

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN POR MEDIO DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

I. Planteamiento	1
II. Antecedentes	2
III. Variedad de situaciones	2
IV. Naturaleza jurídica	3
V. Su fundamento	4
1. Aceptación científica	5
2. Aceptación religiosa	5
3. Aceptación legal	7
VI. Consecuencias jurídicas	13
VII. Consecuencias no jurídicas	15
VIII. Derecho a la reproducción por inseminación artificial	17
1. Derecho a la reproducción	17
2. Derecho de la mujer a ser inseminada en forma artificial	18
3. Situación del donante anónimo	19
4. Derechos del menor	20
5. Interés de la sociedad	22
IX. Conclusiones	22
X. Bibliografía	23

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN POR MEDIO DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

I. PLANTEAMIENTO

La inseminación artificial se ha incorporado a la medicina general y su práctica es común, pero el derecho se ha retrasado en la adecuación de las normas a los cambios que se han generado. El artículo 4o. constitucional se refiere al derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. La Ley General de Salud de 1984 regula el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana y planificación familiar. Las reformas a la Ley de 1991, contienen algunas definiciones y normas de carácter muy general sobre autorizaciones y registros. Con fecha de enero de 1987, se publicó el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, en el cual se consagra en un capítulo la fertilización asistida, donde la regula, pero de manera incompleta. Sin embargo, ninguna ley regula de modo directo y amplio la inseminación artificial.

Esta laguna me llevó a considerar imprescindible la reflexión sobre la serie de supuestos que sustentarán, en su momento, las necesarias modificaciones legislativas que deberán implantarse, entre ellos, la definición misma de la inseminación artificial; la determinación de su naturaleza jurídica, de los sujetos que intervienen en ella; los intereses en juego, bajo qué supuestos debe aplicarse, cuáles son las finalidades que se persiguen y cuáles sus efectos.

II. ANTECEDENTES

Han sido múltiples los autores que han definido a la inseminación artificial, los elementos comunes de estas definiciones nos permiten describirla como el conjunto de técnicas creadas por el hombre, independientemente de la forma natural, destinadas a poner en contacto los elementos ontogénéticos del hombre y la mujer, el espermatozoide con el óvulo, con el pretendido resultado de una fecundación.

Las técnicas y procedimientos para llevar a cabo una inseminación no son una novedad de los tiempos modernos. Los primeros ensayos se iniciaron con vegetales, después con animales y ya desde el siglo XV, se tienen noticias de intentos de inseminaciones artificiales humanas, pero el primer resultado positivo se registró en Inglaterra por el médico J. Hunter (1728-1783).

Las prácticas se continuaron, pero es a principios del siglo XX cuando las técnicas se multiplican en los Estados más avanzados y de religión protestante, en vista de la resistencia de la Iglesia católica para permitir las prácticas inseminatorias. En 1940 se establece en Estados Unidos por primera vez un banco de semen y durante la segunda guerra mundial fue práctica común la realización de inseminaciones en forma masiva, transportándose el esperma de los soldados americanos en aviones con el objeto de fecundar a sus esposas. Actualmente las técnicas han avanzado considerablemente y son numerosos los países que permiten la práctica de la inseminación artificial.

III. VARIEDAD DE SITUACIONES

La inseminación artificial consiste en aplicar técnicas específicas a hombres y mujeres con el propósito de lograr una fertilización. En vista de la variedad de personas que en ella intervienen y del distinto papel que desempeñan, se origina variedad en los tipos de inseminación y cada una de ellas produce distintas consecuencias.

La mujer que se somete a la inseminación debe ser mayor de edad y puede ser soltera o casada. Si está casada y para la inseminación se utiliza semen del esposo, la inseminación se denomina *homóloga*, lo mismo que la inseminación de la soltera con semen de su pareja estable; en cambio, será *heteróloga* la producida con semen de un tercero. Otras posibilidades se plantean si el donador está vivo o si ha muerto y la fecundación se produce después de su muerte.

IV. NATURALEZA JURÍDICA

Respecto a la naturaleza jurídica de la inseminación, la considero un acto jurídico. Para llevar a cabo una inseminación artificial es necesario un acuerdo de voluntades, sobre el objeto que se pretende y las consecuencias que producirá. Existe una finalidad mediata y una inmediata, la inmediata es lograr una fertilización, la cual presupone, si no se presenta ninguna situación adversa, la mediata: el nacimiento de un hijo.

La mujer otorga su consentimiento para que se manipule su organismo, con la introducción de esperma, pero también el consentimiento otorgado implica la aceptación de la maternidad del hijo procreado. El donador del semen acepta que su esperma sea objeto de una inseminación artificial, pero no necesariamente acepta la paternidad de hijo que nazca como consecuencia de las técnicas genéticas, como sería el caso del donador anónimo. El esposo o pareja estable de la mujer que se somete a la inseminación artificial acepta tanto la inseminación como la paternidad del hijo que nazca. Los profesionales que practican la inseminación también son actores que manifiestan su voluntad de llevar a cabo la inseminación y esta manifestación será útil para el caso de delimitar su responsabilidad en el acto.

