

LA FECUNDACION ARTIFICIAL EN SERES HUMANOS CONSIDERACIONES JURIDICAS

Por el doctor Ignacio GALINDO GARFIAS

Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM

1. Preámbulo. En este trabajo, me limitaré a exponer algunas ideas sobre los problemas jurídicos que en relación con la familia presentan ciertos aspectos que juzgo importantes de la biotecnología, en especial aquéllos sobre la fecundación artificial (in vivo e in vitro), la implantación del embrión, la maternidad subrogada y la adopción prenatal.

En términos amplios, estas diferentes hipótesis aluden a los hechos de la técnica biomédica que producen consecuencias jurídicas, todos ellos de particular interés. En este trabajo propongo hacer algunas reflexiones que me parecen pertinentes en cuanto a las repercusiones jurídicas que derivan de tales manipulaciones.

2. Consecuencia que en la familia producen las manipulaciones biogenéticas. Consideraciones generales. Los grandes logros de la biotecnología en las últimas décadas y el asombroso desarrollo de la ingeniería genética, han hecho posible que la reproducción de seres humanos (de la misma manera que la reproducción animal) pueda lograrse en forma asexual; es decir, sin que sea necesaria la cópula carnal.

En no pocos casos, la procreación, ni siquiera requiere la comunicación entre la pareja (hembra-varón) como ocurre en el caso de la fecundación artificial con intervención de un donador, que en principio no debe ser conocido por la mujer que recibe la donación.

Esta vía de procreación como remedio - en principio— de la esterilidad, y la aplicación de otros procedimientos similares, produce graves consecuencias en la institución jurídica de la familia; tanto en su estructura como en sus funciones tales como han sido hasta hoy. En efecto, las relaciones jurídicas familiares desde la más remota antigüedad se han establecido en función de la ayuda mutua entre marido y mujer y de la protección de los hijos que nazcan de las relaciones sexuales de los progenitores entre sí, a quienes el ordena-

miento jurídico confiere derechos e impone obligaciones recíprocas de los padres entre sí y entre éstos y su prole (familia nuclear) y hace surgir lazos de parentesco con los ascendientes de ulteriores grados y con los parientes colaterales de ambos progenitores, hasta el cuarto grado conforme al Código Civil para el Distrito Federal.¹

El parentesco consanguíneo nace entre personas que descienden de un tronco común y constituyen el grupo de personas que se conoce como la familia extensa.

Alrededor de estos hechos de la naturaleza y de estos conceptos fundamentales, el derecho ha creado una sólida estructura jurídica familiar, que ha desempeñado hasta hoy en la sociedad occidental funciones de diversa índole y de innegable importancia para el desarrollo de la persona como sujeto de derechos y obligaciones y como miembro del grupo social. Así el derecho ha organizado a la familia consanguínea entre los padres (el varón y la mujer) y los hijos, los cuáles forman la base de la familia consanguínea extensa. Por manera que existe una secuencia entre la cópula carnal, la fecundación, la gestación, el nacimiento y el parentesco, de donde derivan deberes, facultades y derechos tendientes a la crianza y educación de los hijos, sobre todo de responsabilidades compartidas por ambos progenitores, lo cuál explica que el matrimonio y también el concubinato, aunque éste en menor grado, descansen en la idea de permanencia (y aún de indisolubilidad del matrimonio en el derecho canónico) y de ayuda mutua entre los consortes, y entre éstos y los hijos (el deber de proporcionarles alimento).

Una disposición normativa que presta solidez y firmeza a las relaciones entre los miembros de la familia es la que establece que se presumen hijos del marido, los que la mujer dé a luz después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y los que nazcan antes de los trescientos días siguientes contados a partir de la disolución del matrimonio o desde que de hecho quedaron separados los cónyuges (art. 324 del C.C. del D.F.). Contra esta presunción de paternidad no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido haber tenido acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al parto (art. 325). Ni aún alegando adulterio de la madre, el marido podrá destruir esa presunción de paternidad, excepto que el nacimiento se le haya ocultado o que pruebe que no tuvo acceso carnal con su mujer durante los diez meses que han precedido al parto (art. 326 del C.C. para el D.F.)²

¹ Art. 293. El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

Art. 297. La línea es recta o transversal, la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común.

² Art. 324. **Se presumen hijos de los cónyuges:**

I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.

El marido no podrá desconocer que es suyo el hijo que su consorte ha dado a luz por haber sido fecundada con semen de un tercero, cuando ha prestado su consentimiento para llevar así al cabo la fecundación, aunque pruebe la imposibilidad física de haber sido él quien engendró a este hijo.

Como se desprende de lo expuesto, al producirse una desarticulación entre la paternidad y la maternidad biológica o mejor, genética, y la paternidad y maternidad legal (la maternidad biológica en los casos de gestación en útero de otra mujer a la que después nos referiremos), se prescinde, de la relación matrimonial o cuasi matrimonial en el caso de concubinato y de la presunción de la paternidad o maternidad consanguínea, como base de la institución jurídica de la familia. Se legitima o propicia la posibilidad del nacimiento de hijos sin padre, lo cual también lleva implícito un cambio en el origen biogenético de la familia.

