es lógico pensar que se le dará al que desde un principio ejerció algún derecho derivado de la relación de la filiación y así como se presenta este caso, sin el Código Civil vigente en el Distrito Federal no se modifica podemos encontrar no sólo con un problema derivado de la filiación, sino con demasiados espacios en la ley para ejercitar cualquier acción al respecto, como es la patria potestad, el derecho a la herencia, a los alimentos, en

<sup>24</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *La presunción de la paternidad legítima, Estudio de Derecho Comparado y Derecho Español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971, p. 57.

fin, sólo tocaremos como referencia el de la patria potestad que no es materia de este trabajo pero que nos permite experimentar otro problema naciente de la relación paterno-filial.

Comentarios a la Ley 23.264 del Código Civil de Buenos Aires Argentina.

Artículo 264. La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para la protección y formación integral, mientras sean menores de edad y que no se hayan emancipado.

En el Código Civil vigente en el Distrito Federal se contempla la pérdida, suspensión, limitación y terminación de la patria potestad el cual señala en su artículo 443:

La patria potestad se acaba:

- I. Con la muerte de quien la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II. Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III. Por la mayor edad del hijo;
- IV. Con la adopción del hijo;
- V. Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida para ser dado en adopción de conformidad con el artículo 901 Bis del Código de Procedimientos Civiles.

En este sentido, el menor concebido a través de las técnicas de reproducción asistida tiene derecho a que quien ejerce la patria potestad se responsabilice de él, pero esta responsabilidad terminará con las causas señaladas en el artículo que precede, con esto quiero decir que sin duda alguna tiene los mismos derechos que cualquier otro menor y no los limita ni coarta, el hecho de haber nacido de una inseminación artificial.

La patria potestad ha sido definida o al menos conceptualizada, desde distintas posiciones doctrinales, como la autoridad conferida por la ley de los padres sobre personas y bienes de sus hijos, como conjunto de derechos y facultades, o derechos-deberes, potestades-funciones, poderes-funciones, deberes y derechos en función social, complejo funcional de derechos y deberes.

Considero que el punto de autoridad que se utiliza en esta ley no es precisamente el que se señala en el Código Civil vigente en el Distrito Federal, sino que se utiliza como un deber de los padres de darle a su hijo educación, alimentos, etc., mas no como un ejercicio de autoridad.

Esta comparación la utilizo, con la finalidad de conocer cuál es el punto de vista de la legislación en otro país en materia de la patria potestad que surge consecuentemente de la filiación y tener un conocimiento más amplio sobre la forma en que debería reformarse el capítulo de la familia en la utilización de las técnicas de reproducción asistida, es sólo un punto comparativo.

Es evidente que el padre y la madre, y en consecuencia el vínculo paterno-filial, preceden a la norma jurídica, el orden jurídico regula bajo el nombre de patria potestad esa relación.

El legislador propicia una u otra norma reguladora de la relación paterno-filial según las distintas significaciones culturales de las funciones paternas y maternas en los distintos pueblos, culturas, tiempos y concepciones políticas. El derecho recoge la idea general que sobre la función paterna y la relación filial tiene una sociedad determinada.

A nuestro entender, la patria potestad, como noción básica, es la regulación jurídica de los deberes y derechos que se reconocen a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos menores en una sociedad determinada, y éste es también el concepto de patria potestad en la ley 23.264.

Entonces entendemos que los conceptos de patria potestad y la relación paterno-filial se encuentran estrechamente vinculados por ser una consecuencia del otro.

#### 4.5.9.1 La patria potestad compartida

Es el afecto de los padres el que todos los días provoca los actos dirigidos a lograr el pleno desarrollo del hijo, y es en beneficio del hijo que las tareas y funciones que totalizan la autoridad paterna, se reparten, se dividen, se distribuyen. Los dos progenitores son artífices de la formación integral del hijo y de su desarrollo social global.

También se beneficia el hijo por esta igual participación de sus padres en su formación, al lograr un aprendizaje en la relación paterno-filial afortunado para su futuro.

Esta solución (no podía ser de otra forma a esta altura del siglo), también reconoce la igualdad de ambos progenitores para asumir los deberes que la patria potestad importa.

El padre que no ejerce la patria potestad sigue siendo titular de la autoridad paterna por ley, sin perder su vinculación con el hijo debido a la relación que le da la filiación.

Es decir, en este punto lo que señala la ley es que la filiación vincula la relación de la paternidad con el menor, sin embargo puede ser que el padre no esté ejerciendo la patria potestad por alguna situación, aún así sigue teniendo jurídicamente la paternidad del mismo.