Otorgado el consentimiento para llevar a cabo la inseminación, éste debe convertirse en irrevocable. Iniciado el procedimiento, la gestación se continúa y ésta no podrá ser suspendida ni

por la mujer, ni por su marido o pareja y menos por el donador anónimo o por los profesionales que intervinieron en ella, a no ser que surgiera una necesidad médica que justificara tal acción. De la misma manera que ni la mujer, ni su marido o pareja estable que haya otorgado su consentimiento, pueden rechazar los lazos de filiación con el hijo que nazca.

El objeto de la inseminación artificial es lograr una fertilización y consecuentemente un nacimiento. Este acontecimiento implica el establecimiento de una filiación materna y, en el mejor de los casos también paterna. Los efectos de hecho implican una modificación en la esfera jurídica de aquellos que intervinieron en la inseminación, por ello podemos afirmar que la inseminación artificial es un acto jurídico que debe estar cuidadosamente reglamentado por el derecho.

En cuanto a las formalidades de la inseminación, el consentimiento debe otorgarse por escrito y con la expresión de su irreversibilidad, que asegure la no suspensión de la gestación ni el rechazo a la filiación generada. El donador —que deberá ser anónimo— al momento de la donación, indicará que no desea establecer ningún vínculo con el menor que nazca y que no exigirá el reconocimiento de su paternidad.

V. SU FUNDAMENTO

La inseminación es un procedimiento destinado a remediar un problema de infertilidad o de imposibilidad para la procreación, procede cuando la inseminación natural no es posible por anomalía física del marido o de la mujer, por imposibilidad para la ascensione natural de los espermatozoides o porque el semen que penetra no es fértil. Yedo Llagüe, manifiesta que la inseminación artificial debe ser considerada como una solución terapéutica “pero nunca como un alternativo de procreación *latu-sensu* para parejas fértiles y menos sin constituir pareja, como sujetos individualizados que pretendieran beneficiarse de las ventajas del pro-

cedimiento”.¹ La inseminación artificial en ningún caso debe ser utilizada como sustituta de la relación sexual natural. Su justificación depende de una opinión médica que indique la imposibilidad de la pareja para procrear por los medios naturales. En la medida que la inseminación artificial se justifique, será aceptada por la sociedad.

Desde luego, cuando hagamos referencia a la aceptación de la inseminación artificial debemos distinguir, como lo plantea Calcerrada,² entre una aceptación científica, una religiosa y la legal de entre cada uno de los distintos tipos de inseminación que existen.

1. *Aceptación científica*

La comunidad científica acepta, puesto que ella misma las ha creado, las prácticas inseminatorias. La inseminación artificial atiende a un problema médico, el de las parejas infecundas que habiendo agotado otras medidas terapéuticas, deciden someterse a las técnicas que la ciencia ofrece para lograr la fertilización.

2. *Aceptación religiosa*

La Iglesia Católica³ acepta la práctica de la inseminación *homóloga*, pero considera a la *heteróloga* como una abominación y un desorden moral condenable. Pío XII se pronunció en el IV Congreso Internacional de Médicos Católicos, del 29 de septiembre de 1949, en el sentido de considerar la fecundación artificial fuera del matrimonio pura y simplemente como inmoral. La procreación de una nueva vida no pude ser fruto sino del matrimonio. La fecundación artificial en el matrimonio producida por un tercero es igualmente inmoral y, como tal, debe reprobarse.

1 Lledó Yagüé, *Breve discurso sobre bioética y derecho, la revolución biogenética versus sistema familiar*, Universidad de Deusto, Estudios de Deusto, vol. 34, núm. 2, p. 342.

2 Martínez Calcerrada, Luis, *La nueva inseminación artificial*, Madrid, 1989, p. 62.

3 *Idem*.

La Instrucción Vaticana ha manifestado⁴ “Obtener gametos de una tercera persona para disponer de esperma o de óvulos constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y de una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad”.

Juan XXII — *Mater et magistra*— insistió en manifestar que la transmisión de la vida humana ha sido confiada a un acto que está sujeto a “leyes sacrosantas, inmutables e inviolables de Dios, las cuales han de ser conocidas y respetadas por todos. Nada, pues, puede lícitamente usar en esta materia los medios o procedimientos que es lícito emplear en la genética de las plantas o de los animales”⁵.

La Iglesia Católica, ha considerado la fecundación artificial *heteróloga* “moralmente ilícita la fecundación de mujer casada con el esperma de un donador distinto de su marido, así como la fecundación con el esperma del marido de un óvulo no procedente de su esposa. Es moralmente injustificable, además, la fecundación artificial de una mujer no casada, soltera o viuda, sea quien sea el donador”⁶. En cuanto a la maternidad sustitutiva, considera que “es contraria, en efecto, a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana”⁷.

En cuanto a la inseminación artificial *homóloga* dentro del matrimonio, la admite en el caso: “que el medio técnico no sustituya al acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquél alcance su finalidad natural”⁸. En cambio, para otras religiones como la protestante, la inseminación artificial no produce ningún cuestionamiento.

4 Cárdenas Quiroz, Carlos, “Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina”, *Revista de la Facultad de Derecho Pontificia*, Perú Universidad Católica del Perú, núm. 45, p. 18.

5 Congregación para la Doctrina de la Fe, *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Respuesta a algunas cuestiones de actualidad*, México, Librería parroquial, 1987, p. 10.

6 *Ibidem*, p. 25.

7 *Idem*.

8 *Ibidem*, p. 31.