La manipulación en el proceso de la reproducción humana, se refleja en el derecho; se refleja o puede producir la consecuencia de que se origine un conflicto de paternidad en padre biológico y el padre que la ley le imputa a un hijo nacido de mujer puede no ser necesariamente el marido de su madre particularmente cuando éste último ha consentido en que la fecundación de su esposa se lleve al cabo por un tercero (fecundación artificial heteróloga). De allí puede surgir el conflicto de paternidades en presencia del principio "pater est quem nuptiae demonstrant" conforme al cuál para el derecho, el padre sería el esposo de la madre aunque haya prestado su consentimiento para que su cónyuge sea fecundada con semen de otro varón.

3. Las consecuencias de la procreación asexual. La tecnología y la bioquímica permiten la realización del acto sexual sin procreación y a la vez, han abierto la posibilidad de la procreación sin conjunción carnal.³

Puede haber casos en que haya un vínculo biológico sin que exista un nexo jurídico paterno filial, cuando un hijo es procreado fuera del matrimonio y no se puede determinar quien es el padre. Pero no se da en nuestro derecho el caso contrario; siempre que haya un vínculo jurídico conyugal, existirá la presunción de una relación biológica que sustente la filiación jurídica.

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Art. 325. Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

Art. 326. El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su marido, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.

³ GARCÍA MENDIETA, Carmen, *Fertilización extracorpórea, aspectos legales*, Ciencia y Desarrollo, número 65, Año XI, México 1985, p. 32.

La posibilidad de procreación sin contacto sexual y por lo tanto, sin que exista vínculo de ninguna especie entre el varón que proporciona el semen fecundante y la hembra que aporta el óvulo a fecundar, impone la revisión del concepto de parentesco consanguíneo como nexo jurídico de los miembros de la familia que como se sabe se define como la relación de derecho que une a todas las personas que descienden de un tronco común. Ocurre que en el parentesco natural o extramatrimonial, si uno de los parientes ha sido procreado por inseminación artificial, se desarticula la relación de parentesco o cadena de generaciones en lo que toca a una de las ramas (la paterna). Parece entonces que el efecto en cuanto al parentesco será el de que éste únicamente podría establecerse en el caso de la inseminación heteróloga a través de la rama materna. Sólo eventualmente podría establecerse el parentesco real por la rama paterna.

La prueba de la paternidad, no debería descansar ya más en la prueba presuncional o directa del vínculo biológico paterno filial, sino en el reconocimiento prenatal o postnatal que haga el presunto padre respecto del hijo que ha dado a luz una determinada mujer, ni la maternidad depende como hasta hoy, del hecho del parto (tal es el caso de la maternidad o gestación subrogada). Pero ¿no estamos olvidando al hijo así concebido y nacido que puede tener interés legítimo en no ocultar a su verdadero padre o a su verdaderamente madre? ¿Quiénes son o deben ser para el mismo hijo y ante la sociedad sus padres?

Todo ello en virtud de que como ya se apuntó, la biotecnología ha hecho posible la procreación sin cópula carnal.

La acción de investigación de la paternidad, no procedería si la fecundación de una mujer se ha hecho con semen proveniente de un donador, no elegido ni conocido si éste ha conservado el anonimato y se encuentra protegido por el secreto profesional del médico que ha practicado la fecundación artificial. El hijo carece (por decisión de su madre) del nexo de paternidad. Se le ha privado en ese caso del derecho a conocer a la persona que lo engendró. La razón natural y su calidad de persona y de ser humano, le otorga derecho a hacer valer sus derechos frente a quienes dicen ser su padre y su madre y frente a la sociedad entera. Es un derecho vital, inalienable del que nadie absolutamente tiene derecho a despojarlo.⁴

⁴ La ciencia moderna proporciona diversos instrumentos para resolver en modo objetivo la cuestión de la paternidad en disputa. La costumbre social y las decisiones judiciales han fijado los parámetros conforme a los cuales instrumentos pueden aplicarse, en presencia de los derechos implicados en una relación biológica. "Es de interés público el uso de los más confiables y objetivos medios de prueba disponibles para determinar la paternidad, la vez que la de los intereses de un menor se encuentran comprometidos al resolverse sobre una cuestión judicial sobre imputación de la paternidad", POLESKY, Herbert F.M.D. y LENTZ, Susan L.J.D. Prueba de la paternidad: Coordinación entre la medicina y el derecho. North Dakota Law Review, Volumen 60, 1984, Número 4, p. 727.

Las anteriores consideraciones generales sobre las implicaciones de la biotecnología en el Derecho, tienen por objeto situar el tema que propongo tratar en este estudio, en la perspectiva que tendrá en su desarrollo, para ponderar sus consecuencias en la realidad jurídica, de acuerdo con el estado actual de la legislación civil en México, conforme a las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, que se citarán en el desarrollo.