El inciso 4 del artículo 264 del Código Civil atribuye el ejercicio de la patria potestad al hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de los padres, al progenitor reconociente. Se configura la hipótesis de establecimiento incompleto de la filiación: el padre o la madre han reconocido al hijo.

Si se tratase de que la madre soltera se fecundara con el semen de un donador, y como se señala en el artículo anterior haya un establecimiento incompleto de la filiación, podríamos encontrarnos ante el supuesto de que no habría un vínculo de relación paterno-filial, debido a que posiblemente acudió a la clínica con el propósito de inseminarse y ser madre soltera y deje abierta la posibilidad de que en algunos de los casos el donador que quiera ejercer el derecho de identidad (materia de otra investigación jurídica), pueda solicitar el reconocimiento de esa paternidad y pueda ejercer su

derecho a la patria potestad del menor, es por eso que nuestra legislación da pauta para que no se limite este derecho y para que se busque mediante alguna figura jurídica que el donador reclame algún derecho por ser el padre biológico, es por eso que surgen interrogantes en este aspecto: ¿qué se deberá hacer en estos casos?, ¿será jurídicamente posible reclamar este derecho?, ¿qué legislación lo puede limitar?, es claro que ninguna, porque no se ha legislado al respecto.

La patria potestad del hijo extramatrimonial, al igual que la del hijo matrimonial, se apoya en el vínculo de filiación, pues el concepto de patria potestad, como se ha señalado, es esencialmente único en ambos casos. Antes de su reforma, el Código Civil Español señalaba que la patria potestad de los hijos nacidos fuera del matrimonio constituye, al igual que la de los hijos matrimoniales, una función ejercitable en beneficio del hijo. La concepción actual de la patria potestad como función es tan aplicable a un caso como al otro.

En el inciso 6 el ejercicio de la patria potestad del hijo extramatrimonial es declarado como tal por sentencia en juicio de filiación.

La filiación extramatrimonial queda determinada según la ley 23.264 por el reconocimiento voluntario de los padres o por la sentencia que la declare en el juicio de filiación respectivo (artículos. 247 y 248 última parte, Código Civil): el padre reconoce al hijo voluntariamente o son declarados padre y madre en el juicio de reclamación de la filiación que se entable.

El inciso 6 del artículo 264 atribuye el ejercicio de la patria potestad al padre o a la madre del hijo declarados tales judicialmente, es decir, por sentencia en juicio de filiación.

En el caso de reconocimiento voluntario del hijo por uno de los padres y el establecimiento de la filiación en sentencia judicial para el otro padre, la patria potestad corresponde al primero; el padre que reconoce voluntariamente al hijo desplaza a quien ha debido ser compelido a asumir su rol paterno.

#### 4.5.9.2 La privación de la patria potestad

La privación de la patria potestad es la sanción prevista por la ley ante el incumplimiento de los deberes impuestos a los padres, que tienen por efecto la pérdida de la autoridad.<sup>27</sup>

### 4.6 La ley 23.264 y el derecho argentino

La ley reconoce esa realidad biológica como hecho, al cual asigna consecuencias de distinto orden al organizar el sistema de la filiación con la regulación que se estima adecuada al tiempo histórico-social en que las normas se dictan.

En el derecho la filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres, esa procedencia que los hijos requieren determinar, es decir, su origen, el principio de su historia: de quiénes se sigue su vida. La filiación, entonces, es el vínculo jurídico que nace de la relación natural de la procreación.

Estas dos ideas de filiación son las que recoge la ley 23.264, en ella la filiación es el vínculo jurídico recíproco que une a los hijos con los padres, fundado en el nexo biológico de la generación o en una decisión de la ley.

La ley 23.264 ha consagrado la igualdad de todos los hijos: las relaciones de padres e hijos se regulan sin discriminar las distintas condiciones en que han sido generados.

La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial, según sea que el hijo haya nacido dentro o fuera del matrimonio; estas circunstancias no tienen otro efecto jurídico que traducir en la ley la realidad social para crear normas diferentes a fin de facilitar la determinación de la filiación.

<sup>27</sup> CLAVERAS, Nora, *Patria potestad y filiación (comentario analítico de la ley 23.264)*, Ediciones De Palma, Buenos Aires Argentina, 1986, pp.183-143, 357.

La legitimidad o ilegitimidad como calificante de la filiación han desaparecido. Ello tornó innecesario en el sistema general las normas sobre la legitimación de los hijos: siendo todos iguales ante la ley, el posterior matrimonio de los padres de un hijo habido fuera de las nupcias, no produce efecto alguno.