3. Aceptación legal

Para comentar la aceptación legal, será necesaria la referencia a distintos momentos históricos y a diferentes Estados, desde luego a los diversos tipos de inseminación, a la fertilización *in vitro* y a la maternidad subrogada, que aunque no son formas inseminatorias, proporcionan una visión completa de técnicas reproductivas.

A. La inseminación homóloga

La inseminación de una mujer casada con el esperma de su esposo no representa, en realidad, conflicto de orden jurídico. El nacido como resultado de ella es hijo de matrimonio, su filiación y consecuente situación jurídica está prevista en la de las legislaciones. Existe una identidad entre la filiación consanguínea y la legal, la condición jurídica del menor esta reconocida y el hijo es aceptado por el padre, la madre y el resto del grupo familiar.

Harry Krause⁹ opina que la sociedad, a través del derecho, no tiene por qué interferir en una decisión que sólo compete a los padres. Desde luego, siempre que se hayan cumplido las normas mínimas que señalan los procedimientos técnicos adecuados y las personas capacitadas que deben intervenir.

Para que el equipo médico lleve a cabo la inseminación artificial *homóloga*, se requiere el consentimiento de la mujer y del marido, en el caso de la mujer unida en matrimonio, o de la pareja estable en las uniones no matrimoniales.

B. Inseminación heteróloga

La discusión en el plano doctrinal sobre el derecho a la inseminación artificial comienza en este punto. Las opiniones más radicales incluso han llegado a afirmar que esta inseminación configura un delito de adulterio y que como tal debe de ser tratado.

⁹ Krause, Harry D., "Artificial Conception: Legislative Approach", *Family Law Quarterly*, vol. XIX, núm. 3, 1985, pp. 186-206 y 197.

En Italia, hasta finales de la década de los cincuentas, se consideró a las mujeres que permitieran prácticas inseminatorias en su cuerpo, con semen que total o parcialmente no fuera de su esposo, como responsables de un delito. El interés jurídico se centraba en la pureza de la sangre de la familia. Inseminar a una mujer casada con esperma de un tercero implica introducir a la familia una carga genética distinta.

En la misma Italia otras corrientes doctrinales en cambio, han considerado que la inseminación *heteróloga* no constituye un adulterio, al faltar su fundamento, que es una falta al deber de fidelidad y la lesión del derecho de exclusividad sexual que pertenece al marido.

En el mismo sentido, Cuello Calón¹⁰ opina que la inseminación artificial no es un acto de naturaleza sexual, es un hecho exclusivamente biológico cuyo único fin es la fecundación. "Los adulteros persiguen la satisfacción del instinto sexual, no desean engendrar hijos y nada más contrario a la sexualidad que la inseminación artificial como una intervención quirúrgica, con jeringas, gasas y otros accesorios".

En la legislación mexicana no se ha tipificado la inseminación *heteróloga* como delito, aun cuando no medie el consentimiento del esposo, el adulterio presupone la relación carnal con persona de distinto sexo que haya sido cometido en el domicilio conyugal o con escándalo. Sin relación sexual, la inseminación no se configura como adulterio, al contrario, la Ley General de Salud la regula, siempre que ésta se practique después de haber obtenido el consentimiento de la mujer y el esposo.

C. Inseminación de la mujer soltera

La inseminación de la mujer soltera plantea otra problemática. ¿Tendrá derecho una mujer a someterse a una inseminación, ya sea con aportación genética de su pareja estable o de un donador

10 Cuello Calón, Eugenio, "En torno a la inseminación artificial en el campo penal", *Revista Jurídica Veracruzana* Jalapa, 1961, t. XII, núm. 3, pp. 129-145 y 136.

anónimo? La ley española sobre reproducción asistida la permite, siempre que la mujer sea mayor de edad y en plena capacidad para obrar, con independencia de su estado civil.

En Francia, los bancos de esperma practican la inseminación artificial únicamente a las parejas unidas en matrimonio y sólo cuando tenga por objeto remediar la esterilidad de la pareja.

En la legislación mexicana no se impide a la mujer libre de matrimonio, capaz y mayor de edad, ejercer su derecho a recurrir a la inseminación artificial, si cuenta con el consentimiento de su pareja estable. Se establece así la filiación materna y paterna respecto del menor y los efectos jurídicos que de ella derivan, derecho al nombre, a la patria potestad y a los derechos alimentarios y sucesorios.

D. Inseminación post-mortem

Esta inseminación no se refiere al donador anónimo que depositó su esperma en el banco, y que muere después, sino a aquellos casos en que el donador es conocido, esposo o pareja de la mujer, y manifiesta su voluntad para que la inseminación se realice después de su muerte.

La legislación española la permite, pero sólo bajo ciertas circunstancias y requisitos, entre ellos, la manifestación de la voluntad del donante y que la inseminación se efectúe después de su muerte.

Son tantas las dudas que deben ser resueltas antes de ser aceptada esta inseminación por las legislaciones, que la mayoría de ellas no la han regulado. Las corrientes contrarias a su aceptación sostienen que la muerte pone fin a la persona y si la inseminación se practica una vez que el donador ha muerto, ese hijo no tiene padre, puesto que no puede tener esta calidad quien ha dejado de existir.