El profesor Luigi Lombardi Vallauri, en relación con estas cuestiones creadas por la tecnología genética, escribe: "... el problema es cuantitativamente minúsculo (la célula y el embrión) políticamente minúscula (seres humanos sin voz, sin voto, sin fuerza contractual) económicamente minúsculo (las cantidades que del gasto público se destinan para estas investigaciones, son insignificantes). Es un problema que concierne a las parejas estériles, a algunos individuos deseosos de descendencia y algunos otros seres vivientes... **y sin embargo el problema es crucial, porque se encuentra íntimamente ligado a la esencia del ser humano**".⁵

4. La biotecnología en la inseminación y fecundación. Dentro de lo que se conoce como biotecnología, quedan comprendidas todas aquellas manipulaciones que se llevan al cabo en el proceso fisiológico de la fecundación y de la gestación, y las que se efectúan en la ingeniería cromosómica del núcleo vital, en manera de intervenir en la modificación artificial de la conjunción de gametos masculino y femenino y en general, todas aquellas intervenciones en el proceso de la fecundación y el desarrollo del embrión. Esas intervenciones biológicas o biomédicas prenatales, afectan necesariamente como ya se dijo a las relaciones de parentesco y a la estructura de la familia y acarrear consecuencias psicológicas y sociales que se reflejan en el ámbito jurídico, en los más variados aspectos.

Será suficiente referirse sólo a algunas de aquellas consecuencias jurídicas que se proyectan en las relaciones de familia, partiendo del momento de la concepción o fecundación, pasando por el período de la gestación que conducen a la paternidad y maternidad, desde el punto de vista biológico y jurídico. Dejemos de lado los problemas que suscita el aborto, el embrionicidio, la embrioterapia, la experimentación con embriones, etc., que deben ser examinados fundamentalmente en estudios realizados desde el punto de vista de su aspecto delictivo y de la deontología médica.

La fecundación puede llevarse al cabo en útero (in vivo) o en probeta (in vitro), la primera puede efectuarse por medio de inseminación artificial.

La gestación, puede ser natural o artificial (hasta ahora sólo ha sido posible en útero humano). Se llama genética, si se lleva al cabo en útero de la madre o agénética si se practica en útero de mujer distinta de la que produjo el óvulo fecundado. La implantación de la célula en el útero de la madre portadora puede practicarse después de haber llevado al cabo la fecundación in vitro.

⁵ *Manipolazione Genetica e Diritto*, Revista di Diritto Civile, Anno XXXI, No. 1, enero-febrero, 1985, p. 3.

Este aspecto atañe en lo jurídico, a la filiación materna.

Por lo que toca a la paternidad, se distingue la aportación o donación de semen y se le denomina **paternidad genética** o consanguínea; la paternidad social corresponde a la filiación adoptiva plena, en aquellos países cuyas legislaciones han acogido esta forma de paternidad (en México sólo tiene lugar legalmente la adopción **semiplena**)^{6,7}.

Volvamos nuevamente a referirnos a la maternidad. Desde el punto de vista biológico y jurídico, puede presentar tres aspectos: puede ser genética la fecundación in vitro, si el óvulo se implanta en útero de la donadora; sólo es gestacional si el óvulo ya fecundado se implanta en útero diferente, o bien puede presentarse como maternidad social o adoptiva. Estas variantes, pueden ofrecer diversas combinaciones entre sí. La más importante es la adopción prenatal o uterina, en la cuál el óvulo fecundado en útero de mujer distinta de la donadora o cuando es fecundado in vitro, si se implanta en el útero de otra mujer, quien ha convenido con la donadora del óvulo en entregar al hijo que dé a luz como consecuencia de esa operación, a la donadora del óvulo y al marido de ésta, (en su caso) quienes lo registrarán como si hubiera nacido de esta última.

Según que el óvulo haya sido fecundado con semen del marido de la donadora o con semen proporcionado por un tercero, podrá hablarse de donación de óvulo o de embrión, teniéndose en el segundo caso además de maternidad adoptiva prenatal, paternidad adoptiva también prenatal. Dentro de estas variantes, la figura que ha suscitado mayor interés, por su frecuente aplicación en la práctica, es la maternidad subrogada por préstamo de útero.

La inseminación artificial heteróloga, es decir la que una mujer casada realiza con semen de un donador que no es su marido, presenta mayores problemas. La inseminación puede llevarse al cabo, con autorización del marido o sin esa autorización

En este segundo supuesto el marido podrá desconocer judicialmente la paternidad del hijo de su esposa habido en esas circunstancias, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 325 y 326 del Código Civil ya citados en esta ponencia, si prueba la imposibilidad física de acceso carnal con su mujer, durante los diez meses anteriores al parto.

La deslealtad de la esposa que se hizo inseminar sin el consentimiento de su marido, constituye un acto reprobable, al ocultar a aquél la causa de su embarazo y estimo también que si éste descubre el fraude, podrá desconocer

⁶ Art. 402. Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como del parentesco que de ella resulte, se limitan al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio, respecto de los cuales se observará lo que dispone el artículo 157.

⁷ Art. 403. Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptante porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges.

la paternidad del hijo, por aplicación extensiva del artículo 330 del Código Civil citado ante los nuevos hechos que al intérprete presenta la inseminación artificial.⁸

La fecundación artificial con el consentimiento del marido, presenta también algunos problemas que es conveniente considerar. La carga de la prueba corresponde a la esposa y además, el juzgador debe ser cauteloso en la admisión de la prueba y en su valoración. En una legislación que se dictara sobre este particular, sólo debería admitirse la prueba documental suscrita por el marido, en la que éste expresamente declare que otorga su consentimiento para la fecundación de su mujer.