Esta igualdad de los hijos ante la ley se manifiesta en los derechos de ellos, ya que las circunstancias de que la filiación acaezca dentro o fuera del matrimonio resulta relevante para la ley 23.264, equiparando también a los hijos adoptados en forma plena: no hay privilegios ni derechos especiales a favor de ninguno de ellos.

Este principio de igualdad, entonces, se revela en dos vertientes: todos los hijos son iguales ante la ley y todos los hijos tienen derecho al reconocimiento y determinación de su origen.

Es importante destacar que en las técnicas de fecundación asistida, como se señala en esta ley, todos los derechos y/u obligaciones deberían ser iguales y no tratar a los hijos nacidos a través de estas técnicas de otra forma, tendría solución este problema si se legislara en materia de filiación porque de ahí se derivan muchos derechos en torno al menor.

El derecho a la filiación se sincera: el hijo por naturaleza puede ostentar el origen biológicamente cierto. Ello funda en parte la facultad del juez de ordenar aun de oficio las pruebas biológicas en el juicio de filiación. No hay obstáculos técnicos para impedirlo: el aporte de la medicina en este campo es decisivo. Las pruebas biológicas alcanzan un grado de certeza acumulativo al 100% en la determinación de la paternidad y de la maternidad.

Es importante señalar jurídicamente quién es la madre del nacido, tal definición legal de la madre se obtiene por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido, aunque la mujer no reconozca expresamente al hijo.

Es decir, puede plantearse el supuesto de que la madre es inseminada, por tanto es ella la que da a luz, por lo que es en sí la madre biológica del menor y por ende se establece un vínculo jurídico filiatorio, sin más pruebas que el nacimiento.

Por otra parte, como la paternidad no se puede constatar tangiblemente, la ley 23.264 aproxima su esfuerzo en la filiación de ella, ordenando

que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas comunique al Ministerio de Menores toda inscripción de nacimiento de hijo de padre desconocido, el que con el consentimiento de la madre podrá proveer la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial.

En cuanto a las técnicas de fecundación asistida me parece lo más viable que se intente la reclamación de la paternidad únicamente con el consentimiento de la madre.

Resulta indiscutible, aun para la más avanzada psicología, la imperiosa necesidad que tiene el ser humano de nacer, crecer, vivir y morir en el seno familiar.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> CLAVERAS, Nora, *op. cit.*, pp. 1-13.

## RESUMEN

Como elementos reales de la reproducción humana asistida tendríamos en primer lugar a la pareja de hombre o mujer. Puede ser una pareja unida en matrimonio o en concubinato e inclusive puede darse el caso de que ninguna de las dos partes se conozca. Puede darse el caso de la aparición de terceras personas: que aporte el material biológico y otra que preste su matriz. Este tipo de relaciones tendrían que ser reguladas por el derecho familiar.

Por lo que hace a la naturaleza jurídica del donante, el material genético o los llamados gametos pueden ser aportados tanto por el hombre como por la mujer fértil que tiene interés en la procreación de un ser humano o bien puede ser el mismo aportado por un donante. La aparición de esta persona, impone al legislador la carga de regular los derechos y obligaciones de esta persona.

Podríamos decir que la inseminación artificial o la fecundación *in vitro* sería una buena vía para la procreación, ya que como se señala en el artículo 146 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, matrimonio es la unión libre de un hombre y de una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se producen respeto, igualdad y ayuda mutua *con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada*, esta es una de las finalidades del matrimonio viéndolo desde el punto de vista del orden público y de interés social que motiva esta investigación.

Pero nos encontramos ante otro supuesto en la ley, el artículo 267 fracción XX del Código Civil en comento, pues una de las causales de divorcio es el empleo de métodos de fecundación asistida sin el consentimiento de

su cónyuge, ahora, si no se puede demostrar que existió ese consentimiento, entonces puede ser invocada esta causal, por lo que es necesario, insisto, una regulación legal que permita establecer cuáles son los derechos u obligaciones de las parejas que deciden acudir a este tipo de técnicas de fecundación asistida, porque incluso si se otorga ese consentimiento, la ley no señala cómo debe ser constituido, no está regulado.

