EFFECTOS JURÍDICOS DE LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL EN LA ESPECIE HUMANA (*Segunda parte*)

Dr. Fernando FLORES GARCÍA *

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la programación trazada para este ensayo, en esta segunda parte intentaré abordar las perspectivas y los efectos que concierne al aspecto jurídico, de las muy variadas formas de la inseminación artificial practicados y ahora experimentados con trazos nebulosos y hasta dramáticos en la especie humana.

2. EFECTOS JURÍDICOS DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

A. Consecuencias civiles de la fecundación artificial

En el análisis de los efectos jurídicos que en la rama civil se deriva de la fecundación artificial, hay que tener presente el concepto definitorio de ella, como la introducción del espermatozoide en el interior de los órganos genitales de la mujer, de un modo que no sea una relación sexual.⁵² Lo que caracteriza el procedimiento es la disociación del acercamiento físico y de la concepción del coito y la inseminación de la mujer. La pluralidad de los códigos han admitido como un postulado que los dos sexos se encuentran en estrecha relación e indivisiblemente ligadas. ¿Qué ocurrirá, pregunta Maury,⁵³ cuando de hecho ya no lo son? ¿Cuáles serán las consecuencias de su separación, ya sea refiriéndose a las relaciones entre esposos, ya a los hijos nacidos en esas condiciones?

Nos encontramos ante todo, con el silencio de la mayoría de los códigos civiles⁵⁴ sobre esta materia. Es natural. Los Códigos vigentes,

* Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la UNAM.

⁵² PALMER, *obra y localización citadas*.

⁵³ MAURY, Jacques, *La inseminación artificial*. Suplemento de la revista argentina Ley, 20 de abril de 1950, I.

⁵⁴ Ver C. C. Morelos, artículo 199, fracción XVIII.

salvo algunas excepciones son de final del siglo pasado o de principios del corriente y aun los más recientes siguen en el derecho de familia la orientación tradicional. La fecundación artificial en seres humanos todavía no se había desarrollado ni era previsible su aplicación.

Todos los cuerpos legales ignoran el asunto que nos ocupa. Como ha dicho Ploscowe:⁵⁵ “Toda nuestra legislación sobre la familia correspondiente a los derechos, deberes y obligaciones de padres e hijos está limitada en la procreación de los hijos por los medios naturales de “acción sexual”. Al avenir las nuevas técnicas se producen situaciones de hecho que ya no pueden ser subsumidas en las antiguas regulaciones. La legislación acusa ahora de una laguna que es preciso colmar. Pero tiene razón Savatier al decir: “Será preciso consultar tanto el espíritu como la letra de estas disposiciones para adaptar su contenido a los problemas nuevos”.⁵⁶

Sin embargo, aunque el espíritu de la ley es claro, la aplicación de sus fórmulas positivas a casos concretos puede presentarse como dudosa, por eso, en los países donde los casos de inseminación artificial han llegado a los Tribunales de Justicia, sus resoluciones han sido contradictorias.

Hasta la fecha, que sepamos, sólo dos legislaturas de sendos Estados de la Unión Norteamericana se han ocupado de preparar la legislación positiva. Y en Inglaterra fueron dedicadas a este tema, en debates parlamentarios, las sesiones de la Cámara de los Comunes de 29 de marzo y 19 de abril de 1945, los *bills* correspondientes no tuvieron buena acogida. Un autor escribió de los *bills* norteamericanos que “apresuradamente concebidos con inadecuado estudio, habían muerto en la Comisión”.⁵⁷

El texto del Senado de Nueva York decía literalmente así: “Un hijo nacido de mujer casada por medio de inseminación artificial, con el consentimiento tácito o expreso de su marido, será considerado legítimo hijo de ambos; y tal marido y esposa y tal hijo tendrán entre sí las relaciones legales de padre e hijo, y tendrán todos los derechos y estarán sujetos a todos los deberes de esta relación, incluyendo los derechos de herencia”.

El del Senado de Virginia estaba concebido en los siguientes términos: “Hijos nacidos como resultado de inseminación artificial serán

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 449.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 21.

⁵⁷ *Artificial insemination: A parvenu intruder on ancient law*, The Yale Law Journal, vol. 58, p. 470.

considerados lo mismo que el hijo legítimo a todos los efectos, si el marido de la madre ha consentido a la operación”.

Ninguno de los textos es satisfactorio, ni siquiera dentro del orden jurídico civil, pasando por alto la ilicitud moral de tales prácticas. No es satisfactorio porque resultan incompletos y son tan genéricos, que la laguna legal, en muchísimos aspectos, queda sin colmar. Ambos proyectos abordaban sólo el problema de la inseminación en mujer casada y con el consentimiento del marido. Quedaban fuera de tales proyectos de regulación las mujeres solteras y viudas y las casadas que se hagan fecundar sin el consentimiento o contra la voluntad del esposo.⁵⁸

Situación civil de los hijos nacidos por prácticas eutelegénicas. Seguiremos el orden propuesto por Martínez Val,⁵⁹ estudiando el estado legal de la mujer soltera y posteriormente, el de la casada; el caso de la mujer viuda puede ser asimilado, según el tiempo de su viudez y de su fecundación, en cualquiera de los casos anteriores.

1. *Caso de la mujer soltera.* A la luz de la reglamentación civil hispana Batlle⁶⁰ afirma que si una mujer soltera o viuda, fuese inseminada artificialmente, el hijo que tuviere, en caso de no poderse probar la procedencia del semen, y por virtud del sistema adoptado por el artículo 132, y por el correspondiente 360 del Código Civil Mexicano, se hubiera considerado como “hijo natural”. Nuestro Código Civil de 1932 no conoce la odiosa figura, sino que norma lo relativo a los hijos nacidos fuera de matrimonio, con todos los derechos y obligaciones de éstos respecto de la madre.⁶¹

En cuanto al padre probablemente existirá siempre su desconocimiento, sólo que el dador seminal reconociera en forma voluntaria al hijo, suponiendo que pudiera identificarse la procedencia de la paternidad, se podría hacer la calificación y el reconocimiento del hijo natural, y naturalmente en la hipótesis de que el padre no tuviere impedimento.

Para Martínez Val resulta muy dudosa la posibilidad legal de que el donador del semen pueda reconocer al hijo, aun en el caso de comprobarse la procedencia de su producto seminal, porque del sistema legislativo civil español y de su espíritu, se desprende que solamente

⁵⁸ MARTÍNEZ VAL, *op. cit.*, p. 68.

⁵⁹ *Op. cit.*, pp. 69 y ss.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 667.

⁶¹ Ya anotamos la opinión de S. Campos, que aboga por la admisión de Instituto Legal sobre filiación artificial a favor de los hijos de mujer libre, honesta con un límite mínimo de edad.

es padre quien fecunda por cohabitación; como de manera expresa consigna el artículo 1717 del Código Civil alemán, al considerar padre al que ha cohabitado con la madre dentro del plazo de la concepción, es decir, en el lapso comprendido entre 181 días hasta 302 anteriores al nacimiento. Además estima el citado autor, que la mujer soltera que hubiese concebido por la eutelegenesia podría oponerse a la pretensión de reconocimiento hecho por el donador, no sólo por haber faltado un *animus maritalis* con el mismo, por la falta de cualquier clase de consentimiento en atención a la persona del donador, sino también por haber faltado al acceso carnal; hay que agregar la falta de consentimiento en la mujer para entablar tan íntimas relaciones de carácter familiar a través del hijo del donador, es evidente también, que le bastaría a la mujer una confesión de haber colabiado normalmente, sin la obligación de determinar a una persona en concreto, para que el juez, ante la concurrencia de posibilidades normales y conforme a escritura, negara el reconocimiento, o la paternidad del donador. Y concluye diciendo que a similares situaciones se llega en el Derecho francés, germano y suizo; en los cuales por falta de certeza absoluta de la paternidad por la vía de inseminación artificial, un hijo puede quedar privado de manera rigurosa del reconocimiento que pretendiese hacer su auténtico y verdadero padre natural o biológico, el donador seminal.⁶²

En Inglaterra un caso que parece haber apasionado a la opinión pública, tuvo por origen la demanda de anulación de matrimonio deducida por la mujer en razón de no haberse consumado el matrimonio; pero en el caso de la actora, por obra de la inseminación artificial proveniente de gérmenes de su esposo, había dado luz a un hijo.

Dos cuestiones se plantearon: la primera, si la operación realizada con consentimiento de la esposa era o no jurídicamente equivalente a la consumación del matrimonio; la segunda, si la mujer no debía ser tenida como a cubierto del vicio de que el matrimonio pudiera haberse afectado. El juez inglés estimó que el matrimonio no estaba consumado y que la mujer no había renunciado a demandar su nulidad por el hecho de la inseminación.⁶³

Ante los tribunales del Estado de Nueva York la cuestión se planteó también hace tiempo, en el famoso caso "Strnad vs Strnad", que

⁶² *Obra y localización citadas.*

⁶³ LAZCANO, *op. cit.*, p. 408.

tuvo que fallar el magistrado H. C. Greenberg.⁶⁴ La demanda, emanada de una mujer separada judicialmente de su marido, a la cual se había confiado la guarda del hijo, niña de 4 años de edad, tendía a suprimir o reducir considerablemente el derecho de visita del padre putativo o legal. Después de haber demandado un examen de sangre la actora alegó que su marido no tenía derecho sobre la niña, porque no había intervenido para nada en su concepción: la inseminación artificial de que era fruto se había hecho con el concurso de un dador anónimo.

El juez que atendió el caso declaró el hecho de que la niña fuera resultado de una fecundación artificial o de concepción natural era indiferente en lo que concierne a los derechos del padre legal, desde que éste se había interesado por él y había participado en su sostén. El marido no debía ser penado por haber consentido la inseminación artificial y la niña debía tenerse como legítima y tratada como si hubiese nacido de relaciones regulares de los dos esposos (*New York Times*, 13 de enero de 1950).