Por su otra parte, el médico que practique la inseminación, bajo su responsabilidad deberá exigir esta autorización escrita del marido, antes de proceder a la inseminación.

Un segundo problema que ofrece esta hipótesis, es el tiempo en que se debe considerar subsistente la autorización, ¿se entiende que se presta el consentimiento por tiempo indefinido?. Debe interpretarse que si no es fijado el plazo de duración para hacer uso de la autorización del marido, ésta fué otorgada para una sola operación de fecundación. Si se señala un término, la mujer podrá hacer uso de ella en un número indeterminado de inseminaciones, dentro del plazo establecido en el documento que contiene el consentimiento. En todo caso, el acuerdo marital, puede ser revocado en cualquier momento.

Otro problema no menos grave que los anteriores, es el que se presenta en cuanto a la presunción de paternidad del marido, respecto del hijo o hijos que mientras subsista el consentimiento dé a luz su mujer. Conforme a la disposición terminante y clara del art. 326 del Código Civil citado, el marido no podrá desconocer al hijo que su mujer ha concebido durante el período de subsistencia del consentimiento si ha cohabitado con su mujer por cualquier momento, dentro de los diez meses que han precedido al nacimiento. ¿La prueba de la fecundación heteróloga destruye esta presunción?.

5. Las opciones jurídicas. Ante estos hechos innegables la posición por adoptarse según las diferentes opiniones emitidas al respecto, podría ser la de establecer una completa libertad de investigación y de aplicación de tales técnicas.

⁸ Art. 330. En todos los casos en que el marido tenga derechos de contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio, deberá deducir su acción dentro de sesenta días contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento.

Los tribunales de Canadá (Orford y Orford 58 D.L.R. 251 1921) han declarado que una mujer casada que se hace inseminar por un donador, sin el consentimiento del esposo, comete adulterio. La Corte de Nueva York (Gursky y Gursky 39 Misc. 2d 1083, 242 N.Y. 3d 406 Sup. Ct. 1963) declaró ilegítimo a un hijo nacido de mujer casada que se hizo inseminar artificialmente, sin consentimiento de su marido. Sin embargo el concepto de adulterio descansa en la realización del acto sexual por uno de los cónyuges, con quien no es su consorte.

En otro sentido, una corriente denominada sociológica toma en cuenta el contorno familiar y social en que vive el individuo y en cierto aspecto no admite la desarticulación del amor y el acto sexual.

En otro sentido, la corriente científica, sin desconocer los valores personales y sociales en juego, sostiene la preponderancia fundamental del desarrollo de la ciencia y del conocimiento humano.⁹

En mi concepto, desde el punto de vista jurídico deben deslindarse dos aspectos distintos: a) el campo de la investigación biomédica. En el ámbito estrictamente científico; el respeto a la libertad de investigación debe ser absoluta. Es un campo vedado para el derecho. Por otra parte debe atenderse a otro aspecto; b) las consecuencias jurídicas que entraña la aplicación de la biotecnología y de la tecnología genética, en el proceso de creación de la vida humana que debe ser materia de regulación jurídica para proteger a la persona por nacer que tiene el derecho personalísimo a la vida y a que se respete y se reconozca su verdadera filiación, cuando sea posible establecerla.

“Ante las técnicas elaboradas sobre la contracepción o el aborto la inseminación artificial, la fecundación in vitro, el transexualismo, las posibilidades de prolongación de la vida, los trasplantes de órganos, autopsias, terapéutica en fetos humanos, manipulaciones de embriones congelados, donaciones de óvulos o préstamos de úteros. . . ¿el derecho debe poner un límite mediante a la fijación de normas estrictas y coactivas o al contrario debe penetrar en terrenos inciertos, en zonas misteriosas e inquietantes dejándolas sólo bajo el control de la conciencia de cada uno, para actuar con plena libertad?.”¹⁰

Si se acepta la intervención de la normativa jurídica en el campo de la tecnología médica, debería enfocarse la cuestión desde el punto de vista de la oportunidad y conveniencia de la aplicación de tales técnicas, de la responsabilidad civil y penal de las personas que intervienen, como sujetos activos y pasivos en la práctica de las operaciones y fundamentalmente, atendiendo a normas de orden moral. Entonces tiene que aceptarse y —si se reconoce a la vida un valor supremo del ser humano— que el interés público demanda que el concebido en estas circunstancias, aún no nacido, debe ser protegido por el Derecho.

El autor que he citado últimamente, en relación con la normativa jurídica de la biotecnología, señala que el legislador en esta materia debe tener en cuenta estos tres factores: “Primero. La ley eventualmente debe responder a una utilidad social; Segundo. Debe inspirarse en un principio de justicia; Tercero. Importaría en fin que el legislador no prescinda de toda consideración de orden moral, pero entendiendo que toda moral es contingente, que varía con la coyuntura y que debe ser aplicada a la luz de la evolución social”.