Pues bien, la reproducción asistida es una vía para ayudar a la procreación, tema muy criticado por algunos doctos en la materia porque vivimos en un mundo superpoblado, pero bueno, no nos salgamos del tema, ayuda a la procreación, a establecer un vínculo de familia, es decir, una pequeña sociedad dentro de una sociedad, pero si el artículo y fracción en comento sólo me señalan que se puede invocar la causal de divorcio si no hubo consentimiento, entonces ¿qué?, ¿corro a la farmacia a comprar un manual en donde se me especifique como se debe llevar acabo este consentimiento, o me enfoco a lo establecido en el artículo 1803 del mismo ordenamiento legal, que me señala en relación al consentimiento expreso o tácito?, ¿le digo a la persona "inseminate" por escrito?, ¿en qué parte de la ley me señala que se podrá celebrar contrato alguno?, ¿le doy un papelito en donde diga "acepto que te insemines"?, ¿en dónde quedan plasmados sus derechos y obligaciones? Y luego me dice la ley, por signos inequívocos, ¿con el sólo hecho de mover la cabeza es más que suficiente?, considero que no, ahora el tácito, habla de presumir el hecho, es que me parece increíble que se legisle de esa forma, si los niños no son lechugas, no son objetos, es que no es broma, simplemente se le ocurre al legislador agregar una causal de divorcio basada en el consentimiento del cónyuge para la aplicación de alguna de las técnicas de reproducción asistida, pero, ¿y qué más?, ¿porqué no mejor se crea un proyecto de ley que regule estas prácticas de reproducción asistida y no sólo se agrega un artículo más o se incrementan las causales de divorcio sin pensar en las consecuencias?, entonces, ¿qué me está dejando el legislador?, me está dejando inseguridad jurídica, está dejando un vacío enorme en la ley, pero entonces, que responda el legislador ¿qué hago con el menor?, ¿quién es su padre?, se le olvidó que está dejando

desprotegido a alguien y que este alguien tiene derecho a ser reconocido, tiene derecho a que se establezca su filiación (*Código Civil vigente para el Distrito Federal, op. cit.*).

Ahora, la fecundación artificial o la fecundación *in vitro* puede considerarse como una buena alternativa para la procreación, además de un derecho de la familia o de las mujeres. De aquí la necesidad del derecho deontológico de legislar bajo un criterio de justicia y equidad, que garantice a los solicitantes del servicio, al donador y al niño producto de la ampliación de esas prácticas, sus derechos y sus obligaciones.

En cuanto a la subrogación, considero que tiene el mismo fin, el de la procreación, que debería estar regulado para no caer en supuestos como el que acabamos de plantear.

La fecundación *postmortem*, como ya lo señalamos, es aquella que se logra después de la muerte del secretor del semen, conservándose el semen a través de técnicas de criopreservación, pero de la misma forma que se ha mencionado, si se trata del cónyuge, o aunque no se trate de él, ¿cómo establece la ley el consentimiento para utilizar el semen del donador después de muerto si éste no es anónimo?, ¿tiene derechos y obligaciones?, y sus efectos naturales de la filiación ¿consistirían en ser hijo póstumo e hijo *postmortem*, o tendríamos que basarnos en la ley en relación a los términos que nos señala?

Sin duda alguna, los principales efectos que se pudieran producir con la reproducción humana asistida son los del estado familiar, que consiste básicamente en las diversas relaciones jurídicas que pueden sostener las distintas personas que participan en una inseminación artificial, entre estos mismos y con el ser fecundado.

Considero que si se celebra un contrato civil de donación de gametos es necesario que se pueda plasmar en el mismo el asunto de la confidencialidad, además de ser celebrado entre el donante y la clínica y posteriormente entre la clínica y los solicitantes del servicio, con la finalidad de que no exista ningún vínculo de éstos con el donador y se pueda respetar su derecho a la no revelación de la identidad, señalando en los referidos contratos los derechos y/o obligaciones a los que cada parte está sujeto.

Cada contrato debe ser gratuito, formal y secreto, con plena información sobre las consecuencias éticas, biológicas, jurídicas y económicas del acto que se pretende realizar. Al ser gratuito, el contrato no debe tener carácter lucrativo o comercial.

Al ser secreto, el centro autorizado debe guardar la identidad del donante, observando la confidencialidad de los datos que tenga, salvo en los casos en que la autoridad judicial ordene lo contrario.

El donante, además de tener capacidad jurídica, no debe padecer enfermedades genéticas hereditarias o infecciosas transmisibles.

En cuanto a la filiación, que es el tema que nos ocupa, no podrá insertarse en el acta de nacimiento el tipo de reproducción que se empleó para la fecundación de quien se registra.

El donante no podrá tener acción filiatoria, respecto de los hijos nacidos de la mujer o pareja beneficiada de la reproducción asistida.

El hecho de conocer la identidad del donador no implicaría filiación alguna respecto del mismo.

En caso de existir la madre subrogada, que en este caso es la que procrea, la madre sustituta será la que tenga derecho a establecer un vínculo de filiación respecto del menor.

En la fecundación *postmortem* deberá haberse celebrado con anterioridad este contrato, con la finalidad de que se hayan establecido sus derechos y/o obligaciones después de muerto con el menor, tales como su apellido, su paternidad, la obligación alimentaria, etcétera.