Cabe decir al respecto que tanto la justicia de Londres como la de Nueva York, en los casos señalados han parecido impresionadas por las consecuencias peligrosas que su decisión podía tener sobre la legitimidad del hijo. El juez inglés no vaciló y anulando el matrimonio hizo del hijo un "hijo natural" (que a mi juicio sería legítimo entre nosotros por la institución del matrimonio putativo), pero declaró que esa consecuencia por inconveniente que fuera era inevitable y que además, la situación del hijo natural no es tan desfavorable como ayer y que las condiciones particulares del nacimiento del niño no implicaban ningún deshonor para él o para sus "padres". En cambio, el juez estadounidense se mostró demasiado ansioso de conferir al niño en cuestión la calidad de legítimo, ansia que lo inclinó a validar de cualquier modo el procedimiento de la inseminación artificial. Cabe recordar que en el curso del juicio, el tutor *ad hoc* designado para el hijo, había declarado que una decisión contraria a su legitimidad tendría como consecuencia afectar a algunos de los 20 mil niños que según las estadísticas médicas han sido concebidos artificialmente hasta esa fecha en los Estados Unidos.⁶⁵

En resumen, la inseminación artificial de mujer soltera, viuda o divorciada, produce con relación al hijo la calificación de "hijo fuera

⁶⁴ MARTÍNEZ VAL, *op. cit.*, p. 87, cita las noticias directas que en carta particular le envió el propio juez norteamericano en diciembre de 1951.

⁶⁵ LAZCANO, *op. cit.*, pp. 499 y ss.

de matrimonio” y con dificultad puede obtenerse el reconocimiento del mismo por el padre. Se implican en la generalidad de los casos la ausencia de la paternidad, de los derechos hereditarios y demás prerrogativas que se derivan de la propia paternidad, con respecto al hijo extramatrimonial.⁶⁶

Por lo que concierne a la inseminación artificial de mujer soltera encuentra tratamientos contradictorios en sus repercusiones jurídicas:

Silva Ruiz refiere que en los Estados Unidos, a la vez de los fallos del Tribunal Supremo Federal al resolver que la decisión individual de procrear es un derecho fundamental comprendido en el derecho a la intimidad, se ha sostenido que es de dudosa constitucionalidad que la legislación (secundaria, pienso yo) prohíba la AID por mujeres solteras.⁶⁷ Sobre este mismo criterio, el jurista mexicano Galván Rivera se manifiesta en contra, al aseverar: “A juicio nuestro, el Derecho constitucional mexicano vigente no presenta este problema; consideramos que en forma incuestionable al afirmar que tanto las mujeres casadas como las solteras pueden, recurrir válidamente a los métodos de fecundación asistida, toda vez que el párrafo segundo del artículo 4o. de la Constitución federal establece que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos”, sin limitar esta facultad a determinadas personas en función de su edad, estado civil o cualquiera otra situación de hecho o de derecho.⁶⁸

En nuestro país, la Ley General de Salud, vigente desde el 1o. de julio de 1984, en su numeral 466, ordena: “Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento (advértase que la norma no distingue si esa mujer es casada o *soltera*), si ésta fuere menor o incapaz, realice con ella inseminación artificial (tampoco discrimina si es homóloga o heteróloga) se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años”.

2. *Caso de la mujer casada.* De la reglamentación del 324 al 353 del Código Civil Mexicano para el Distrito Federal de 1928, si la mujer es casada en todos los casos en que el plazo de concepción quede incluido en los términos legales dentro del matrimonio, habrá que atribuir al hijo la calidad de legítimo, siendo indiferente que el ger-

⁶⁶ El Código Civil Mexicano reglamenta el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio en sus artículos 360 al 389.

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 208.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 83.

men fecundante sea o no del marido, según la presunción establecida en el artículo 324 que establece: “se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio.

II. Los hijos nacidos dentro de los 300 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 el hecho quedan separados los cónyuges por orden judicial.

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

Contra la presunción del artículo 324 no se admite otra prueba, que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento (artículo 325 del Código Civil Mexicano). En este último artículo se señala como excepción de la presunción, la ausencia del marido, pero aun cuando ésta fuera totalmente demostrada, piénsese en la posibilidad del envío del esperma a distancia.⁶⁹ La presunción contraria a la paternidad favorece al marido en el caso de ausencia, pero adviértase que el Código habla de acceso del marido a la mujer y ello debe entenderse en el sentido de “vera cópula”, porque lo contrario, dice Batlle,⁷⁰ sería dar a la ley un amplio sentido en materia que por ser odiosa debe ser objeto de interpretación restrictiva y que no favorezca la realización de una práctica inhumana.

Martínez Val señala el peligro de que un marido ausente durante el plazo hábil de fecundación y embarazo a término, imposibilitado por tanto, de tener acceso con su mujer, podría victoriosamente, combatir su propia paternidad, en el caso de que por avión hubiera remitido su semen y lograra fecundarla,⁷¹ amparado por tal interpretación de la presunción contraria y ello aunque se probase la identidad del semen y las prácticas inseminantes; en tal caso, resultaría que tales prácticas

⁶⁹ Caso señalado por numerosos autores y que nosotros apuntamos en páginas arriba de este trabajo.

⁷⁰ *Obra y localización citadas.*

⁷¹ Gemelli, citado por Batlle señala otros casos en que algunos maridos norteamericanos, que en ocasión de la guerra, remitieron desde Europa sus productos seminales por la vía aérea.

habrían servido para que el esposo alegara y pidiera la separación legal o el divorcio y para la inseminación de un hijo legítimo. La misma ley civil tal como hoy regula la institución matrimonial y familiar, afirma el citado autor, resultaría burlada por la inseminación artificial en la mujer.

Ploscowe⁷² supone el siguiente caso: 'Considérese lo que podría ocurrir en un Tribunal de Louisiana, en un procedimiento para determinar el estado legal de un niño que fuese producido por inseminación artificial. El Código Civil de Louisiana, bajo la influencia de la ley francesa, define tres clases de hijos: legítimos, ilegítimos, que pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio de sus padres o por reconocimiento antes del matrimonio, y bastardo adulterino, que es definido como hijo producido por una ilícita cohabitación entre dos personas que al tiempo de que el hijo fue concebido tenían vínculo matrimonial con alguna otra persona. Los bastardos adulterinos, según la ley de Louisiana, no pueden ser legitimados ni siquiera por el subsiguiente matrimonio de sus padres.

Imaginemos que una mujer en Louisiana tiene un marido que es estéril. Ella desea un hijo y se somete a la inseminación artificial con el semen de un hombre que no es su marido. El padre real de su hijo, por ésto, no es su marido, sino la persona que provee el semen. Es claro que al nacimiento del hijo la madre no podría casarse con el donador sin cometer bigamia. Es altamente notable, por esto, que el hijo fuera consignado con el estado legal de "bastardo adulterino".

También es de considerar el caso de fecundación artificial con semen de donador sin consentimiento del marido. La presunción legal establecida por nuestros preceptos civiles tendrá plena eficacia en torno a la legitimidad del hijo concebido; y relacionarlo con la definición que Montero⁷³ da en torno de estos impedimentos: el mecanismo durable de la generación, hay que distinguir entre lo que es obra del hombre y lo que es obra exclusiva de la naturaleza.

Hay *impotencia* en sentido jurídico, cuando el hombre o la mujer no pueden poner en el acto de la unión carnal aquellos elementos que la naturaleza les ha encomendado que pongan: no hay impotencia, sino sólo *esterilidad* cuando supuesta la acción del hombre en debida forma, es la naturaleza la que no desarrolla su actividad propia com-

⁷² *Op. cit.*, p. 498.

⁷³ MONTERO, Eloy, *El matrimonio y las causas matrimoniales*, Madrid, 1941, p. 123.

pletando la acción humana. Es lo que el Derecho canónico llama impotencia *coeundi* y por otro lado, impotencia *generandi*.

Si la mujer casada es fecundada artificialmente con semen del donador aun sin el consentimiento de su esposo, nuestro Código Civil presumiría hijo del matrimonio, al que en realidad, según el decir de muchos autores, sería un hijo adulterino.

Sólo cabría al marido alegar la imposibilidad física, de haber tenido acceso carnal con su cónyuge; o bien demostrar cualquiera de los dos impedimentos señalados: impotencia o esterilidad; ya que la demostración de la procedencia del semen y de las prácticas inseminantes, posiblemente fueran insuficientes para probar su afirmación.

Otra hipótesis interesante sería la de un matrimonio contraído por hombre impotente que autorizase la inseminación artificial de su esposa con semen donado, para dar apariencias de consumación y validez del matrimonio eclesiástico, que se hubiera exigido como condición para obtener determinados derechos.

También se ha pretendido considerar a la inseminación artificial heteróloga como supuesto de adopción prenatal; argumentando que se puede justificar con más razón que la adopción, donde se recoge con todos los derechos de un hijo a un ser totalmente extraño a los adoptantes; mientras que en la inseminación artificial, el hijo concebido tiene cuando menos la mitad de afinidad y descendencia con los padres, mejor dicho de los esposos.

Dentro de la legislación mexicana, no podría justificarse la adopción prenatal, porque el artículo 390 del Código Civil establece que los mayores de 30 años y en pleno ejercicio de sus derechos y que no tengan descendientes pueden adoptar a un menor o a un incapacitado, aun cuando sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga 17 años más que el adoptado, que la adopción sea benéfica a éste. Al adoptado se le considera siempre como *existente y nacido*, quedando por tanto descartada esa pretendida figura heteróloga en matrimonio. Donde no haya descendencia; y como nuestra ley civil exige esta condición para permitir la adopción, queda prohibida la hipótesis de la inseminación artificial con producto activo extraño al marido, de un matrimonio que tuviera hijos legítimos o legitimados. Aunque parezca extraño señala Martínez Val,⁷⁴ la bibliografía norteamericana da cuenta de matrimonios que tienen hijos legítimos y otros por vía de inseminación

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 91..

artificial heteróloga. Lo mismo parece que aconteció en familias alemanas durante el régimen nazi, influidos por las propagandas racistas.

Antes de examinar las proyecciones penales de la inseminación artificial, y con el fin de completar en lo posible las conclusiones civiles y que al mismo tiempo sirvan de punto de arranque para este capítulo, reproducimos de Lazcano,⁷⁵ los casos siguientes que pueden producirse:

a) Inseminación de una mujer libre, soltera, viuda, divorciada *ad vinculum*, por germen de hombre en las mismas condiciones, supuesto en el que no hay dificultades para calificar de natural la filiación.

b) Inseminación de una mujer casada con germen del marido: el hijo es legítimo.

c) Inseminación de mujer libre con germen de hombre casado: hay adulterio y filiación adulterina.

d) Inseminación de casada con semen de extraño al matrimonio, casado o libre; hay adulterio y filiación adulterina.

e) Inseminación con semen de persona con parentesco no dispensable, hay incesto y filiación incestuosa.