Como se mencionó al principio de este apartado, la aceptación legal de la inseminación artificial depende de cada Estado, pero existen principios generales que son reconocidos como mínimos

para llevar a cabo una inseminación artificial: 1) El respeto a la voluntad de las parejas afectadas; 2) con las prácticas y sus consecuencias no se cause daño a nadie, al menos en esferas relevantes, dignas de superior tutela; 3) no se contraríen las prescripciones prohibitivas; 4) ni se contravenga con el total del ordenamiento jurídico y 5) que exista una coherencia entre las normas con la moral y la idiosincrasia comunitaria.

*E. Fertilización *in vitro**

Fertilización *in vitro* es un término genérico que denomina varios métodos médicos que se utilizan para remediar algunos tipos de infertilidad. El método más frecuente utilizado consiste en la remoción del óvulo materno, su fertilización *in vitro* con semen del marido y su implante en el vientre de la misma mujer de donde aquél procedió. En otras palabras, en vez de fertilizar, *in vivo*, la fertilización es *in vitro*. El segundo método es una variación del primero, en cuanto el semen fecundante proviene de un tercero o donante.¹¹

Un tercer método conlleva la utilización de óvulo y semen de donantes. La madre fisiológica no es la madre genética. Se fertiliza *in vitro* y luego se implanta en el vientre de la madre fisiológica.¹²

Es también posible que óvulos fertilizados (embriones) no se implanten en el vientre de una mujer y se mantengan en el laboratorio con fines investigativos. Luego podrán ser destruidos. Ello ha ocasionado serios debates e interrogantes.¹³

F. Maternidad subrogada

Se entiende según la doctrina, por maternidad subrogada o arriendo de útero, las prácticas destinadas a inseminar a una mu-

11 Silva-Ruiz, Pedro, "El derecho de familia y la inseminación artificial *in vivo* e *in vitro*", *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico* San Juan, vol. 48, núm. 1, enero-marzo, 1987, p. 34.

12 *Idem.*

13 *Idem.*

jer artificialmente con el esperma del hombre contratante o que se le implante un embrión-formado con un óvulo de la mujer contratante y el esperma del esposo de la mujer contratante, para procrear y/o sobrellevar y dar a luz al niño. Una vez nacido el niño, es entregado a la mujer o pareja que encargo la gestación, renunciando la gestante a cualquier derecho maternal o de filiación con ese niño. “También lo es en el evento en que la madre gestante además de alquilar su útero aporta el óvulo para ser fecundado artificialmente, puesto que se estima que en esa situación se trataría prácticamente de la ‘venta de un hijo’, más que de un caso de maternidad subrogada”.¹⁴

“Los problemas más discutidos relativos a la práctica de la maternidad subrogada han sido con relación a la ilicitud”.¹⁵

De forma esquemática, entre los argumentos a favor de la licitud se sitúan fundamentalmente los basados en perspectivas utilitaristas y contractualistas. Desde el punto de vista utilitarista, se mantiene que este acuerdo maximiza la utilidad de las partes implicadas, mientras que desde el punto de vista contractualista, se dice que no hay nada que objetar a un contrato en el que las partes libremente decidieron. De otro lado, están los argumentos basados en similares objeciones que son opuestas al uso de gametos de terceros, y aquellos sustentados en la fuerza de la relación natural entre madre e hijo. Desde otro punto de vista, se alega que tales contratos son contrarios a la dignidad de las personas, tanto de las madres subrogadas como de los nacidos por causas de estos contratos, con los cuales se comercia y son “vendidos”.¹⁶

En esta técnica:

se produce una grave distorsión de la relación madre-hijo, puesto que la mujer deliberadamente acepta quedar embarazada de un

14 Banda Vergara, Alonso, “Dignidad de la persona y reproducción humana asistida”, *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, vol. IX, diciembre de 1998, p. 33.

15 Lema Añón, Carlos, *Reproducción, poder y derecho*, Madrid, Trotta, 1999, p. 139.

16 *Idem*.

hijo que deberá entregar una vez producido el parto. Por su parte, el hijo recibe el trato de ser el “objeto” de una transacción comercial y quien lo gesta no será una verdadera madre para él, constituyendo en realidad este procedimiento una forma inhumana de gestar un hijo, pues se altera el proceso de la maternidad que es un valor esencial propio de la naturaleza humana. En efecto, mediante este contrato casi siempre oneroso de arriendo de útero se está produciendo un atentado en contra de la dignidad del ser humano; este pacto contraría la dignidad humana, pues se incluye en el contrato algo que está fuera de comercio, cual es el cuerpo humano y por ello es inaceptable, pues, ni la mujer es una incubadora humana ni el niño es una mercancía.¹⁷

En algunos países un contrato de este tipo es considerado como lícito, mientras que en otros lugares se va desde la prohibición total al establecimiento de algún tipo de limitaciones, como por ejemplo, la prohibición de los acuerdos que no sean gratuitos, o los que se realicen con la participación de intermediarios. Otro tipo de regímenes intermedios que se han propuesto pasan también por la limitación de las formas que se consideran más graves, por ejemplo, rechazar los casos en los que la pareja no aporta ningún gameto, en los que la mujer de la pareja es capaz de gestar, pero admitirla en principio cuando hay vínculos familiares entre las partes; o por impedir que el acuerdo fuese coercible; y aplicar el criterio de que el consenso habría de mantenerse durante todo el proceso, para garantizar la libertad de disponer del propio cuerpo y al tiempo la posibilidad de que la madre comitente pudiese decidir en todo momento si entregaba al hijo o no con total libertad. Frente a esas limitaciones, o a las propuestas abiertamente prohibicionistas, las posturas más favorables propondrían que estas prácticas fueran asimiladas a la adopción o simplemente quedaran bajo la regulación contractual general, y por lo tanto, sobre lo acordado por las partes.¹⁸