Ahora bien, el artículo 162 del Código Civil vigente en el Distrito Federal establece lo siguiente: "los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y socorrerse mutuamente".

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Bueno, el contrato que se propone por una parte obliga al donador a renunciar a cualquier derecho que pueda ejercitar si se llegara a revelar la

identidad de éste, y otro se celebraría entre los padres legales y la clínica con la finalidad de que se establezcan los derechos y obligaciones por parte de ambos padres y no como se señala: "de acuerdo a los términos establecidos en la ley", ¿cuáles son esos términos?

Ahora bien, el artículo 293 del citado cuerpo normativo nos señala el parentesco por consanguinidad y nos dice que también se da este parentesco entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges concubinos que han procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.

Me pregunto, sobre el artículo en donde se plasma lo relativo al consentimiento que tanto menciona el legislador, por qué se puede tener un parentesco consanguíneo sin consentimiento, ¿de qué sirve este artículo?, ¿sólo para promover un juicio de reconocimiento de la paternidad?, pero sin el consentimiento del cónyuge sirve sólo para atribuir el carácter de progenitor.

En el artículo 326 del supracitado Código Civil se señala que no se podrá impugnar la paternidad cuando existió consentimiento para la aplicación de estas técnicas de reproducción asistida. Regresamos a lo relativo al consentimiento, lo referimos párrafos arriba y considero que debe funcionar de la misma forma, estableciendo un contrato de donación en el que se señale en qué consiste ese consentimiento en forma expresa pero formal utilizando un medio jurídico idóneo sin peligro de prestarse a millones de interpretaciones.

Ahora bien, los padres que consientan la reproducción asistida con la donación del esperma a cargo de la tercera persona, no podrán en ningún momento ejercitar acción de desconocimiento de la paternidad, lo anterior de conformidad al segundo párrafo del artículo 326 del Código Civil, siempre y cuando se establezca ese consentimiento formalmente, dada la importancia y delicadeza del tema. Nos deja en la imperiosa necesidad de preguntarle al legislador en qué consiste ese consentimiento, lo mismo pasará con la fecundación *postmortem*, mientras exista el vacío inmenso en la ley seguirá habiendo ganancia para los que aprovechando esta insuficiencia jurídica puedan ganar un juicio.

Derivado de lo anterior y como ya se ha señalado, ¿puede uno de los cónyuges procrear asistidamente en la manifestación verbal?, ¿simplemente en un papelito sin nada de formalidad o por signos inequívocos?, claro que se generarían una serie de conflictos judiciales ante la ineficiencia del legislador al no señalar concretamente mediante qué forma legal debe extenderse ese consentimiento, siendo la forma recomendable este contrato de donación de gametos, que si se puede elevar o no a Escritura Pública ya es materia de otra investigación, pero por lo menos tenemos un principio viable con que llenar ese vacío legal.

El hijo que nazca de la inseminación artificial se considera hijo del matrimonio, y se aplicará la presunción del artículo 324 del Código Civil vigente en el Distrito Federal. El contrato para la concepción artificial, firmado entre ambos y la institución, evita la aplicación de los artículos 325 y 326 del mismo ordenamiento legal.

Partiendo de la presunción que establece el artículo 324 anteriormente mencionado, que considera hijos de los cónyuges los nacidos dentro del matrimonio, y los nacidos trescientos días después de celebrado el matrimonio, se otorga a la mujer, al hijo o al tutor de éste la posibilidad de sostener que el marido es el padre y esto puede aplicarse al caso que se estudia, pues algunos de los que están legitimados para la acción pueden probar la inseminación artificial con semen del marido después de muerto.

En la legislación actual se encuentran reglas que permiten responder a esta situación. Debemos tomar en cuenta que la filiación se origina y se clasifica por la concepción, siendo legítima aquella que produce los elementos de los consortes, pero se toma también en cuenta el nacimiento y se considera hijo del matrimonio.

En relación a la situación en la que se podrán colocar ambos sujetos, es necesario replantearnos si se hizo con el consentimiento o no del marido. De acuerdo con esta legislación, la situación del hijo fuera del matrimonio no puede desvirtuarse con el supuesto de que hubiere consentimiento previo, toda vez que esa posibilidad no está prevista dentro del Código Civil vigente en el Distrito Federal. Se requiere, consecuentemente, una modifi-

cación al mismo para que en estos casos, habiendo previo consentimiento del marido mediante la suscripción del contrato correspondiente, la filiación se considere como dentro del matrimonio. Sería una forma de legitimar el uso de elemento extraño masculino para la fecundación dentro del matrimonio.