Galván Rivera, hace una enumeración más amplia de hipótesis de reproducción asistida:

1. Óvulo de la esposa y espermatozoides del esposo inoculado al útero de la cónyuge.

2. Óvulo de la esposa y espermatozoides del esposo implantando el embrión obtenido por fertilización *in vitro*, en la matriz de la cónyuge.

3. Óvulo de la esposa y espermatozoides del esposo, implantando el embrión en el útero de una segunda mujer madre fisiológica o gestante.

4. Óvulo de una segunda mujer y espermatozoides del esposo, implantando el embrión en el útero de la esposa.

5. Óvulo de una segunda mujer y espermatozoides del esposo, colocados directamente en las trompas de Falopio del útero de la esposa —Vaginal Gift—.

6. Óvulo de una segunda mujer y semen del marido, inoculando éste en la matriz de la segunda mujer.

7. Óvulo de la segunda mujer y semen del marido, implantando el embrión en la segunda mujer.

8. Óvulo de la segunda mujer y semen del marido, implantando el embrión en una tercera mujer.

9. Óvulo de la segunda mujer y semen del marido, colocados mediante Vaginal Gift en la tercera mujer.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 424.

10. Óvulo de la esposa y semen de un donante, inoculado al útero de la cónyuge.

11. Óvulo de la esposa y semen del donante, implantando el embrión en el útero de la cónyuge.

12. Óvulo de la esposa y semen del donante, implantando el embrión en una segunda mujer.

13. Óvulo de la esposa y semen del donante, colocados en la segunda mujer a través del Vaginal Gift.

14. Óvulo de una segunda mujer y semen del donante, implantando el embrión en el útero de la esposa.

15. Óvulo de la segunda mujer y semen del donante, colocados en las trompas de Falopio de la esposa.

16. Óvulo de una segunda mujer y semen del donante, inoculando al útero de ésta.

17. Óvulo de una segunda mujer y semen del donante, implantando el embrión en el útero de ésta.

18. Óvulo de una segunda mujer y semen del donante, implantando al embrión en una tercera mujer.

19. Óvulo de la segunda mujer y semen del donante, colocados en las trompas de Falopio del útero de una tercera mujer.

En lo atinente a las relaciones conyugales la inseminación heteróloga puede constituir motivo de divorcio o injuria grave por hacerse sin consentimiento del marido.

Al elaborar el Proyecto de Código Civil para el Estado de Morelos (en unión con los juristas Fernando y Raúl Flores Trejo) abordamos el citado problema con la redacción siguiente, que por fortuna el legislador formal conservó: Artículo 199. *Causales de divorcio*. Son causales de divorcio:

XVIII. La inseminación artificial heterogénea en la mujer o la implantación en ella de un óvulo fecundado por personas ajenas al matrimonio, sin el consentimiento del marido.

Salvo prueba en contrario (que entre paréntesis sinceramente ignoro) parece ser el único Código Civil mexicano que ataca la cuestión (amén del de la madre sustituta, por el útero subrogado). La idea que nos llevó a la redacción de este precepto es sin duda el rechazo a tal fertilización, que quebranta la fidelidad conyugal por parte de la esposa, con todos los inconvenientes ya señalados de falsedad en el acta de registro; del comercialismo del "semental"; de la irresponsabilidad del padre real (el donador), respecto de la manutención y de educación a su ignorante e inocente descendiente; y otras situaciones negativas e

inmorales que se derivan de esa que estimamos injustificada fertilización artificial.

Pero para captar mejor esos virtuales actos que producen efectos de Derecho resulta oportuno señalar previamente las principales causas por las que no se puede producir el embarazo y por tanto el codiciado fruto.

Los factores causales de disminución de *fertilidad* (capacidad de concebir en un lapso definido, mientras que *esterilidad* es la incapacidad de una pareja para lograr una concepción después de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva; al tiempo que *infertilidad* implica la capacidad para lograr concepciones, pero no hijos viables) de una pareja varían de acuerdo a la población de que se trate; *v.gr.*: la patología tubaria infecciosa es más frecuente en grupos de bajo nivel socioeconómico. Al tanto que problemas como endometriosis y anovulación se presentan en un mayor número en clases de nivel alto.

Muchos estudios muestran que la distribución aproximada de cada uno de los factores causales es: masculino, 25-30% (que en este sector de nuestro ensayo, no nos atañen); ovárico 20-30%; 20-30% tubario; 15-20% cervical; por causas desconocidas 5-10%. En más del 30% de los casos hay patología múltiple simultánea. La incidencia de abortos espontáneos es de alrededor del 15%; aproximadamente el 60% de los abortos tempranos se deben a anomalías cromosómicas. Los abortos tardíos en repetidas ocasiones se encuentran asociados a problemas maternos como trastornos endocrinos, anomalías uterinas congénitas o adquiridas, incompetencia istmico-cervical, infecciones crónicas, exposición a toxinas ambientales, factores inmunológicos y psicológicos. Las alteraciones nutritivas severas que causan desnutrición u obesidad disminuyen la fertilidad. Lo mismo puede decirse del ejercicio practicado en forma extenuante; así como situaciones que producen estrés, medicamentos como anticonceptivos, tranquilizantes, estimulantes, analgésicos; al igual que el uso crónico de alcohol, caféina, nicotina, la drogadicción, al afectar la función neuroendocrina.⁷⁶

Anotados esos abundantes y polifacéticos obstáculos para la reproducción, internémonos a la problemática referente a la mujer casada que no puede estar encinta en relación con su propio esposo y ambos tienen un deseo profundo y enorme de procrear; aspiración además

⁷⁶ PÉREZ PEÑA, Efraín, *Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción*. Un enfoque integral. Ciencia y Cultura Latinoamericana, Salvat, México, 1995, p. 3-5.

de decente, moral y religiosamente válida, es legítima, ya que nuestras leyes entienden y protegen al matrimonio de un hombre y una mujer, unión sancionada por el Estado, *para perpetuar la especie* y ayudarse mutuamente. "Cualquier condición contraria a estas finalidades se tendrá por no puesta", reza el artículo 122 del Código Civil para el Estado de Morelos, al regular la *naturaleza del matrimonio*. Por su parte el numeral 147 del Código Civil para el Distrito Federal prescribe: "Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta". Todavía más, nuestra Carta Magna de 1917, durante un largo periodo consideró de trascendencia social al matrimonio al regularlo como contrato civil.

A todas luces la intención del legislador en la preceptiva nuestra ha procurado defender el matrimonio monogámico y el principio biológico, vital de la perpetuación de la especie. Por eso mismo establece como impedimento para contraer nupcias en el artículo 127, fracción IX, *la impotencia para la cópula* (Código Civil para Morelos, 1o. de enero de 1993). En precepto semejante está el 156, fracción VIII del Código Civil para el Distrito Federal. Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio: La embriaguez habitual, la morfinomanía, la heteromanía y el uso persistente de las demás drogas enervantes. *La impotencia incurable para la cópula*, la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias". Estas reglamentaciones, con mínimas variantes, se multiplican y reproducen en los catálogos civiles locales a lo largo y ancho de la República.

Sin embargo, independientemente del espíritu del legislador y de su fiel interpretación auténtica,⁷⁷ o de la doctrinal o jurisprudencial, que supone la tutela del matrimonio y de la procreación que se lleve a cabo por ésta más que respetable institución, en los últimos tiempos se han descubierto, encontrado o propalado muchísimos casos que imposibilitan a la cónyuge a realizar el acto sexual normal y poder llegar a la anhelada preñez.

Entonces, es cuando parece conveniente acudir a la inseminación artificial. Así el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la Salud (23-XII-1984) entiende por: XI. *Fertili-*

⁷⁷ DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1965, p. 167, señala que es la realizada por el mismo legislador en el mismo texto legal (preventiva o contextual) o en una nueva ley (*a posteriori* o extracontextual).

zación asistida. Aquella en que la inseminación artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización *in vitro*. Y, así también en el numeral 56 del mismo Reglamento determina que: “La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aún si éste difiere con el del investigador”.

Criterio afortunadamente coincidente con el del estudioso jurista mexicano, Güitrón Fuentesvilla, quien terminantemente sostiene que en los conflictos de Derecho familiar debe tenerse como premisa fundamental la integridad, el honor, la reserva y el decoro de familia; en el que se protege un interés superior por encima del individuo, de la sociedad y del propio Estado.⁷⁸

Como conclusión de las premisas legislativas y médicas examinadas, es de considerar que la inseminación artificial homóloga es legal, y médicamente aconsejable para solventar la falta de fertilidad natural de una pareja de casados y que la cónyuge sea sometida a esos métodos de fertilidad, para concebir, embarazarse y arribar a un fruto que les lleve felicidad. Es decir, cinematográficamente, *llegar al final feliz*.

Ahora bien, Chávez Asencio observa que la inseminación artificial debe ser terapia de la esterilidad y no un sistema de procreación. ¿Sólo una inseminación con éxito? (¿Múltiple? Cabe interrogar).⁷⁹ Ya que los asuntos de inseminación artificial deben resolverse, no sólo en base de los intereses personales del individuo o de la pareja, sino principalmente en función del niño y del interés social. Son problemas ético-sociales.⁸⁰

Estamos ya en condiciones de comentar la situación jurídica del *esposo ante la inseminación artificial*.

Si ésta es la homóloga no queda la menor duda de que puede realizarse *con o sin su consentimiento*. Éste, es un elemento de existencia, de esencia del acto jurídico, es la manifestación de voluntad acorde que produce efectos jurídicos, según lo define Couture;⁸¹ otros autores,

⁷⁸ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *¿Qué es el Derecho familiar?*, 2o. vol., Promociones Jurídicas y Culturales, México, 1992, p. 249.

⁷⁹ Aquí surge una duda: ¿sería ventajoso, para no abusar, de la reproducción asistida, limitar su uso por cada pareja?

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 199.

⁸¹ COUTURE, Eduardo J., *Vocabulario jurídico*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 168.