En México no existe texto legal que prohíba la subrogación de vientre, por lo que tenemos que acudir a la teoría general del acto jurídico. Al hablar de su subrogación de vientre, el objeto del

17 Banda Vergara, Alfonso, *op. cit.*, nota 14, p. 33

18 Lema Añon, Carlos, *op. cit.*, nota 15, p. 140.

acto jurídico que fundamentara la aplicación de las técnicas médicas sería ilícito, porque el cuerpo humano no es materia de comercio. Por otra parte, y con base en los razonamientos expuestos en el párrafo anterior, considero que antes de tratar de legislar sobre un tema tan controvertido, se debe reflexionar profundamente y con un determinado consenso social, si los beneficios que se obtienen justifican la práctica de esa subrogación que rompe con los principios biológicos y éticos de la maternidad y que permite que un hijo se convierta en objeto de transacción.

VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Debido a las diferentes variables de la aceptación legal de la inseminación artificial, habrán de establecerse las diferentes consecuencias jurídicas que la inseminación artificial puede producir.

En la inseminación *homóloga*, cuando el donador del semen es el esposo de la mujer inseminada, éste es el padre natural del hijo nacido como resultado de esta inseminación. La situación de parente biológico y parente legal se identifica. La condición jurídica del menor, su filiación materna y paterna, será reconocida y el hijo es aceptado por el parente, la madre y el resto del grupo familiar. Su situación de hijo producirá todas las consecuencias legales previstas en las legislaciones, entre ellas, patria potestad, alimentos y derechos sucesorios.

En los casos de inseminación *heteróloga*, consentida por la mujer y por su esposo, la madre está unida al hijo por filiación biológica, en cambio, el marido que consintió la inseminación, establecerá una filiación a través de lo que la doctrina moderna denomina “voluntad procreacional”, que es el deseo de asumir a un hijo como propio aunque no lo sea. La aceptación de la inseminación artificial en el cuerpo de su esposa, es la fuente creadora del vínculo de filiación, independiente de la verdad biológica con todas las consecuencias legales, entre ellas la creación de un verdadero *status filii*, aún más, un *status familiae*.

La situación que podría generar problemas sería la posible inseminación de la mujer casada sin que el esposo hubiese otorgado su consentimiento. La sola voluntad de la mujer no debería bastar para que el marido asumiera la paternidad del menor, sin embargo, la legislación en México no permite al marido desconocer al hijo nacido por inseminación artificial *heteróloga*.¹⁹ Aplicando el artículo 324 del Código Civil Federal, se presumen hijos de los cónyuges: los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo.

Las normas de filiación son de orden público y de interpretación estricta, de modo que aun cuando el esposo demostrara la falta de su consentimiento, para la ley él será considerado como padre del menor que haya nacido dentro de estos plazos. Las presunciones antes mencionadas pueden destruirse sólo cuando el cónyuge varón probara que le ha sido físicamente imposible tener acceso carnal con su esposa, en los primeros 120 días de los trescientos que precedieron al parto, o cuando se le haya ocultado el nacimiento.²⁰ Sin esas pruebas no podrá contradecir su paternidad. La Ley General de Salud, en su artículo 466, sanciona al que practica una inseminación artificial sin el consentimiento del esposo, pero, en todo caso, la filiación del hijo con relación al esposo de la madre, queda establecida.

Sin embargo, de acuerdo al análisis que hemos presentado de la inseminación como un acto jurídico, éste sólo se configura con

19 Con fecha 25 de mayo del 2000, se publicaron en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* diversas reformas al Código Civil para el Distrito Federal, con estas modificaciones, se establece en la parte final del artículo 326 que el cónyuge varón: "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". Interpretado este artículo a *cotriario sensu*, el cónyuge varón podrá impugnar la paternidad de los hijos concebidos mediante técnicas de fecundación asistida, cuando no haya habido consentimiento expreso de su parte, en la utilización de estos métodos. Sin embargo, el Código Civil Federal, así como la mayoría de códigos civiles de las entidades federativas, no han tenido modificaciones en esta materia.

20 El Código Civil para el Distrito Federal agrega en este sentido, en su artículo 325, que se admitirán como pruebas en contra de la presunción de paternidad a que se refiere el artículo 324 "...aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer".

la manifestación de la voluntad de los que en ella intervienen tanto material como jurídicamente y que son la mujer, su esposo, el donador anónimo y los profesionales. Si el esposo no manifestó su voluntad no debiera quedar vinculado a las consecuencias de un acto en el cual no participó ni en forma natural, ni expresando su voluntad procreacional.

Si la mujer que se somete a la inseminación artificial es soltera, habrá de distinguir si cohabita con una pareja estable o no. En el primer caso, las legislaciones italiana, francesa y sueca que hemos consultado requieren del consentimiento de esa pareja, en México el reglamento en materia de investigación en su artículo 43 nos señala que para la realización de la fertilización asistida se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario. El consentimiento del concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque no se haga cargo de la mujer o cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido. El mismo comentario del párrafo anterior es aplicable, no se deben atribuir consecuencias jurídicas a aquél que no participó en el acto.