Debemos tomar en cuenta que según nuestro sistema jurídico sólo en ciertos casos puede objetarse la paternidad del marido, según lo anteriormente dicho, si alguna situación puede dificultar ejercer la acción.

En cuanto a la situación del donador, a éste no se le reputará padre del concebido, pues legalmente debe rechazarse toda posibilidad de paternidad y de reconocimiento, independientemente de que en el contrato que con él se celebre también se haga constar esta situación. Debe constar en la ley esta legitimación, porque la patria potestad por naturaleza es irrenunciable. Para tal efecto deberá agregarse un artículo en lo referente a la patria potestad del nacido a través de estas técnicas artificiales. Por tanto, no podrá ser ejercida contra él ninguna acción para la investigación de la paternidad, independientemente de que sea o no casada la madre, el reconocimiento voluntario le está vedado tanto por el contrato como por la ley.

En relación a la situación de la donadora de un óvulo, a semejanza de lo ya expresado en relación al donador masculino, la donadora de óvulo femenino, por el solo hecho de la donación, quedará excluida de la patria potestad y no podría reclamar maternidad ni tendría derecho a la investigación y reconocimiento del hijo que no es suyo.

Por lo pronto, es necesario recalcar, en el Código Civil vigente en el Distrito Federal y su parte procesal se encuentran deficiencias graves en la regulación de las prácticas de fecundación asistida, ya que no hay legislación al respecto, porque con cuatro artículos que se relacionan con la misma no se resuelve todo el problema; se necesita plantear una alternativa de solución con la finalidad de tener un instrumento jurídico idóneo para cualquier momento o ante cualquier litigio que se presente (*Código Civil vigente para el Distrito Federal, op. cit.*).

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público y de interés social teniendo como objeto la protección de su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad. Derivado de este concepto y en cuanto a las relaciones jurídicas familiares, éstas constituyen el conjunto de deberes y obligaciones de las personas integrantes de la familia, siendo la familia un grupo social muy importante para el derecho y para el Estado.

La finalidad de la familia es la de formar personas, educarlas y participar a través de sus miembros y como grupo familiar, en el desarrollo integral de la sociedad. La idea central en el derecho de familia, es que el interés se concreta en la familia, su constitución, vida y desarrollo para que este núcleo social pueda cumplir con su fin, ya que este interés superior consiste en la protección a la familia.

**SEGUNDA.** Los asuntos de inseminación artificial deben resolverse no sólo con base en los intereses personales del individuo o pareja, sino principalmente en función del niño y del interés social. Son problemas ético-sociales.

La procreación es un derecho que corresponde a cada individuo y este principio no puede ser limitado.

La comunidad civil y el Estado deben crear y establecer las condiciones sociales, políticas, culturales y económicas favorables para el desarrollo de la vida familiar.

**TERCERA.** La ciencia y la tecnología evolucionan con el tiempo, cambiando el contexto de la vida, la sociedad y el ser humano, permitiendo que

las personas con problemas de infertilidad puedan tener la posibilidad de ser padres, de establecer una familia, de reunirse en sociedad, esto a través de las técnicas de reproducción asistida. Este avance científico y tecnológico abre una puerta inconmensurable al desafío de la naturaleza biológica, surgiendo como una necesidad de procreación.

**CUARTA.** Las técnicas de fecundación asistida son las que se procuran, con fines procreativos, la unión de los gametos masculino y femenino por un medio distinto al de la relación sexual natural. La inseminación artificial es el acto médico por el cual se introduce el espermatozoides en el aparato genital de la mujer con el fin de procurar la fecundación. Este procedimiento es artificial en cuanto a la manera de obtenerse el espermatozoides y por su introducción en el cuerpo de la mujer; por lo demás, la fecundación y el proceso posterior de multiplicación celular es natural.

Este tipo de reproducción asistida abarca la inseminación homóloga, que es la fecundación con el gameto femenino o masculino de la pareja que puede estar unida en matrimonio o en concubinato, y por otra parte la fecundación heteróloga se da cuando el semen es aportado por un tercero no vinculado a la pareja, al que se recurre por esterilidad del hombre o mujer.

**QUINTA.** Los descubrimientos y adelantos en el campo de la ciencia y de la tecnología nos colocan ante los hechos que se proyectan a lo jurídico, que tienen que ser iluminados por el Derecho. Los avances técnicos en materia de inseminación y fecundación artificial han creado situaciones no contempladas hasta la fecha. Es cada vez más segura la inseminación artificial, la ciencia avanza y genera la necesidad de reglamentar las relaciones humanas para dar respuesta a los nuevos requerimientos. El Derecho es un *porterijs*, reglamenta las relaciones interpersonales que se dan en la sociedad, consecuentemente, también debe preocuparse por la inseminación artificial, porque este avance técnico, dado como una posibilidad actual, impone al legislador su estudio y legislación.