Mouchet y Zorraquín Becu explican que la voluntad es la apreciación de una acción, realizada por una persona con discernimiento y libertad.⁸²

En consecuencia, si la reproducción artificial se lleva a cabo con el semen del cónyuge varón y con su aceptación expresa o tácita, para intentar preñar a su esposa, desde el punto de vista jurídico, y con el respaldo de la Ley de Salud mexicana, este procedimiento y su venturoso producto tendrá toda la eficacia jurídica.

El tema de la reproducción asistida, es tan interesante e inexplorado todavía, que podríamos proseguir un largo trecho en su análisis. Por ejemplo, el caso de la *inseminación artificial homóloga, cuando el esposo fallece y su líquido seminal se conserva congelado y se utiliza para inseminar a su esposa, fuera del plazo de 300 días*,⁸³ que establece el artículo 324 del Código Civil del Distrito Federal. Se presumen hijos de los cónyuges:

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de la nulidad del contrato, *de muerte del marido* o de divorcio.

En cambio, aunque se antoja remota la hipótesis de una inseminación artificial homóloga sin la anuencia del esposo (obviamente con su mismo líquido seminal), en caso de ocurrir, se estaría ante un acto ilícito; e interpretando, *a contrario sensu*, en el Código Civil de Morelos, se estaría frente a una causa para promover el divorcio:

Pues bien, pasemos a otra circunstancia que involucraría al cónyuge masculino; pero ahora, frente a la inseminación *artificial heteróloga*. En primer lugar, *si se practica con su consentimiento* y se logra el alumbramiento del hijo del vientre de la esposa, la inseminación no sería ilegal, mas habría que pensar en el acto del registro del nacimiento ante el Oficial Civil (que no Juez, pues no lleva a cabo ningún juzgamiento, ni formal, ni materialmente) correspondiente.

Se ha sostenido que dicho acto sería asimilable al reconocimiento del hijo; o bien, al no desconocimiento de ese vástago, interpretando los artículos 328 y 340 del Código Civil para el Distrito Federal.

Empero, ¿qué efectos de Derecho tendría la celebración de la inseminación artificial con semen del donador (en realidad casi siempre vendedor) si el esposo se opuso a la celebración de tal procedimiento médico? El Código Civil para el Estado de Morelos, en su artículo 199 señala entre las causales de divorcio, en su fracción XVIII: *La inse-*

⁸² MOUCHET, Carlos y ZORRAQUÍN BECU, Ricardo, *Introducción al Derecho*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 111.

⁸³ GALVÁN RIVERA, *op. cit.*, p. 92.

minación heterógena en la mujer o la implantación de ella de un óvulo fecundado por personas ajenas al matrimonio, sin el consentimiento del marido, parece ser el único que previene ese indeseable e intolerable supuesto legal, que otorga una justificada causal de divorcio, ante la actitud rebelde y *cuasi* infiel de la atormentada y belicosa esposa.

Ahora bien, todavía quedaría en el tintero, la posibilidad de que muerto un hombre casado, su semen se congelara; y, con o sin el consentimiento de su viuda, se inseminara con él, a una mujer extraña al matrimonio que tampoco encuentra base legal o ética que la fundamente; por lo que caería en un supuesto ilícito, civil y hasta criminal, que habrá que legislar en el porvenir.

Tengo entendido que ningún catálogo civil local mexicano ha normado esas situaciones.

Por lo que hace al donador (sic), por razones sociales, éticas, religiosas; y, agregaría de mínima decencia y responsabilidad, merece un calificativo de persona convenenciera, que acude a la comercialización de un producto biológico vital (obtenido a base del indecoroso onanismo), que lo coloca en la calidad de “semental humano” (como también ocurre con algunos miembros de la realeza de ciertos países) y que justificadamente se le ha llamado “caballo padre”. Ese sujeto no asume ninguna responsabilidad respecto de la mujer a la que embaraza, y menos frente a sus descendientes, ya que su identificación cae en un despreciable anonimato. ¡Bueno, basta de referirse a él o a los hombres bellos, fuertes y sobresalientes que piden los partidarios eugenésicos!

Por lo que concierne a los médicos y a los centros profesionales especializados de reproducción artificial, confiamos en que los avanzados métodos científicos que utilizan, cumplan su labor con la atingencia, sabiduría y buena fe, que los pacientes depositan en aquellos que han prestado y prometido en el Juramento de Hipócrates.

B. *Repercusiones en el ámbito penal*

Con respecto al Derecho penal hemos localizado innumerables opiniones en el sentido de que en la reproducción artificial se configuran delitos como el adulterio; contra la filiación y el estado civil; falsedad de instrumento público, violación. Todavía cabe agregar como complemento de conductas punibles ciertas cuestiones de responsabilidad de los profesionales que intervengan en esas técnicas fertilizantes y otras tales como indemnización de daños y perjuicios en determinados casos.

A pesar de que la inseminación artificial reviste hondo interés jurídico, concretándonos a los aspectos penales, podemos decir, que existe una grave falta de previsión en los sistemas legislativos penales de la mayoría de las naciones; nuestros Códigos Penales no han regulado (realmente hasta hace poco tiempo, no tenían por qué hacerlo) la inseminación artificial en la especie humana, ya que se trata de experiencias cuyos efectos apenas han empezado a producirse.

El artículo 14 de la Constitución Política Mexicana en su párrafo 3o. prescribe que: "En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". Por si este impedimento de carácter constitucional no fuera bastante, el principio *nullum crimen, nulla pena sine praevia lege penali*, es el fundamento axiomático en que se justifica la aplicación estricta de la ley con muy pocas concesiones a la analogía. La tipicidad del delito es el perfil riguroso que contornea las varias figuras de anti-juricidad. Por eso escribió Cuello Calón:⁸⁴ "Un hecho no es antijurídico si no se halla definido por la ley como delito. Por antisocial o inmoral que se reputa, si la ley no lo considera como delictuoso, no es delito". Por su parte Jiménez Asua,⁸⁵ al hablar del concepto de la tipicidad expresa que la vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma que, por dañar en alto grado la convivencia social, se sancionan con una pena. El Código o las leyes los definen, los concretan, para poder castigarlos. Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo según el creador de la teoría, es lo que constituye la tipicidad. Por tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.

El eminente profesor de la Universidad de Munich, Mezger concibe el tipo desde dos ópticas: Una, el propio legislador, para fijar la fase de la comunicación de la pena, puede emplear *descriptivamente* los recursos del lenguaje corriente, o sea, aquí se trata de una simple descripción de situaciones y sucesos externos hecha por el creador de la norma, por ejemplo: la "muerte" de un "hombre". Dos, pero el legislador puede *también* señalar "*en forma valorativa* (normativa)" ciertas relaciones que concluyen en otro juicio; dicho en otro giro, *determinaciones* que requieren por parte del mismo juez una apreciación y un

⁸⁴ CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, 9a. ed., Barcelona, 1949, t. Y, p. 204.

⁸⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, Caracas, 1945, p. 293.

juzgamiento más circunstanciados, de acuerdo con su propio criterio y otros principios, como la costumbre, la conveniencia, las normas que se siguen normalmente en el trato con las personas, así cuando el Código Penal habla de “maltratar”, en el sentido de un comportamiento inconveniente, molesto o de acciones “impúdicas”.⁸⁶

Y otro penalista germano, profesor de la Universidad de Berlín, von Liszt, contempla la *tipicidad*, como la definición del hecho punible circunscrito y exclusivamente enumerado en la ley; así el Estado destaca la importancia política del principio *nullum crimen sine lege* y asegura a cada uno de los ciudadanos la libertad individual, frente a la arbitrariedad del Gobierno.⁸⁷ Un preciso estudio sobre el tipo y sus posibles modificaciones es hecho por el sabio maestro veracruzano Porte Petit Candaudap, al comentar la ley mexicana.⁸⁸

El razonamiento, es por tanto, simple y contundente. El delito tiene varios elementos que lo constituyen: en una acción u omisión, anti-jurídica, *típica*, imputable, culpable, responsable, que sancionan las leyes penales. Se afirma que si hay ausencia de alguno de esos atributos fundamentales *no hay delito*. Por eso, al no existir la tipicidad de los actos, por repugnantes que se califiquen, en materia de fecundación artificial, esas conductas no configuran delitos, o hechos punibles.

Diversos autores como hemos dejado ya establecido en líneas arriba, pretenden equiparar la inseminación artificial al delito de adulterio; sin embargo, podemos sintetizar las características y elementos de esta figura siguiendo la trayectoria que se impone González de la Vega⁸⁹ al describir este delito: “es, primordialmente el adulterio, delito de incontinencia sexual contra el orden familiar matrimonial”.

Los elementos externos del delito son: I. Un acto de adulterio, como la ley no distingue en cuanto al sexo de los casados infieles y se limita a usar la palabra “adulterio”, sin dar una definición o connotación específica, quiere decir que, en lo concerniente a este elemento, remite a su significado general o vulgar, o sea el acceso carnal entre una persona casada sea cual fuere su sexo y una persona extraña a su liga

⁸⁶ MEZGER, Edmundo, *Derecho penal*, parte general. trad. de Conrado A. Finzi, Cárdenas editor y distribuidor, La Mesa, B. C., 1990, p. 146.

⁸⁷ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, trad. de Luis Jiménez de Asúa, Ediciones de Quintiliano Saldaña, Instituto Editorial Reus, S. A., Madrid, p. 455.

⁸⁸ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Apuntes de la parte general del Derecho penal*, México, 1960, p. 93-94.

⁸⁹ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *Derecho penal mexicano*, t. III, México, 1945, pp. 239 y ss.

matrimonial. Esta acción implica que por lo menos uno de los autores esté unido en matrimonio legítimo y que la conexión sexual se realice con una persona ajena al vínculo. La acción material del delito consiste en el acceso carnal adúltero.⁹⁰ Sus hipótesis son los ayuntamientos entre: mujer casada y varón libre; hombre casado y mujer libre; y hombre y mujer casados en distintos matrimonios. A este último caso se le denomina adulterio doble.

Autores materiales o sujetos activos del delito son los protagonistas del acto carnal ilícito. Sujeto pasivo el ofendido es el cónyuge burlado; en el adulterio doble pueden resultar ofendidos los dos cónyuges inocentes, teniendo cada uno, en su caso, la facultad de querellarse.