Por otro lado, en las consecuencias jurídicas de la inseminación *post-mortem*, observamos que si la mujer viuda se somete a una inseminación con esperma del marido fallecido, el hijo será sólo de ella. De acuerdo a la explicación que formulamos con anterioridad, la personalidad concluye con la muerte, y el hijo resultado de una inseminación practicada después de la muerte del donador, no tiene padre, la Ley lo considera hijo nacido fuera de matrimonio, pues no estaría dentro de los términos de presunción y por lo tanto, no tendría derecho al nombre ni a la herencia y menos a la vinculación parental con la familia del propietario del semen.

VII. CONSECUENCIAS NO JURÍDICAS

Ante un fenómeno como la inseminación artificial, el jurista debe tomar en cuenta, como expresa Lledó Yagüe: “la ingeniería

genética no puede ser enjuiciada desde una dirección puramente legalista, la cual resultaría insuficiente sino que tiene que apoyarse en datos aportados por otras ciencias".²¹ Agregaríamos la necesidad de tomar en cuenta las consecuencias extra-jurídicas que la inseminación produce, como son las psicológicas.

Javier Hurtado Oliver²² menciona un reporte publicado por el *American Journal of Psychological View of Artificial Insemination*, el cual registra que una de cada cinco familias que optaron por la inseminación artificial sufrieron trastornos psicológicos, entre ellos, el desarrollo de sentimientos de culpa de la esposa por haber dado a luz a un hijo extraño a la pareja. Nosotros nos preguntamos si el marido o la pareja que consintió en la inseminación artificial de su pareja o esposa ¿se sentirá verdaderamente vinculado al "hijo" o lo vivirá como una prueba de su incapacidad para engendrar, que propicie un rechazo hacia el hijo y un resentimiento frente a la esposa?

El donante que entregó su esperma y desapareció, ¿no se inquietará con el tiempo por tener noticias del o de los hijos que pudo haber engendrado? ¿en ningún momento percibirá que donó no sólo un flujo corporal sino su carga genética? En cuando al menor, el desconocimiento de sus orígenes le puede crear problemas en su sentimiento de identidad por el resto de su vida y la sensación de ser diferente a los demás, ¿le inquietará saber quién fue su padre biológico y dónde está? y si no puede obtener estos datos ¿qué sentirá de tener un progenitor anónimo?, un sólo dato en el banco de semen y, en el caso de la madre soltera, sin un padre legal ni afectivo.

Estas preguntas sólo serán resueltas en el transcurso de la vida de la pareja y del hijo nacido como resultado de una inseminación artificial.

21 Lledó Yagüe, *op. cit.*, nota 1, p. 341.

22 Hurtado Oliver, Javier, "Una aproximación a la inseminación artificial para la procreación humana", *Revista Judicial Jalisciense*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, vol. 2, núm. 2, enero-abril de 1992, pp. 47-81.

VIII. DERECHO A LA REPRODUCCIÓN POR INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

1. *Derecho a la reproducción*

Los apartados anteriores nos permiten contar con un esquema de lo que jurídicamente es una inseminación artificial, quiénes intervienen en ella, cómo se regula y cuáles son sus consecuencias, con el intento de establecer lo que considero deben ser los límites al derecho a la reproducción, por medio de una inseminación artificial.

El artículo 4o. constitucional establece: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos...” pero como todo derecho, éste se extiende hasta donde no se vulneren otros derechos reconocidos.

El individuo, comprendidos hombre y mujer, puede actuar con plena autonomía, en cuyo ámbito es soberano. En este supuesto, “el derecho a la reproducción es una expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de su personalidad, derecho que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente por los poderes públicos. Sin embargo, no es un derecho absoluto, es un derecho con límites, si bien éstos no son otros que los derivados del ejercicio de la propia libertad de los demás, el ejercicio de los propios derechos y el respeto a los derechos de los demás”.²³ ¿Hasta dónde el derecho a la reproducción es un derecho autónomo o en dónde empiezan los derechos de los demás? Ya se ha apuntado que en el proceso inseminatorio interviene una variedad de sujetos que deben ser tomados en cuenta, amen de los derechos del nacido. Resulta imprescindible regular el reconocimiento jurídico de todos los sujetos que participen en la generación de un nuevo ser.

23 “Algunas reflexiones jurídicas constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de la reproducción asistida”, *Revista de Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1988, núm. 26, p. 113.

El ejercicio de un derecho está vinculado al principio de igualdad. Todos los sujetos, en igualdad de circunstancias, deben tener los mismos derechos. La discriminación por razón de sexos está prohibida por la Constitución, en tal caso podemos afirmar que tanto el hombre como la mujer tiene derecho a la reproducción por medios de la inseminación artificial.

En el caso de la mujer, ella tiene derecho a ser inseminada con esperma ya sea de donador conocido o anónimo, pero en el caso del hombre ¿cómo se hará efectivo su derecho a la procreación? ¿Tiene derecho a que se le proporcione un útero para que geste su carga genética cuando sea soltero o, si es casado, y su esposa esté incapacitada médica para llevar a cabo una gestación? “En un intento de mejorar la situación del hombre respecto a su derecho a reproducirse debería defenderse su derecho a proveerse de la posibilidad de alquilar úteros para gestar hijos de su propio esperma”²⁴ y sólo así podremos referirnos a un igual derecho a la reproducción reconocido a hombres y a mujeres.