⁹ *La Revolución Biologique et Génétique face aux Exigences du Droit*, Jacques Robert Revue de Droit Public. No. 5, septiembre-octubre, 1984, París, Francia, p. 1256 y sig.

¹⁰ JACQUES Robert, opus locus cit. p. 1259.

Concluye este autor "esta triple preocupación no debería retardar la acción del jurista, sino hacerla simplemente más cautelosa —lo cual no significa inactividad— en la aprehensión de realidades tan complejas".¹¹

Frente a estas pertinentes consideraciones la labor del doctrinario y del legislador ante el sorprendente desarrollo de la medicina moderna en materia de biogenética, debe estar dirigida a preservar la subsistencia de las relaciones familiares y de la familia misma como institución jurídica fundamental, para evitar que se vea perturbado por las manipulaciones que alteran el desarrollo natural del proceso de la fecundación, de la gestación y en última instancia, de las relaciones familiares de la persona cuyo nacimiento obedece a esa intervención no natural en el proceso de su creación como ser humano.

6. La manipulación genética como remedio contra la infertilidad. La biotecnología empezó a aplicarse bajo la forma de inseminación artificial en animales y más tarde para superar la esterilidad masculina en la especie humana, puesto que consiste en colocar artificialmente los espermatozoides en los órganos genitales femeninos para que se produzca el encuentro con el óvulo para producir artificialmente la fecundación. Más tarde se logró la implantación del óvulo en la matriz de la mujer quien se desarrollaría la gestación.

Normalmente este recurso es empleado por matrimonios sin hijos, con semen del marido en útero de la esposa fértil o in vitro, (con gametos del marido y la mujer), cuando por mala conformación orgánica de los órganos genitales femeninos o por la segregación por la mujer de anticuerpos que destruyan los espermatozoides, no puede lograrse la fecundación en el útero de la esposa. Esta hipótesis no presenta mayor problema jurídico en cuanto a las relaciones familiares (filiación y parentesco) porque éstas no se alteran en manera alguna ya que la filiación biológica paterna y materna coincide con el vínculo jurídico de la filiación consanguínea.

Supone esta técnica de fecundación, el consentimiento de los cónyuges. El hijo que así ha dado a luz la mujer, se presume hijo del marido, si ha nacido después de 180 días de celebrado el matrimonio o antes de que concluya el plazo de 300 días de disuelto éste.¹²

¹¹ JACQUES Robert, opus cit. p. 1259.

¹² Artículos 324, 325, 326 y 328 del Código Civil para el Distrito Federal, 324. Se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

325. Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

La determinación del status familiar del hijo que ha nacido por fecundación artificial después de 300 días de disuelto el matrimonio por muerte del marido (fecundación post mortem) es difícil de establecer, porque la legislación mexicana no ha previsto la situación de que la esposa pueda llevar al cabo la inseminación con semen congelado del marido, después de muerto éste.

Por interpretación racional del sistema en que descansa la filiación paterna, y porque la manipulación con el semen del marido no puede quedar al arbitrio de la viuda, ni depender de la decisión de ésta última al proceder a la inseminación después de que el marido ha muerto, la acción de desconocimiento de la paternidad del hijo nacido en tales circunstancias sólo sería improcedente cuando la viuda presente una prueba escrita o indubitable de que fue voluntad expresa del marido que su viuda llevara al cabo la inseminación después de la muerte de éste. Aún así, (y en este respecto se pone en claro la trascendencia de las consecuencias de la inseminación artificial) ¿puede la viuda y el marido de ella en vida, decidir el nacimiento de un hijo en tales circunstancias privándolo de ante mano de la asistencia y los cuidados del padre?. Me pronuncié categóricamente por la solución negativa.

El consentimiento del marido para que pueda practicarse en su esposa la inseminación artificial, se requiere en todo caso, aunque éste sea menor de edad.¹³

7. Fertilización in vitro. Esta manipulación puede tener lugar empleando esperma del marido, de una donadora de óvulo extraído o por medio de la fecundación del óvulo.

Respecto del empleo de gametos del marido y de la extracción de un óvulo de la mujer para producir artificialmente la fecundación extracorpórea, (excluyendo en esta manera la procreación por la vía sexual, para insertar después el embrión por medios quirúrgicos en el vientre de la esposa, o de otra mujer en calidad de madre subrogada), debe decirse que esta delicada manipulación sólo debe ser permitida por la ley en casos comprobados de imposibilidad de la mujer para concebir, por causa de mala conformación de su aparato genital o por otras razones de origen orgánico.

326. El marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.

328. El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.

I. Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte para esto se requiere un principio de prueba por escrito

II. Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar.

III. Si ha reconocido expresamente por suyo el hijo de su mujer.

IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.

¹³ El matrimonio del menor de 18 años produce de derecho la emancipación (artículo 641 del Código Civil para el Distrito Federal).

En todo caso deberá exigirse que la fecundación *in vitro* sólo podrá ser practicada por médicos gineco-obstetras o por médicos ginecólogos autorizados para esa clase de operaciones y sólo se permitirá en clínicas debidamente instaladas y autorizadas para esos efectos.

En principio esta manipulación debe ser considerada desde el punto de vista jurídico de alta peligrosidad y de grave responsabilidad para el médico que intervenga.