Varios tratadistas limitan el concepto del acto adúlterino por vía natural, al ayuntamiento normal y llegan hasta a exigir como Carrara⁹¹ su pleno agotamiento fisiológico, *seminatio intra vas*. Manzini⁹² sostiene que debe rechazarse la que juzga anticuada, absurda e incontrolable exigencia de la polución *inter o extra vas* y de la *inmisio seminis*. En su concepto, el delito de adulterio se consuma con la conjunción carnal, a la que define como el acto por el cual el órgano genital de una las personas sea introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, de modo que haga posible el coito o un equivalente anormal del mismo.

Dado que en la legislación mexicana, declara González de la Vega⁹³ se ponen exclusivamente ciertos casos clínicos u ostentosos de adulterio en consideración a la afrenta que entrañan contra el burlado, nos parece que el acto carnal puede consistir en el concubito natural o en el realizado contra natura entre hombre y mujer, porque consideramos que las ofensas contra el engañado y el orden familiar existen en los dos supuestos. Para la existencia del acto adúlterino es suficiente dicho acceso carnal, con la independencia de su perfección fisiológica y de su pleno agotamiento. Se excluyen cualquiera otras obscenidades por íntimas que sean y los actos de homosexualismo porque nunca han correspondido a los conceptos general, civil o penal del adulterio.

Fácilmente puede advertirse, que en la figura delictiva del adulterio, lo mismo los códigos que las concepciones doctrinales consideran

⁹⁰ GONZÁLEZ DE LA VEGA, *Obra y localización citadas*. En el mismo sentido CUELLO CALÓN, *op. cit.*, t. II, pp. 598 y ss.; SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1951, t. III, p. 336 y ss.

⁹¹ CARRARA, Francisco, *Programa*, 11a. ed., 1924, t. III, núm. 1884.

⁹² MANZINI, V., *Tratado de Derecho penal*, t. III, pp. 18 y ss.

⁹³ *Op. cit.*, t. III, p. 242.

como uno de los elementos de este delito el requisito de la cohabitación, del acceso carnal. La inseminación artificial, aún aplicando extensivamente la intervención de un tercer extraño, en el caso del matrimonio, no puede ser considerada como acceso carnal.

Además quedarían fuera de la tipificación los casos de la mujer soltera y de la viuda. Entonces, la inseminación artificial, cuando se fecunda a mujer libre, si se conserva en el anonimato el donador del semen no ataca a la fidelidad conyugal; pues ésta no existe; en cambio sí constituye un peligro con el desarrollo múltiple de posibles futuras relaciones incestuosas entre los descendientes del donador.

Sobre este particular, da la impresión de una polémica un tanto extemporánea, en vista de la marcada tendencia doctrinal, de política legislativa y de extendida aceptación social, de no tipificar el “delito” de adulterio, y limitar su trascendencia legal a considerarla en el campo civil o familiar, como causal de divorcio.

La fecundación artificial puede darse también en los siguientes supuestos:

- I. Mujer casada fecundada por semen de su propio marido.
- II. Mujer casada fecundada por semen de donador libre (soltero o viudo).
- III. Mujer casada fecundada con producto seminal de donador casado.
- IV. Mujer libre fecundada con semen de donador casado.

Si a estas hipótesis agregáramos en el caso de la mujer casada la inseminación artificial sin su consentimiento o contra su voluntad; o bien, sin el consentimiento o contra el deseo del marido; y por último la falta de consentimiento o la resistencia contra fecundación artificial de la mujer libre, tendremos una variedad de situaciones que deben ser analizadas al tratar de configurar potenciales nuevos delitos especiales de inseminación artificial en la especie humana.

Junto con Martínez Val⁹⁴ interrogamos si la eutelegenesia practicada en la especie humana, debe ser considerada como delito; porque parece ser que desde cualquier ángulo de visión de que se contemple la definición del delito, estas prácticas parecen reunir los elementos de un acto punitivo.

Dada la naturaleza de este trabajo solamente marcaremos algunas situaciones de carácter penal de estas hipótesis.

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 99.

Reitero, la mujer casada fecundada artificialmente en forma homóloga, con producto activo de su marido, sería un caso en el que las prácticas inseminantes podrían ser embarazosas y hasta inmorales, pero que permitirían la realización de uno de los fines esenciales de la familia y del matrimonio. No habría elementos para considerarlo como delito.

En los casos de fecundación artificial heteróloga, señalados en este ensayo. Realizados sin el consentimiento o contra la voluntad de la mujer, aun cuando no pueden ser asimilados a los casos en violación, sí deben ser tomados en cuenta, atenta a la responsabilidad de los autores y cómplices de tales prácticas. Cabría la tipificación de esta hipótesis de acto antisocial en el porvenir.

Si el marido no ha otorgado su consentimiento, o la fecundación artificial de su consorte se verifica contra su voluntad, estaríamos en presencia de una injuria grave al esposo. Y como ya asentamos, constituye ya, en la Codificación Civil morelense, una causal de divorcio. Empece, habría que reflexionar sobre la configuración de un acto punible y la sanción aplicable. En el caso de tipificarse legalmente el delito de inseminación artificial en seres humanos, y de estar plenamente declarado por la autoridad judicial correspondiente, el marido ofendido, podría tener las mismas prerrogativas que se conceden por la legislación civil en el caso de obtener el divorcio necesario, tener en exclusiva la patria potestad sobre los hijos anteriores.

La mujer culpable de inseminación artificial sin el consentimiento del marido, quizá podría ejercer la potestad del hijo concebido artificialmente y desde luego su admisión como hijo nacido fuera del matrimonio. Ella probablemente también perdería el derecho a recibir alimentos. Lo que sería discutible, es si el perdón del esposo y su reconocimiento del hijo inseminado heterológicamente, pudiera permitirse, en el supuesto de la existencia del delito, como hijo legítimo del matrimonio, tal como sucede con la actual legislación civil; aunque el peligro seguiría existiendo, de inconscientes relaciones incestuosas en el caso de mantenerse la incógnita del verdadero padre.

Martínez Val llega a proponer la tipificación del delito de inseminación artificial en la especie humana, fundamentalmente en la fecundación heteróloga, caracterizándolo como un delito de acción, doloso, mixto, de lesión y peligro, instantáneo, personal, y que debiera ser perseguido de oficio y no a instancia de parte, porque en esos casos la conciencia colectiva y el interés público convergen y se sobreponen para detener o aminorar el sistema de prácticas biológicas de posible

aplicación general y susceptible de convertirse en verdaderas organizaciones, fomentadas con los medios de publicidad, como los escandalosos “bancos de semen” de los Estados Unidos. La inseminación tiene una trascendencia seminal, porque no puede ser indiferente a la sociedad. La intrusión en ella de gran número de miembros ilegítimos de dudosa o ignorada procedencia, con su posible carga de complejos afectivos y de inadaptación al llegar a uso de razón el ser concebido.

Pero es que, además, la incorporación de este delito a los llamados “perseguidos a instancia de parte”, equivaldría a su impunidad. Es evidente que la mujer fecundada artificialmente lo será con su consentimiento en la casi absoluta totalidad de los casos. La inseminación coactiva nos parece hartamente improbable, afirma el citado autor. En el supuesto de la mujer casada, es corriente en los países extranjeros donde se practica que se exija el consentimiento escrito del marido. Sobre tales bases no cabe pensar que los propios interesados ejercitasen el derecho de denuncia o querrela.

Entre los delitos privados y el de inseminación hay una diferencia fundamental. En aquellos resulta violado el honor o la honestidad de una persona, que para repararlo busca y pide la protección de la justicia penal, mientras en éste, el resultado delictivo es buscado espontáneamente, de modo análogo a como ocurre, por ejemplo, en el aborto criminal.

En consecuencia, estimamos que para la eficacia de su represión, la inseminación humana debe ser configurada como delito perseguible de oficio.⁹⁵

Con referencia a los “donadores” de semen (que aparecen en escasas ocasiones), por lo que es mejor decir, a los “vendedores” de semen, es necesario también incluirlos en la previsión penal legislativa. Ocurre que hasta ahora se ha limitado la palabra prostitución al ofrecimiento por dinero del cuerpo de la mujer.⁹⁶ Y en los países donde se practique más o menos ampliamente la eutelegenesia se ha llegado a lucrar con el producto seminal. Tal comercio ha sido calificado por los moralistas como una forma de prostitución masculina. Por otra parte, la forma inmoral, antinatural o viciosa de obtener el semen, es una manifestación de corrupción de los varones, paralelo a la llamada prostitución de la mujer.⁹⁷

⁹⁵ MARTÍNEZ VAL, *op. cit.*, pp. 110 y 111.

⁹⁶ BERNALDO DE QUIRÓS, artículo “Prostitución” en la EJE, t. XXVI.

⁹⁷ MARTÍNEZ VAL, p. 14.

Lazcano, por su parte, concluye que desde el punto de vista social y de las conveniencias generales, la fecundación artificial debe concretarse a la homóloga y eso en los casos en que la medicina no tenga otro remedio para conseguir fertilidad. La heteróloga debe ser proscrita irremisiblemente como lo quieren la moral, el Derecho y las exigencias de la familia.⁹⁸

Frente a esta posición tenemos las conclusiones del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toulouse, Maury, quien piensa que “la inseminación artificial permanecerá frecuentemente desconocida, protegida por el secreto profesional del médico, por las condiciones de discreción que habrá adoptado, en particular la ignorancia recíproca del donador y de la mujer, por la voluntad de silencio de todos. La vida familiar llega al teatro jurídico únicamente en sus periodos de crisis, será lo más frecuente que se desarrolle en otro terreno; aunque muy excepcionalmente, los intereses o las pasiones humanas podrán llevar esta situación ante los jueces. He intentado prever los conflictos posibles y su solución probable. De tal suerte aparecerán mejor, por lo menos lo espero, las dificultades, los peligros al alcance de la experiencia. La patología es para la fisiología un factio de conocimiento y de progreso”.⁹⁹

No faltan autores que auguran un gran porvenir a las prácticas inseminantes en la mujer, y que la ciencia médica con sus progresos y experiencias cada vez más perfectas, logren imponer una situación fáctica que obliguen a la técnica jurídica a la reglamentación de la inseminación artificial, controlando lícitamente sus manifestaciones.