2. Derecho de la mujer a ser inseminada en forma artificial

Una perspectiva individualista unida a las posibilidades de la ciencia en expansión, permite afirmar la existencia del derecho de la mujer a someterse a las técnicas de inseminación. Pero no podemos desconocer la participación de otros sujetos en el proceso y en los efectos de la inseminación artificial. La libertad de procreación de la mujer por medios artificiales debe estar sujeta a estos límites determinados por los derechos de aquellos a quienes afecta en mayor o menor grado la inseminación artificial como son: su marido o pareja estable y los que deben otorgar su consentimiento.

La inseminación homóloga no presenta conflicto de intereses pues, tanto el padre donador del semen como la madre receptora son, a la vez, los progenitores reconocidos por el derecho. La *he-*

24 *Idem*.

terólogo sólo procede cuando el esposo haya otorgado su consentimiento, pues, jurídicamente, se considerará hijo del matrimonio al nacido, afectando la esfera jurídica del esposo al establecerse la paternidad. El hombre libre de matrimonio que convive con una mujer también se vería afectado en sus intereses jurídicos si se establecieran lazos de filiación con el hijo nacido de su pareja si él no otorgara el consentimiento para la inseminación artificial.

3. Situación del donante anónimo

La donación de gametos es generalmente un contrato gratuito formal y secreto entre el donante y el centro autorizado. El donante no pretende una relación de filiación, nunca manifiesta su voluntad procreacional, sin embargo, resulta que la legislación mexicana actual no regula la donación de semen de manera amplia,²⁵ de manera que el anonimato del donante no está protegido por una norma de carácter general, por lo tanto, los contratos que se establezcan no pueden contravenir a lo dispuesto en la legislación civil en materia de filiación, la cual establece en el artículo 382 del Código Civil Federal, que la persona que tenga a su favor un principio de prueba — y el contrato de donación y la inseminación lo serían — puede llevar a cabo una investigación de la paternidad.²⁶ Si llegara a establecerse la paternidad en el juicio, surgirán, aunque ese no hubiera sido la intención del donante, una filiación con respecto al nacido con todos los efectos jurídicos.

25 La Ley General de Salud establece en su artículo 314: "Para efectos de este título se entiende por: I.- Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión...". "Para el control sanitario de los productos y de la disposición del embrión y de las células germinales, se estará a lo dispuesto en esta ley, en lo que resulte aplicable y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan..." (artículo 318). Se requerirá el consentimiento expreso: I.- Para la donación de órganos y tejidos en vida y II.- Para la donación de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas. (artículo 323).

26 El Código Civil para el Distrito Federal, establece en el artículo 382: La paternidad y maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios, *si se propusiere cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos* y el presunto progenitor se negará a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre (cursivas nuestras).

4. Derechos del menor

El “derecho al hijo”, se enfoca desde el punto de vista del adulto, de las personas que consideran tener el derecho a reproducirse, lo cual lleva a considerar al menor como un objeto y no como un sujeto. La cosificación del ser humano es uno de los precios que se paga en beneficio de la procreación artificial. Si instituciones como la patria potestad y la adopción que aparecieron en el derecho romano para beneficiar al *pater-familiae* o al que no tenía descendencia que recibiera su herencia, fueron transformándose en instituciones que cada vez más se preocupan por el bienestar de los hijos, sean naturales o adoptivos, no se encuentra la razón para que la inseminación artificial no atienda de manera preeminente a los derechos del menor que nazca como consecuencia de una inseminación artificial.

El menor que nace como resultado de una inseminación artificial llevada a cabo por una madre soltera, nace sin padre. No podemos dejar de reconocer que existen muchas madres solteras embarazadas involuntariamente o madres viudas pero como expresa Harry Krause, éstas son tragedias de la vida real, “pero no es una buena práctica manufacturar tragedias”. Resulta una contradicción que por un lado se permita la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio, para constituir las relaciones biparentales y que por el otro se propicie el nacimiento de hijos sin padre.

No todas las corrientes comparten la opinión de que el niño tenga derecho a un padre y a una madre. Afirman quienes así piensan, que el niño lo que necesita es sentir un ambiente afectuoso.²⁷ Es indudable, que casuísticamente puede un niño sin padre estar rodeado del ambiente adecuado para su desarrollo físico y emocional, pero casos aislados no constituyen la generalidad y

27 Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, “¿La maternidad es siempre cierta? La modernidad del derecho frente a los avances médicos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. 22, núm. 65, mayo-agosto de 1989, pp. 497-528.

la norma jurídica debe prever circunstancias generales. También puede haber una madre soltera que agobiada por la carga de la maternidad, sin ayuda paterna, se comporte en forma hasta hostil hacia el menor.

En el caso de la fecundación *post-mortem*, como ha expresado Fernando Pantaleón,²⁸ el menor es considerado como un objeto de gratificación personal, como un *souvenir*, para la viuda que extraña a su marido, sin tomar en cuenta que traerá al mundo a un menor sin padre.

Fernando Pantaleón²⁹ plantea el absurdo de que “si se inventara en el futuro una máquina que pudiera llevar una gestación a término sólo con la ‘pequeña paga’ de que los niños nacieran un poco subnormales, se aceptaría porque de otra forma los niños así producidos no hubieran venido al mundo y es preferible nacer sin padre y un poco tarados que no nacer”.