En cuanto a la legislación actual respecto al tratamiento que se le debe dar a las técnicas de fecundación o de reproducción asistida, nos encontramos con una deficiencia legal y ante un estado de indefensión, negándose

así un medio de actuación procesal a las partes que intervienen en este procedimiento.

Entre las tendencias jurídicas de regulación normativa de la fecundación artificial, se encuentra la necesidad humana de regular la reproducción asistida, su utilización únicamente para fines de procreación y para mujeres o parejas estériles, así como el deber de información y de confidencialidad tanto de los padres que deseen procrear como de los donadores portadores del material biológico, la reafirmación de la filiación existente en el Código Civil vigente en el Distrito Federal desconociéndose cualquier otra.

**SEXTA.** Las consecuencias jurídicas que se generan son resultado de hechos y actos jurídicos, todo hecho o acto tiene consecuencias. En el caso que se refiere a la filiación, que en relación interpersonal y jurídica se establece entre procreantes y procreados y también entre parientes y ascendientes, se genera un nuevo estado de familia y un parentesco, con los deberes, obligaciones y derechos entre las personas que se relacionan jurídicamente por estos actos humanos.

La maternidad es un hecho susceptible de prueba. Los elementos para la filiación de ésta son el parto y la identidad del hijo. La filiación resulta en relación a la madre sólo por el hecho del nacimiento. El nacimiento es consecuencia del embarazo, es decir, que la mujer aportó su óvulo y así se presenta nuevamente la relación de los hechos naturales que se generan en la relación materno-filial.

Mientras tanto, la paternidad nunca es cierta, no hay prueba obtenida de los hechos naturales de la procreación, pero científicamente hoy es posible determinar la paternidad por medio de la investigación genética.

La filiación puede acontecer fuera del matrimonio y fuera del concubinato, es decir, si una madre soltera desea acudir a una clínica a practicarse la inseminación artificial, el vínculo se establece con el nacimiento del menor y su reconocimiento.

**SÉPTIMA.** El Código Civil vigente en el Distrito Federal regula deficientemente la fecundación asistida, al establecer sin justa causa, como en

el caso de reproducción asistida sin el consentimiento del cónyuge, una causal de divorcio en agravio del ser fecundado. De igual forma, hace lo mismo al no reglamentar adecuadamente las formas mediante las cuales debe darse el consentimiento expreso para la utilización de las técnicas de reproducción asistida, así como la falta de términos a partir de la muerte del *de cuius*, para que el cónyuge *superstite* fecunde *posmortem*.

**OCTAVA.** Hoy día, la fecundación artificial o la fecundación *in vitro* puede considerarse como una vía buena para la procreación, además de un derecho de la familia o de las mujeres. De aquí la necesidad deontológica de legislar bajo un criterio de justicia y equidad que garantice a los solicitantes del servicio, al donador y al niño producto de la ampliación de esas prácticas, sus derechos y sus obligaciones, dadas al momento de celebrarse un contrato de donación de gametos.

En el contrato, el consentimiento debe estar específicamente señalado, aclarar en qué consiste, cuáles son los derechos y/o obligaciones de los padres, señalando en cada cláusula los derechos que deben tener los padres hacia su hijo y lo mismo con las obligaciones, sin negarse por alguna causa de error genético, ya sea que el menor presente malformaciones, deficiencias, etc., al reconocimiento de la paternidad o de la maternidad o de la filiación que se presente derivado de esta práctica, es por ello que deben estar completamente concientes y psicológicamente preparados para este proceder técnico.

**NOVENA.** Este contrato debe expresar estrictamente el carácter de confidencialidad celosamente cuidado por la clínica.

La confidencialidad, al celebrar un contrato de donación de gametos, se puede plasmar en el mismo, en el contrato entre el donante y la clínica y el de la clínica con los solicitantes del servicio con la finalidad de que no exista ningún vínculo jurídico con el donador y se pueda respetar su derecho a la no revelación de la identidad. Sin embargo, a fin de evitar conflictos, considero indispensable dejar constancia del consentimiento de los consortes y la responsabilidad del médico en el contrato de donación de gametos.