Sin caer en tema de telenovela o de cinematografía cursis, tenemos informaciones reiteradas de este supuesto fáctico, de la vida real. Una pareja joven de casados, con prestigio social, económicamente solventes y hasta con proyecciones importantes para el porvenir, llevan sus acostumbradas relaciones sexuales al extremo de que la damita presenta los síntomas de embarazo. Discuten la situación (obviamente difícil y molesta) y acuerdan contratar y pagar una importante suma a una mujer que recibiera el óvulo fecundado. La esposa podría conservar una supuesta figura esbelta y elegante, al evitar la continuación de la preñez. Y también (obviamente de nuevo) no pasar por los frecuentes y graves peligros y dolores del alumbramiento. Nacido el niño, la madre subrogada deberá devolver al hijo a la despreocupada y comodina

⁹⁸ *Op. cit.*, p. 453.

⁹⁹ *Op. cit.*, p. 114.

pareja, que como algún sector de la población, estiman que todo se puede obtener con dinero.

Independientemente de la limitada regulación mexicana sobre el tema: artículo 199, fracción XVIII del Código Civil de Morelos, que engloba la implantación del óvulo, sin el consentimiento del marido como causal de divorcio; o, el artículo 56 de la Ley General de Salud; no faltaría quien argumentara que como es un *contrato de arrendamiento*, las dos partes contratantes se obligan recíprocamente; una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa (bien); y, la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto (artículo 1875 del Código Civil para el Estado de Morelos); y entre las obligaciones de los contratantes, por no ser contrato de transferencia de dominio, sería de la mujer sustituta devolver el producto a lo que le pagaron por el alquiler. El precepto coincidente del Código Civil distrital es el 2398.

En cuanto a la experiencia de que tenemos noticia, en tres Estados de la Unión Norteamericana, ante el dilema de a cuál de las dos madres se le debe entregar el hijo obtenido, los Tribunales competentes dictaron sendas sentencias otorgándole la razón a la madre subrogada. ¿Es esto correcto? ¿Cuál de las dos es la verdadera madre: la genética o la sustituta? La genética, es la que ofrece la célula femenina base para la reproducción; se puede decir, que en una vinculación íntima con el esposo, “elaboran” las células y los genes en el óvulo fecundado. Por otra parte, la madre sustituta, recibe, acoge en su claustro ese producto inicial, le proporciona calor, sangre, inmunidades (aunque también lo hace presa de sus vicios); en suma, le da vida; sufre los problemas que ocasiona el embarazo y los del parto. ¿Pero es honesto el arrendar el útero, para luego, desvincularse de la criatura, por unas monedas?

C. Otras formas de reproducción asistida

Recorrido, aunque de manera somera y harto deficiente, el tópico de la *inseminación artificial* o *eutelegenesia*; o bien, como muchos tratadistas denominan prácticamente de manera indeferenciada, la expresión de *fecundación artificial*. No obstante, Reverte señala que esta última nomenclatura hace referencia a la concepción como resultado a esta visión, otros argumentan que no es la *fecundación artificial*, sino la *inseminación*, ya que la *fecundación* se da después de la intervención médica; entendida la *inseminación artificial* como la introducción

del espermatozoides en la mujer por medios artificiales;¹⁰⁰ corresponde el turno para adentrarnos en dos planteamientos de intervención médica y de laboratorios especializados para obtener un nuevo producto, una nueva criatura humana. Una, *el préstamo de útero*; otra, *la clonación*.

La primera recibe una pluralidad de nombres: locación de vientre (que no es del todo adecuada, ya que lo que se alquila, en términos estrictos es el útero, es la matriz, el órgano femenino, y no cualquier vientre);¹⁰¹ madre sustituta, suplente o subrogada;¹⁰² maternidad de sustitución o de transferencia de pariente;¹⁰³ maternidad de alquiler;¹⁰⁴ madre gestante o delegada.¹⁰⁵

La maternidad subrogada implica el alquiler de las funciones reproductivas de una mujer. Una madre subrogada es una mujer fértil que conviene en ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su marido y a la que se le trasplanta el óvulo fecundado de la esposa. Cuando se produce el nacimiento, la madre sustituta cede al hijo que parió con todos los derechos paterno-filiales, a la pareja de consortes contratantes.

Un conocido profesor de Puerto Rico, se pregunta: ¿Alquiler del útero materno? ¿Úteros mercenarios?¹⁰⁶

Güitrón Fuentesvilla con gran tino se pregunta: ¿Puede el hijo de una madre inseminada artificialmente, tener una madre por contrato? ¿Puede una mujer infértil contratar a otra madre subrogada para que en su nombre y representación pueda tener un hijo, que al término de la gestación se lo entregue a aquélla (madre genética)? ¿Ante un conflicto,¹⁰⁷ en caso de que el hijo nazca deforme, puede la madre biológica rechazar su maternidad e imputársela a la jurídica? ¿Cómo deben resolver los Tribunales, si el producto es normal, el contrato ha surtido sus efectos y la madre inseminada, se niega a entregar su hijo

¹⁰⁰ REVERTE, J. M., *Las fronteras de la medicina*, Ed. Díaz de Santos, Madrid, 1989, pp. 356-378.

¹⁰¹ LAPLACETTE, Dora Rocío. *Contrato de locación de vientre*, "Prudentia juris". Buenos Aires, núm. 40, noviembre de 1995.

¹⁰² SILVA RUIZ, *op. cit.*, p. 209.

¹⁰³ FLAUSS-DIEM, Jacqueline, *Maternité de substitution et transfert de parenté en Angleterre*, "Revue Internationale de Droit Comparé", Paris, año 48, núm. 4, octubre-diciembre de 1996, pp. 855-864.

¹⁰⁴ GÜITRÓN FUENTESVILLA, *op. cit.*, p. 187.

¹⁰⁵ GALVÁN RIVERA, *op. cit.*, p. 78.

¹⁰⁶ SILVA RUIZ, *op. cit.*, p. 210.

¹⁰⁷ FLORES GARCÍA, Fernando, *La importancia del litigio*, Revista de la Facultad de Derecho de México, Facultad de Derecho de la UNAM, México, t. LVI, núms. 209-210, septiembre-diciembre de 1996, pp. 125-154.

a la persona, que podría ser un hombre, que le hubiere pagado por gestar a ese hijo?¹⁰⁸ ¿Tendrá dos madres el mismo hijo? ¿Qué pasará respecto al padre? ¿Qué clase de parentesco habrá con el hijo nacido en estas circunstancias y sus padres jurídicos, sus padres biológicos y en caso de que estos o aquellos, tuvieren hijos, serán hermanos del nacido bajo ese contrato?¹⁰⁹

Todavía más, el doctor Joachin en lo personal me ilustró en que se puede inseminar artificialmente a una mujer y que genere óvulos, a pesar de la ausencia quirúrgica de la matriz, como origen de la práctica y trasplantar esas células femeninas fecundadas a una madre sustituta.

Por si fuera poco, dejemos volar la imaginación y plantear otras hipótesis: la mujer casada, soltera o viuda, que tiene un óvulo ya fecundado puede contratar a una madre subrogada; cuando también el padre fuere casado, soltero o viudo; dicho con concreción, la pareja de padres genéticos, puede ser de casados, de solteros, o uno solo de ellos.

Esta reproducción asistida ha sido muy debatida.

Silva Ruiz proporciona los siguientes datos: En Puerto Rico, 33 LPRA 4245, se penaliza la entrega del menor para su adopción a cambio de dinero u otros bienes o beneficios materiales. (Aquí cabe comentar que la sustitución de la madre no se puede equiparar a la adopción; en ésta se incorpora a la familia un elemento cien por ciento extraño; en tanto que en el alquiler de útero, por lo menos, la mitad es de la misma parentela).¹¹⁰ En Quebec se duda si el objeto del contrato es válido. En Holanda la opinión es que la causa del contrato es ilícita; por consiguiente el contrato es nulo.¹¹¹

Para Laplacette existen dos especies de locación “de vientre”:

- 1) Cuando una mujer se presta para engendrar un hijo de otros, porque la pareja (padres biológicos) ha provisto el embrión, el óvulo y el semen han sido extraídos de la pareja contratante. La mujer contratante, después del alumbramiento entrega el hijo en forma gratuita o cobra un precio.
- 2) Cuando la mujer que presta su útero para la gestación del nuevo ser aporta también el óvulo siendo inseminado con semen del varón contratante; en este caso la contratada es la madre biológica del niño (personalmente difiero de la calificación: esta mujer es la única madre), que luego entregará en forma gratuita o

¹⁰⁸ Cabría inquirir: ¿de quién es el óvulo?

¹⁰⁹ *Op. cit.*, pp. 184 a 190.

¹¹⁰ Comentario personal de Fernando Flores García.

¹¹¹ *Obra y localización citadas.*

cobrando un precio.¹¹² Más adelante la propia autora, agrega, que la verdadera subrogación se da en el primer caso, del que estima es ilícito y nulo, como si no tuviera objeto (conforme el artículo 953, del Código Civil argentino); que debe legislarse en forma restrictiva y sancionatoria, creando tipos penales vinculados con prácticas ilegales, para preservar el derecho a la vida del *nasciturus*, el que constituye una cualidad inseparable de la condición humana y presupuesto indispensable para su existencia.¹¹³

Flauss-Diem comienza señalando: “La *Human fertilisation and Embryology Act* de 1990, ha más o menos asimilado la institución de madres sustitutas a un procedimiento artificial de reproducción encaminado a permitir a toda mujer ser madre. Su artículo 30 regula el procedimiento, aunque imponiéndole condiciones que van a transformarlo en una institución muy cercana a la adopción original —y tal vez discutible— que va a sobreponer lazos biológicos y sociológicos ya que *el niño debe estar vinculado genéticamente a uno de los requirientes*. Después del control y decisión judicial, el título de padre (madre) de un niño nacido gracias a la ciencia, será transferido a una pareja casada, naturalmente estéril”.¹¹⁴

Señala la autora, catedrática de la Universidad de Estrasburgo, que algunas legislaciones europeas privilegian el interés de la persona, es decir, no admiten la institución en comento, como las de Alemania, Austria, Suiza, Suecia y Noruega. Entre las que permiten esta institución cita a los sistemas español e inglés. En cuanto a Francia, con la Ley de 29 de julio de 1994 (Ley núm. 94-654 “relativa a la donación y a la utilización de los elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica, y a la procreación y al diagnóstico prenatal” y a las modificaciones que atrajo en el Código Civil, *toda procreación o gestación para otro está afectada de nulidad absoluta, pues contraria al orden público* (artículos 16-17 y 16-9 del Código Civil”).