La filiación es una institución jurídica que ordena las relaciones familiares, no sólo del hijo con el padre y la madre, sino que lo entraña con todo el grupo familiar paterno y materno, hermanos, abuelos y tíos. Al negarle al menor el derecho a su padre se le niega el derecho a una filiación paterna y con ella al vínculo jurídico con el resto del grupo familiar paterno.

El desconocimiento de los orígenes genéticos puede causar graves perjuicios psicológicos a una persona sana. Pero los avances en genética³⁰ permiten detectar la presencia de enfermedades o tendencias familiares a padecer ciertas disfunciones, se requiere que éste nazca y crezca en el seno de una familia estable, la buena socialización del menor. La separación del menor de sus padres se justifica sólo en casos de necesidad o cuando la convivencia causara un perjuicio al menor.

28 Pantaleón, Fernando, “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Revista de Jueces para la Democracia*, Madrid, 1988, pp.19-36.

29 *Idem*.

30 El término que se utiliza en la actualidad es *genómica*

5. Interés de la sociedad

A la sociedad entera interesa determinar el estado de las personas y sus relaciones de parentesco para establecer los nexos jurídicos y derivar los deberes y derechos recíprocos entre los sujetos que son considerados parientes. Pero además, la preocupación de la sociedad recae sobre las circunstancias en que los menores nacen y se desarrollan, pues esos menores forman parte y son responsabilidad de esa sociedad, por ello, podemos hacer referencia de un interés público en el bienestar del menor.

IX. CONCLUSIONES

El artículo 4o. constitucional, consigna el derecho de decidir de manera libre responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos. La Ley General de Salud, así como su reglamento en materia de investigación, se refieren a la inseminación artificial en forma tangencial, pero ante la presencia de los distintos intereses que confluyen en ese acto, deben establecerse normas que regulen cuidadosamente la inseminación artificial. Si bien la legislación establece el derecho a la procreación, incluida la que se obtiene por medio de la inseminación, debe entenderse que ese derecho no es absoluto y habrá de regularse tomando en cuenta otros derechos y las especiales circunstancias de cada caso.

El primer término, las prácticas inseminatorias reunirán todas las condiciones técnicas que aseguren los óptimos resultados y no suponga graves riesgos para la salud de la mujer o sus posibles descendientes. Debe permitirse sólo cuando las circunstancias médicas lo justifiquen, en todo caso, debe entenderse que la práctica de la inseminación artificial es una práctica excepcional contra la infertilidad de la pareja y no como una medida usual para traer niños al mundo.

Debe considerarse que el niño no es un medicamento prescrito contra la frustración que ocasiona la falta de un hijo, sino un su-

jeto de derechos tutelados jurídicamente. Desde el punto de vista del donante, esposo, pareja, o de origen desconocido, la legislación habrá de asegurarse de no atribuir la paternidad a quienes no hayan manifestado su voluntad de establecer lazos de filiación y de reconocer los de los que lo hubieren hecho.

La administración pública debe dictar normas para que en los centros médicos especializados en la materia se garantice el respeto a las personas que intervienen en el proceso y se cercioren de las libres manifestaciones de voluntades y el cuidado de gametos y embriones.

La inseminación artificial habrá de someterse a normas precisas. Resulta necesaria la colaboración de los científicos y de los juristas, de modo que el derecho no limite el avance de las ciencias, pero que la ciencia no transgreda los derechos y libertades fundamentales de los individuos y que sólo se traigan al mundo, a través de la inseminación artificial, a niños en el mejor de los proyectos posibles.

X. BIBLIOGRAFÍA

CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Respuesta a algunas cuestiones de actualidad*, México, Librería parroquial, 1987.

LEMA AÑÓN, Carlos, *Reproducción poder y derecho*, Madrid, Trota, 1999.

MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, *La nueva inseminación artificial*, Madrid, 1989.

Hemerografía

BANDA VERGARA, Alonso, “Dignidad de la persona y reproducción humana asistida”, *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, vol. IX, diciembre de 1998.

- CÁRDENAS QUIROZ, Carlos, "Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina", *Revista de la Facultad de Derecho Pontificia*, Universidad Católica del Perú, Lima, núm. 45.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, "En torno a la inseminación artificial en el campo penal", *Revista Jurídica Veracruzana*, Jalapa, t. XII, núm. 3, 1961.
- HURTADO OLIVER, Javier, "Una aproximación a la inseminación artificial para la procreación humana", *Revista Judicial Jalisciense*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. 2, núm. 2, enero-abril de 1992.
- KRAUSE, Harry D., "Artificial Conception: Legislative Approach", *Family Law Quarterly*, vol. XIX, núm. 3, 1985.
- LLEDÓ YAGÜÉ, "Breve discurso sobre bioética y derecho, la revolución biogenética versus sistema familiar", *Estudios de Deusto*, Universidad de Deusto, Bilbao, vol. 34, núm. 2.
- PANTALEÓN, Fernando, "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Revista de Jueces para la Democracia*, Madrid, 1988.
- PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, "¿La maternidad es siempre cierta? La modernidad del derecho frente a los avances médicos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. 22, núm. 65, mayo-agosto de 1989.
- SILVA-RUIZ, Pedro, "El derecho de familia y la inseminación artificial *in vivo e in vitro*", *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, San Juan, vol. 48, núm. 1, enero-marzo de 1987.