En rigor debería rechazarse este tipo de manipulaciones; pero la experiencia revela que es preferible establecer en la ley una rigurosa, severa reglamentación del empleo de la fecundación *in vitro*, ya que la prohibición tajante, no impediría que se siguiera practicando esta manipulación.

8. La fecundación heteróloga *in vitro*. Este tipo de inseminación artificial tiene lugar cuando se realiza con **esperma** de un donador de óvulo de mujer fértil para después de producida la fecundación llevar al cabo la implantación del embrión en la **matriz de la mujer** en cuyo vientre se producirá la gestación y posteriormente **el parto**.¹⁴

El procedimiento, **desde el punto** de vista de la técnica operatoria es igual que la fecundación *in vitro* llevada al cabo con semen del marido; pero desde el punto de vista jurídico **plantea** la disyunción entre la paternidad biológica y la filiación del hijo que de esa manipulación resulte y da a luz una mujer casada, situación a la que ya nos hemos referido en párrafos anteriores.

En otros casos a la inseminación artificial extracorpórea puede agregarse una segunda manipulación que consiste en la implantación del embrión en la matriz de la mujer que ha aportado el óvulo para su fecundación.

Es importante hacer notar que la fecundación *in vitro* difiere de la mera inseminación artificial *in vitro*. Tratándose de la inseminación artificial, *in vivo*, la manipulación termina antes del momento de la concepción. En la fecundación *in vitro* la manipulación tiende primeramente a producir la formación del embrión y consecuentemente la concepción, inicio del período de la gestación que se producirá por implantación del embrión en la matriz de quien a la postre dará a luz al ser así concebido. En este sentido no debe perderse de vista en ninguna manera que el embrión es el ser concebido, es un ser humano en proceso de formación que ya ha adquirido vida aunque incipiente, por el hecho de la concepción y ello introduce en el tratamiento jurídico y moral del problema, un elemento de trascendental importancia, que hasta antes de que se produjera la concepción no aparecería.

Por esta razón ha sido motivo de grave preocupación para los científicos, los moralistas y los juristas, las consecuencias de la **fe**rtilización *in vitro* que deben ser consideradas cuidadosamente como lo han sido en los EEUU de Norteamérica por la National Commission for the Protection of Human

¹⁴ De acuerdo con lo dispuesto en la Frac. XI del Art. 60. del Reglamento de la Ley de Salud, se entiende por embrión el producto de la concepción hasta la décimo tercera semana de gestación y por feto el producto de la concepción a partir de la décimo tercera semana de gestación.

Subjects of Biomedical and Behavioral Research, la cuál después de un estudio que presentó el Comité de Consejo Etico, llegó a la conclusión que no debe implantarse en el seno materno un embrión de más de 14 días después de la fertilización y que esta operación sólo puede llevarse al cabo con gametos obtenidos entre un varón y una mujer unidos legalmente por matrimonio.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, el problema ha sido resuelto en mi concepto en el derecho mexicano, desde hace muchas décadas en forma definitiva; dicho precepto dice: "Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

Con base en esta disposición protectora del ser humano aún antes de nacer éste, la fecundación in vitro, debe ser rechazada por el respeto que merece el proceso biológico de ser humano desde el momento mismo de su inicio y en concordancia con la protección que establece el artículo 22 del Código Civil que se cita.

En efecto sólo en la línea de su verdadera naturaleza, la persona humana puede realizarse como "totalidad unificada". Ahora bien esa naturaleza es al mismo tiempo corporal y espiritual. El ser humano no puede ser reducido a un complejo de tejidos, órganos y funciones, ni puede ser valorado con la misma medida que el cuerpo de los animales, ya que es parte constitutiva de una persona, que a través de ese complejo se expresa y se manifiesta la persona como ser humano en su completa integridad.¹⁵

9. Maternidad subrogada. Mediante esta operación, cuando la mujer es estéril, el marido insemina con su esperma a otra mujer que acepta llevar al hijo en su seno durante el embarazo y entregarlo a la pareja a su nacimiento. Como se ve, se trata de un caso de maternidad sustituta en que la mujer que ha sido inseminada conviene en llevar en su vientre al ser así concebido, durante todo el período de la gestación y darlo a luz al concluir ésta. La mujer inseminada es una "madre sustituta" que ha prestado su útero para que pueda lograrse en él lo que no podría realizar una mujer estéril.

Para que pueda tener lugar esta manipulación se requiere la celebración de un convenio entre la mujer estéril y la madre sustituta conforme al cuál, ésta última consiente en ser inseminada con gametos del marido de aquélla y en soportar el embarazo y los riesgos del parto. Dicho convenio incluye una cláusula en la cuál la mujer que ha prestado su útero (madre biológica) renuncia a la maternidad y acepta, antes de la concepción del hijo, en que sea acogido (que no adoptado) por la pareja que pretenda con ello aparecer ante la sociedad y ante el Derecho como el padre y la madre de ese infante. Pero ¿la

¹⁵ Vid. Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la Dignidad de la Procreación, Congregación para la Doctrina de la Fe. L'osservatore Romano, Ciudad del Vaticano, 13 de marzo de 1987.

maternidad o la paternidad son renunciables? ¿La paternidad y la maternidad pueden ser objeto de contrato? ¿Se puede válidamente de la filiación de una persona?