Refiriéndose ya a Inglaterra, señala que actualmente, “un *status jurídico específico* le ha sido conferido al niño nacido en el marco de la maternidad subrogada. De manera que la maternidad subrogada adquiere derecho entre las instituciones jurídicas, aun cuando sólo es tolerada. En efecto, según las recomendaciones de la autoridad estable-

¹¹² *Op. cit.*, p. 75.

¹¹³ LAPLACETTE, *op. cit.*, pp. 95-96.

¹¹⁴ FLAUSS-DIEM, Jacqueline, *Maternité de substitution et transfert de parenté en* diciembre de 1996, pp. 855 a 864.
Angleterre, París, *Revue Internationale de Droit Comparé*, año 48, núm. 4, octubre-

cida por la *Human fertilisation and Embryology Act* de 1990, dicha maternidad sólo puede ser aceptada como último recurso, cuando la madre genética se ve impedida físicamente a llevar al niño en su ser, o cuando un embarazo le ha sido totalmente desaconsejado por razones prácticas”.

Siguiendo ahora con los requisitos que establece la *Human fertilisation and Embryology Act*, en primer término está la necesidad de un lazo genético entre el niño y por lo menos alguno de los requirentes. En segundo lugar analiza el procedimiento asimilable al de la adopción. Criterio que líneas atrás desechamos.

En un ensayo intitulado *La corte de casación francesa y el asunto de las llamadas “madres portadoras”*.

François Chabas, narra que: La Corte de Casación francesa acaba de dictar un fallo cuya importancia no escapará al jurista, ni tampoco —en razón de sus incidencias éticas— a cualquier hombre de buena fe.

El 31 de mayo de 1991, este Tribunal Supremo citando los artículos 6 (orden público y buenas costumbres), 1128 (causa de las obligaciones) y 353 (condiciones de la adopción) del Código Civil, decidió lo siguiente:

“La convención por la cual una mujer se compromete (incluso a título gratuito) a concebir y llevar una criatura con el fin de abandonarla el día de su nacimiento es contraria a los principios de orden público, de indisponibilidad del cuerpo humano y de indisponibilidad del estado de personas”.

“Según el fallo informativo, o criticado, la señora “X”, esposa del señor “Y”, siendo definitivamente estéril, su marido ha dado su semen a otra mujer, la cual, artificialmente inseminada, ha llevado y dado a luz al hijo así concebido; cuando nació la criatura, ella fue declarada como nacida del señor “Y”, sin indicación de su filiación materna”.

“Para pronunciar la adopción plena de la criatura por la señora de “Y”, el fallo criticado (de la Corte de apelaciones) enuncia que en el estado actual de las prácticas científicas y de las costumbres, el método de la maternidad sustituta debe considerarse como lícito y no contrario al orden público y que esa adopción es conforme al interés del hijo, el cual ha sido recogido y educado en el hogar de los señores “Y”, casi desde su nacimiento”.

“Al decidir así, mientras esa adopción no era más que la última fase de todo un proceso complejo destinado a permitir a una pareja la acogida en su hogar de un hijo, concebido en cumplimiento de un contrato tendiente al abandono de esa criatura por su madre en el

día de su nacimiento, al infringir así los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas, este proceso constituía un desvío de la institución de la adopción; de tal modo que la corte de apelaciones ha violado los textos sucitados”.

Y la Corte de Casación anula el fallo criticado de la corte de apelaciones.

Para entender bien el sentido y el alcance de este fallo (II) es preciso, previamente exponer cuáles son los diversos aspectos que puede tener la maternidad asistida y describir el esquema que fue utilizado en el presente (I).

I. El público suele usar indistintamente la expresión “madre portadora” para designar cualquier tipo de maternidad asistida. En realidad, hay que distinguir, por lo menos, tres casos:

En primer lugar, puede tratarse de la madre donante. En este caso, una mujer da uno de sus óvulos a una mujer estéril. El óvulo será fecundado *in vitro* con el semen del marido de la mujer estéril. Luego, el preembrión será implantado en el útero de la mujer estéril, la cual lo llevará como en lo normal y dará a luz a la criatura.

La segunda hipótesis es la de la “verdadera” madre portadora. Esta última recibe un embrión proveniente de la mujer que, por cualquier razón, no puede llevar hasta el término al embrión, sin embargo, “producido” naturalmente por la misma a partir de uno de los óvulos. En este caso, se usa a veces la expresión (muy fea) locación de vientre, puesto que la madre portadora lleva y da a luz a la criatura por cuenta de otra mujer y abandonará al hijo para que la otra mujer pueda recogerlo y adoptarlo.

Llegamos ahora a la tercera hipótesis que es la del fallo aquí estudiado. Se llama la hipótesis de maternidad sustituida o suplente o subrogada, etcétera.

Y al describir el esquema de la operación vamos a constar que el problema casi es exclusivamente jurídico.

Todo empieza por un contrato, gratuito o no y favorecido o no por alguna persona —física o moral— que hubiera servido de intermediario.

Este contrato estipula lo siguiente:

Una mujer recibirá el semen del marido de una pareja estéril (en razón de la esposa). Lo único no natural científicamente (y no obligatorio) es que la fecundación se hará artificialmente.

La “deudora” llevará a la criatura y la dará a luz e inmediatamente ella lo abandonará. El marido “acreedor” frecuentemente habrá reconocido a su hijo antes del nacimiento; de todos modos, lo reconocerá

lo más rápido posible y lo recogerá. En este momento, dos particularidades del derecho francés deben mencionarse: el hijo adulterino puede ser acogido y vivir en el hogar "familiar", si el cónyuge engañado lo permite; un cónyuge puede adoptar (incluso por adopción plena) al hijo natural (incluso adulterino) de su esposo.

Es lo que trataron de hacer los esposos en el presente asunto. Pero la adopción debe estar autorizada por el tribunal, lo que los primeros jueces se negaron a hacer. Por lo contrario, la corte de apelaciones de París pronunció la adopción y por tanto su fallo se halló anulado por la Corte de Casación, como lo hemos mencionado antes.

II. La solución adoptada por la Corte de Casación no es tan nueva como lo parece, porque ya antes la misma, el 13 de diciembre de 1989 (así como varias cortes de apelaciones), había proclamado la licitud y la nulidad de las asociaciones tendientes a favorecer el contrato de madre subrogada. Y con este motivo esos tribunales habían claramente afirmado que ese contrato era nulo.

Aquí la Corte de Casación lo repite con motivo de la adopción que sigue la ejecución de tal contrato. Y sin la menor duda la Corte de Casación tiene razón.

En primer lugar, su razonamiento es bueno porque considera que todas las operaciones (contrato, abandono del hijo, adopción) forman un conjunto indivisible. Se niega a aceptar la adopción porque el contrato es nulo. Y ese contrato es nulo, entre diversas razones, porque tiene por fin, por causa diremos, un fraude a la ley de adopción.

En segundo lugar, y sobre todo, la Corte de Casación nos demuestra que el principio de la autonomía de la voluntad no puede respetarse aquí. ¿Por qué? Porque este principio encuentra sus límites con el respeto necesario del orden público y de las buenas costumbres (artículo 6 del Código Civil).

Ahora bien, el orden público sería violado por dos razones, al menos.

Primera, porque respecto de la madre sustituta se trata de un contrato relativo al cuerpo humano susceptible de dañar a la "deudora"; un contrato por el cual la misma enajena su libertad; un contrato que genera un tipo moderno de esclavitud.

Segunda, porque tratándose de la criatura, el objeto principal de la obligación debida por la madre es un ser humano. Decimos bien, un ser humano y no un cuerpo humano. No cabe duda de que tal "objeto" sea fuera del comercio jurídico. Ahora bien, lo que hace la madre, no es otra cosa que vender o dar a su hijo, y el carácter gratuito o no de la operación no cambia nada al asunto.

No hay que olvidar tampoco, que el Código Civil dispone que las acciones relativas al estado no son susceptibles de renuncia. El alcance de este fallo no es tan amplio como se lo podría creer.

El contrato será nulo. Excelente solución. La verdadera madre, pues, podrá negarse a ejecutarlo. Bueno, habrá que imaginarse lo que hubiera sido una ejecución forzada, en tal materia. Pero no hay que olvidar que el marido será el padre, en el sentido de la ley, puesto que habría reconocido a su hijo.

De eso provendrá un conflicto entre ambos padres naturales, en el caso en que la verdadera madre quiera reconocer a su hijo y conservarlo. Este conflicto será particularmente grave en lo que toca a la patria potestad.

Es verdad que el Código Civil dispone, en su artículo 376, párrafo lo., lo que cuando ambos padres naturales han reconocido al hijo, es la madre quien tiene el ejercicio de la patria potestad. Pero no hay que olvidar lo que se encuentra en los párrafos siguientes:

En primer lugar, el párrafo segundo dice que cuando ambos padres lo declaran conjuntamente ante el juez, los mismos ejercerán conjuntamente la patria potestad. Eso parece casi inconcebible aquí.

Más grave aún, el párrafo siguiente dispone que, a petición del padre, de la madre o del ministerio público, el juez puede decidir (notoriamente) que el ejercicio de la patria potestad será confiado al padre.

El juez, evidentemente, decidirá en función del interés del hijo. Pero, ¿quién puede decir si el juez no pensará que el interés del hijo es de vivir en un hogar rico, entre dos personas casadas? La tarea del juez será difícil porque, por otro lado, la madre habrá mostrado una gran fuerza de carácter y cuán indefectible es su amor hacia su hijo.

La peor solución, a nuestro juicio, será la adoptada por los jueces del New Jersey en el caso "Baby M" (y permitida por el derecho francés): dejar el ejercicio de la patria potestad al padre y otorgar derecho de visita a la madre.

Tal decisión preserva los intereses (muy dignos de consideración) de la madre, pero colocan al menor en una situación susceptible de perturbar gravemente su equilibrio.