En relación a la mujer, la expresión del consentimiento la obliga a someterse a la práctica de la inseminación artificial o a la implantación del óvulo fecundado. Sin embargo, antes de la intervención puede negarse y revocar su consentimiento, pues se trata de un acto de tal trascendencia que admite la revocación unilateral por simple decisión de alguno de los consortes sólo antes de la operación. Para la mujer la operación agota el contenido del consentimiento, pues el nacimiento será un hecho que no puede ser ya desconocido para ella.

En relación al marido, éste debe presentar su consentimiento para que se le practique la inseminación o implantación artificial a su mujer, también puede haber revocación hasta antes de la intervención. A diferencia de la mujer, el contrato no se agota y queda obligado como padre del producto de la concepción, pues se estimará al hijo que nazca como habido en matrimonio, toda vez que no es posible probar la paternidad del padre por medios directos. Sin embargo, conviene la celebración del contrato que se propone para garantizar la obligación del padre, para imposibilitarlo a desconocer al hijo que se procreo por medios artificiales o también para impedir el desconocimiento por argumentarse haber sido físicamente imposible para él tener relaciones sexuales con su mujer en los primero ciento veinte días de los trescientos que procedieron al nacimiento.

**DÉCIMA.** Es importante que se realice una reforma a conciencia sobre las prácticas de inseminación y fecundación asistida, no sólo en lo referente a la relación filiatoria sino una reforma en la que se contemple, en el capítulo de familia, todo lo anteriormente señalado sobre la aplicación de esta técnica, permitiéndose y estableciendo un contrato de donación de gametos, señalando en el mismo los derechos y/o obligaciones de las partes contratantes, con este contrato será posible aminorar los problemas nacientes por algún litigio que se presente en esta materia, alentando el mejor desarrollo del ser humano, de la familia, de la sociedad y del Estado.

## BIBLIOGRAFÍA

- BANCHIO, E.C., *El proyecto genoma humano frente a la ética y al derecho*, en estudios de honor a Pedro J. Frías, Vol. III, Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994.
- CARCABA FERNÁNDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por la nuevas técnicas de Reproducción humana*, Barcelona, Ed. Bosch, 1995.
- CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, tomo I, Madrid, 1953.
- CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., *La Familia en el Derecho (Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares)*, Ed. Porrúa, 5a. ed., México 1999
- CIENCIA, <http://www.conapo.gob.mx/sit99/014005.gif>
- CLAVERAS, Nora, *Patria Potestad y Filiación (comentario analítico a la Ley 23.264)*, Ed. De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1986.
- CORDOVA, Jorge Eduardo y Julio C. SÁNCHEZ TORRES, *Fecundación Humana Asistida (Aspectos Jurídicos Emergentes)*, Ed. Alveroni, Córdoba, febrero 2000.
- FUENTE VILLA, Julian Buitrón, *¿Qué es el Derecho de familia?*, 2a. ed., México, Ed. Promociones Jurídicas y Culturales, 1992.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, 15a. ed., Ed. Porrúa, México, 1997.
- GARCÍA MÁYNES, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Ed. Porrúa, México D.F., 1998.
- HERRERA CAMPOS, R., *"La inseminación artificial" (aspectos doctrinales y regulación doctrinal)*, Ed. Universidad de Granada, Granada, 1991.

- LLAMÍAS, J.J., *La fecundación Humana in vitro*, ED, T. 79-89-VI, República Argentina, 1999.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, *La nueva inseminación artificial. (Estudio Ley 22 de noviembre de 1988)*, Madrid, España 1989.
- PEÑA, Patricia de la, "Gregorio Mendel", en *El Faro. Boletín Informativo de la Coordinación de la Investigación Científica*, año IV, núm. 44, México, Ciudad Universitaria, noviembre 4 de 2004.
- PERRINO, J., GONZÁLEZ, Adriana M., *Trascendencia jurídica de las nuevas tecnologías de investigación genética*, LL, número del 07/09/95, Proyecto de Código Civil de la República Argentina, 2002.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *La presunción de la paternidad legítima. Estudio de derecho comparado y derecho español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971.
- SALAZAR ESCORCIA, Franco, "Planificación Familiar", <http://www.conopo.gob.mx/sit99/014005.gif>
- SALVAT, Raymundo M., *Adiciones al Tratado de Derecho Civil Argentino*, tomo I, Parte General, Buenos Aires, Argentina, 1964.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *Los grandes cambios en el Derecho de Familia de México*, 2da. ed., Ed. Porrúa, México, 1979.
- SAVATER, Fernando. *Ética para Amador*, Ed. Ariel, México 2000.
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1966.
- ZANNONI, E.A., *Inseminación Artificial y Fecundación Extraterina*, Ed. Proyecciones Jurídicas, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978.

### **Hemerografía**

*El Faro*, año IV, número 44, México, noviembre de 2004.