He descrito someramente esta manipulación biológica y además pretendidamente jurídica a todas luces ilegal, para poner en relieve las consecuencias de derecho que pueden producir ciertos logros de la ingeniería genética. Es sabido que en varios países los préstamos de útero constituyen un negocio organizado y muy lucrativo, pero fraudulento e inaceptable en cuanto es flagrantemente violatorio de un principio de orden público, conforme al cuál la paternidad y la maternidad no pueden ser objeto de contrato, de renuncia o de convenio y por lo tanto son inexistentes y carecen de total eficacia jurídica los pactos que se celebren aún entre los cónyuges y la madre sustituta para entregar a su cliente un producto biológico terminado.

Conforme al artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal, los derechos y obligaciones que nacen de la paternidad y de la maternidad no son renunciables.

Por lo demás, conforme al artículo 277 del Código Penal, para el Distrito Federal, incurre en delito contra el estado civil de las personas, quien atribuya a un niño recién nacido a mujer que no es su madre o usurpe el estado civil de otro, con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden.¹⁶

Así pues en el derecho mexicano, la maternidad subrogada es por fraudulenta, inmoral y delictuosa y está sancionada con pena corporal. Tal manipulación aparte su ilicitud, ha planteado en la práctica problemas de hecho que causan gravísimos perjuicios al infante concebido y gestado en el vientre de una mujer que pretende transmitir los deberes de la maternidad biológica y lo más grave aún es que puede ocurrir que la madre se niegue a entregar al hijo que ha dado a luz ¿puede ser forzada al cumplimiento del convenio de maquila? Evidentemente no. O por lo contrario si la mujer con quien la madre sustituta celebró el convenio de préstamo de útero se niega a recibir y hacerse cargo del ser así concebido ¿puede ser constreñida a cumplir el contrato? Sin duda que no, en razón de que el contrato tiene por materia un objeto jurídicamente imposible.

¿Cuál sería la situación legal del embrión? ¿Puede la madre que es portadora del feto durante el embarazo, disponer de él a su arbitrio? ¿Quién está

¹⁶ Art. 277. Se impondrán de uno a seis años de prisión o multa de cien a mil pesos, a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes:

- I. Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre;
- II. Hacer registrar en las oficinas del estado civil un nacimiento no verificado;
- III. A los padres que no presenten a un hijo suyo al registro con el propósito de hacerle perder su estado civil, o declaren falsamente su fallecimiento, o lo presenten ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas;
- IV. A los que sustituyen a un niño por otro, o cometan ocultación de infante, y
- V. Al que usurpe el estado civil de otro, con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden.

autorizado para cuidar y vigilar la conducta y la vida privada de la madre biológica, durante el embarazo, hasta el nacimiento del hijo?. Estas y otras muchas cuestiones de semejante gravedad, suscita este procedimiento técnico.

Como ya lo señalé en páginas anteriores, la respuesta adecuada a esta cuestión es el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal reproducido en sus términos en los códigos civiles de los Estados de la República en presencia de estos hechos no previstos expresamente, pero implícitamente prohibidos por la protección que al nasciturus establece el Código Civil citado.

Por otra parte, el artículo 67 de la Ley de Salud, publicada el 7 de febrero de 1984, otorga a la Secretaría de Salud facultades para intervenir en lo relativo a la planificación familiar que "comprende el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana".

Conforme a dicho precepto legal la Secretaría de Salud en ejercicio de esta autorización sólo puede intervenir en las cuestiones relativas a la "investigación" en esas materias, pero no a la aplicación o manipulación de las técnicas relativas a la creación o producción artificial de las técnicas relativas a la creación o producción artificial de seres humanos.¹⁷

Debe además tenerse presente que de acuerdo con el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, "todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" y conforme con el párrafo 3º del artículo 16 de esa misma Declaración Universal, "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

En conclusión, el Estado a través de sus órganos competentes debe legislar sobre inseminación y fecundación artificial, trasplante de embriones de seres humanos, con el fin de privar de eficacia jurídica de convenios o contratos que tengan por objeto el préstamo de útero, y declarar delictuosa la maternidad subrogada.

RESUMEN

1. En este trabajo no me ocupo de las relaciones familiares en la medicina moderna, en general, por ser un tema sumamente extenso. Expondré algunas ideas sobre los problemas jurídicos que surgen de la biotecnología y de la ingeniería genética y las relaciones familiares.

¹⁷ El artículo 60. fracción X del Reglamento de la Ley de Salud dispone:

"X. **Disposición de órganos, tejidos y cadáveres y sus productos:** el conjunto de actividades relativas a la obtención, preservación, preparación, utilización, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres, incluyendo los de embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o de investigación.

2. La tecnología en la rama genética ha logrado grandes progresos hasta llegar hoy en día a separar la cópula sexual y la creación de la vida y aun la relación paterno filial, que es la base de la familia. La organización jurídica de la familia se sustenta en el parentesco y en la filiación consanguínea (paternidad y maternidad genética) la cópula carnal y el hecho biológico de la fecundación del óvulo en el seno materno así como en la relación permanente de los padres con los hijos. La noción jurídica de grupo familiar, de la paternidad y la maternidad, el parentesco (particularmente en la línea ascendente) supone la existencia de un tronco común constituido por la convivencia del matrimonio o del concubinato siempre de un solo hombre y una sola mujer cuya descendencia constituye los grados de parentesco en la línea recta.

3. La inseminación artificial ya sea en vivo o in vitro, la fecundación del óvulo por medios mecánicos, (in vitro o in utero) el trasplante de embriones, la maternidad subrogada, los contratos de préstamo de útero, que son procedimientos técnicos para superar la infertilidad (en el varón o en la mujer) no pueden ser objeto de comercio jurídico. El derecho en términos generales reprueba estas prácticas por ser repugnantes a la moral (bancos de semen, profesionalización del servicio de préstamo de útero) y por ilícitos (comercialización del suministro de semen o de óvulos, celebración de convenios para renunciar a la maternidad, y para ocultar la maternidad biológica de la mujer subrogada en calidad de madre portadora del hijo durante todo el período de la gestación.

4. Téngase en cuenta que la familia conforme al derecho civil mexicano, como en la mayor parte de las legislaciones del mundo occidental, se funda en la paternidad y en la maternidad biológica, y por lo tanto el matrimonio desempeña en este respecto un papel importante en la medida en que los hijos son creación de ambos padres y la seguridad de éstos está garantizada a través de la presunción de paternidad del marido de la mujer que ha dado a luz un hijo dentro de matrimonio (180 días después de celebrado éste y antes de 300 después de disuelto).

5. Esta presunción pierde la fuerza probatoria que hasta hoy le atribuye el derecho objetivo, frente a la manipulación en que consiste la inseminación artificial, cuando se realiza con semen de un tercero donador y en el caso de la maternidad subrogada. Es decir en presencia de esta técnica de la ingeniería genética, la presunción de paternidad del marido carece de prueba probatoria ante la procreación asexual. Por lo tanto la estabilidad de la familia no descansa en el vínculo de consanguinidad, ha dejado su lugar a un procedimiento técnico —y diría también— mecánico artificialmente aplicado.

6. Unarepercusiónno menos importante de la biotecnología en las relaciones familiares y que excede con mucho el campo de lo jurídico, es esa búsqueda del procedimiento para crear seres humanos sin lazo de parentesco paterno, tal ocurre cuando la madre soltera se hace fecundar con semen de un donador desconocido. En esa manera priva a su hijo de la paternidad dispo-

niendo así la madre, de la persona y de la vida familiar y social del ser que ha dado a luz.

Por la voluntad de la madre (o en su caso del padre) desde el punto de vista jurídico no se puede lícitamente disponer del apoyo que significa la patria potestad cuyo ejercicio recae por disposición del art. 414 del C.C. tanto en el padre como en la madre.

7. El ser humano, en su calidad de persona, no puede ser objeto ni de contrato o convenio ni de la decisión unilateral de voluntad de otra persona, aunque sea su progenitor o progenitora.

8. Fundamentalmente se hacen las dos siguientes observaciones:

a) Conforme al artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal desde el momento en que un ser es concebido, "entra bajo la protección de la ley".

b) Con este fundamento, debe considerarse ilícita la inseminación en mujer soltera; la donación de óvulo y la implantación del mismo en mujer soltera o en mujer casada con semen de quien no es su marido (inseminación heteróloga) la manipulación (aun con pretexto de investigación científica) del embrión humano.

9. Los convenios de cualquier naturaleza que sean, sobre préstamo de útero son jurídicamente inexistentes por falta de objeto posible y además su celebración es un acto delictuoso, como lo establece el Código penal del Distrito Federal porque a través de él se atribuye la maternidad de una persona a mujer que no es la madre biológica y porque contribuye a una **usurpación del estado civil** de otro (la calidad de padre o madre convencional en sustitución del padre o madre biológico) y en esta manera se adquieren derechos de familia que no le corresponden ni al hijo, ni a los progenitores (artículos 277 del Código Penal del Distrito Federal, fracciones I y V).

10. El Código de la Salud, (artículo 67) otorga a la Secretaría de la Salud facultades para intervenir en lo relativo a las investigaciones relativas a la infertilidad humana, pero no autoriza la aplicación de las técnicas relativas, en seres humanos.

Este precepto que forma parte de una ley administrativa (7 de febrero de 1984) requiere que se dicte una adecuada reglamentación sobre esta materia, en coordinación y armonía con el principio establecido en el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal ya mencionado y que reafirme en todo la sanción impuesta en el artículo 277 del Código Penal que he mencionado en el desarrollo de este trabajo.

11. Bien considerado el tema, llego a la convicción de que el papel del jurista en este respecto es el de reglamentar la actividad del científico y especialmente del tecnólogo en esta materia; pues desde el punto de vista de los valores humanos no debe permitirse la intervención del hombre en un terreno tan oscuro como es el de la creación de la vida, sin asumir por ello la **gravísima responsabilidad que desde el punto de vista del derecho civil y del derecho penal, implica el llevar al cabo una actividad por sí misma de graves consecuencias sobre la vida humana.**