Todo lo anterior demuestra que el problema casi no puede encontrar una solución correcta. Y nuestro deseo sería que la ley penal castigue este tipo de "manipulación jurídica" (*Jurídica*, UIA, núm. 21, 1992, pp. 163-166).

Para el final hemos reservado lugar a la segunda nueva fórmula anunciada de reproducción artificial, que es la *clonación* o *clonificación*, vocablos que provienen de la voz griega *Klon* que se describe como una reproducción vegetal desde antaño practicada, por la que se insertan ramas o estacas en algunas especies, recordamos el caso de hermosas rosas o de nuestro mexicanísimo “aguacate padre”.

Se traspa un método experimentado en animales, primero en ratas y muy recientemente por información televisiva en algún país anglosajón, reproduciendo ganado vacuno. Es una reproducción asexual mediante la acción de factores físicos o químicos que ya ha llegado a la especie humana, a través de portentosas investigaciones científicas, que a la vez, nos producen admiración y merecen elogio; pero, que en verdad nos atemorizan y por qué no, nos aterran.

Galván Rivera narra que desde 1902, el biólogo austriaco Haberlandt pronosticó que un día no remoto se lograría esta forma de reproducción, que significaría la perpetuación artificial, en otra generación, de un genotipo ya existente, hasta que en 1978 el doctor Rorvik sostuvo haber organizado un equipo de científicos que logró obtener la reproducción clónica de un ser humano.¹¹⁵

Y de sorpresa en sorpresa, como en un transporte meteórico a través del tiempo y del espacio, N. Hidalgo nos refiere que: “Por primera vez en el mundo,¹¹⁶ científicos estadounidenses anunciaron públicamente que se había realizado la primera “clonación” (fotocopia genética) de un embrión humano, en el Congreso de Fertilización que se efectuó en Montreal, Canadá, el 13 de octubre de 1993, aunque un mes más tarde decidieron suspender las investigaciones hasta que no se someta “a un debate mundial sobre el cual debe ser la línea de conducta ética a la que deben someterse sus experimentos”.¹¹⁷

La investigación estuvo a cargo del doctor Jerry Hall, de la Universidad George Washington, secundado por el doctor Robert Stillman, director del Programa de Fertilización *in vitro* del mismo centro de estudios. Tal proceso explicaron los especialistas podría aplicarse a parejas no fértiles que deseen procrear, ya que permitiría aumentar el número disponible de embriones para implantar en una mujer; serviría también para congelar gemelos, trillizos, cuatrillizos experimenta-

¹¹⁵ *Op. cit.*, p. 79.

¹¹⁶ Parece olvidar o ignorar el precedente citado por Galván Rivera.

¹¹⁷ HIDALGO ANAYA, Nidia, *Revista Análisis Jurídico*, Hermosillo, vol. 1, núm. 1, 1995.

les idénticos que podrían usarse como una virtual “fuente de órganos”, a semejanza de piezas de fabricación de seres humanos en serie”.¹¹⁸

¡Asombroso! Nada menos que increíble. Imaginemos tener a nuestra disposición una tienda, clínica u hospital en que vendan órganos humanos, a semejanza de piezas de repuesto o “refacciones”; y por otro lado un catálogo para escoger y adquirir una criatura humana al gusto particular de cada uno.

Martínez Calcerrada, explica que para conseguir los llamados “seres clónicos”, sin necesidad de semen masculino, siendo su resultado seres idénticos en cuanto a sus caracteres genéticos, se sigue este procedimiento: se retira el núcleo de un óvulo fecundado y se sustituye por el núcleo de una célula asexual de un organismo adulto, masculino o femenino. Esta célula puede tomarse de la piel o del intestino o del hígado y, el óvulo con su núcleo trasplantado se desarrolla como si hubiese sido fecundado por un esperma¹¹⁹ y al dividirse el óvulo maduro, según las regiones del citoplasma a que vayan a parar, pues la estructura de éste no es uniforme, entrando de nuevo en actividad los genes correspondientes.

Última hora, mucho me complace observar cómo en el ámbito internacional se le otorga la trascendencia que le hemos atribuido a esta peligrosa fórmula de reproducción artificial. En el diario *Excélsior*, del sábado 11 de este mismísimo mes de octubre, en la página 3-A de la primera sección informa: “El Presidente francés Jacques Chirac inauguró hoy (10 de octubre de 1997) aquí la II Cumbre del Consejo de Europa ante 44 jefes de Estado y de Gobierno europeos afirmando que sus objetivos son crear un nuevo tribunal europeo de derechos humanos antes del 10. de noviembre de 1998, *prohibir en Europa la clonación humana* y crear un organismo europeo de lucha contra el crimen organizado y la corrupción”.

Es más, lo que pudiérase denominar *noticia de máxima actualidad*, el diario *Excélsior*, del 25 de octubre de este año de 1997, publica la noticia que reproducimos: “ROMA (Reuter), Italia, otraora el “oeste” de la inseminación artificial, elaboró un proyecto de ley contra las “abuelas gestativas”, las madres de alquiler y la clonación humana. Aunque los médicos italianos enfrentan límites para los embarazos inducidos, impuestos por su propia asociación luego de varios escándalos. Italia es uno de los pocos países europeos que carecen de leyes específicas al respecto” (p. 9-A).

¹¹⁸ HIDALGO ANAYA, *op. cit.*, pp. 103-104.

¹¹⁹ Autor citado por HIDALGO ANAYA, *op. cit.*, p. 104.

Pero, parece que estos métodos están creciendo al infinito y se augura su perfeccionamiento a pocos años de abrirse el año 2000. Así se está ensayando con la *ectogénesis* o gestación integral de un ser humano en un laboratorio; la *partogénesis* o estimulación al desarrollo de un óvulo por medios térmicos, físicos o químicos, sin ser fecundado por el espermatozoide, la cual dará solamente lugar a descendencia femenina; la fecundación y gestación “interespecies”, que según científicos del Ministerio de Agricultura de EUA ha producido ovejas y cerdos de un tamaño que duplica el normal. La Sociedad Humana de ese país ha declarado esos experimentos como una clara violación de la moral y de la ética humana y se supone que llevará el asunto ante los Tribunales para detener esa amenaza que el cruce de material genético de dos especies diferentes plantea, ya que sus consecuencias últimas son desconocidas.¹²⁰

Magno, maravilloso, que esos experimentos traigan especies zoológicas (que no de humanos), con calidad y volumen superior. Espléndido que se avance en ese sentido, que supondría una técnica de reproducción artificial que ayudaría a aliviar la terrífica hambruna que padece la humanidad. Miles, millones de cabezas de ganado. Vegetales a granel, que proporcionen alimentos a los millones de hambrientos; a pesar de ganaderos y agricultores particulares que ya explotaron y se enriquecieron por siglos. Que esas experiencias científicas sean en servicio de la comunidad, del interés colectivo.

Y la lista se extiende todavía más: la *transgénesis*, en la que al ser vivo se le han destruido, añadido o modificado algunos de sus genes; *gestación o embarazo ectópico*, por el que la fecundación artificial pueda desarrollarse en el varón.¹²¹ Ahora sí, permítaseme mi expresión más firme de asco hacia esas “desviaciones biológicas científicas”, contra natura.

Chomali, Doctor en Teología de la Pontificia Universidad Gregoriana, con acierto y seriedad sostiene que la clonación de seres humanos es más que una nueva posibilidad, son técnicas que aplicadas a las criaturas humanas violan de sobremanera su dignidad y, además quiebra el *ethos* de la ciencia, que ha de estar siempre al servicio del hombre y de su entorno. Resulta así urgente un análisis de alto nivel

¹²⁰ HIDALGO ANAYA, *op. cit.*, pp. 107 y ss.

¹²¹ HIDALGO ANAYA, *op. cit.*, p. 109.

y contar con una legislación adecuada que proteja al ser humano en su unidad e integridad física y moral.¹²²

Esta desordenada exposición llega a su fin, con mis más sinceros votos porque la Ciencia Médica siga este sendero luminoso de progreso. ¡Cuánto debe la humanidad entera a ustedes cultores de la sabiduría médica!, pero, ese avance incontenible debe ser regulado por la ética y por el Derecho; que es el instrumento que salva al hombre del caos y de la disgregación social.

Si, el Derecho fue y es creado por el hombre, para el hombre y para servir al hombre.

Alguna vez, ante el jusfilósofo mexicano de mayor envergadura don Eduardo García Máynez, me atreví a aseverar que el Derecho, a imagen del hombre, tenía un cuerpo y un alma.

El soma es el conjunto de normas que regulan al hombre en relación con sus semejantes. El alma es la mayor de las virtudes, la justicia.

Señores congresistas, señores juristas, enlacemos nuestros ideales y nuestros esfuerzos para coadyuvar a elaborar una legislación de nuevo cuño, que cristalice en normas adecuadas, los estudios que hemos realizado en torno a las recién aparecidas fórmulas y procedimientos biológicos, médicos y de los experimentos e investigadores acerca de la reproducción artificial. Que las reglamentemos en beneficio de nuestros semejantes y nunca como amenazas que aterren y fustiguen a la Humanidad.

BIBLIOGRAFÍA

- BATLLE, Manuel, *La eutelegenesia y el Derecho*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, junio de 1949.
- BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, artículo "Prostitución", en la EJE, t. XXVI.
- CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del Derecho*, trad. de Carlos G. Posada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.
- CARRARA, Francisco, Programa, 11a. ed., 1924, t. III, núm. 1884.
- CENTRO PARA EL ESTUDIO DE LA FERTILIDAD, Programa de Reproducción Asistida, México, s/f.
- COUTURE, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal*, 9a. ed., Barcelona, 1949, t. I.
- CHABAS, François, *La Corte de Casación francesa y el asunto de las llamadas "madres portadoras"*, *Jurídicas*, UIA, núm. 21, 1992.

¹²² CHOMALI, Fernando, *La clonación y el ethos de la ciencia*, *Humanistas*, 1997, vol. I, pp. 421-424.

- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Orientaciones y criterios sobre la inseminación artificial*, Jurídicas, UIA, México, vol. 5, núm. 24, 1995.
- CHOMALI, Fernando, *La clonación y el ethos de la ciencia*, Humanistas, 1997, vol. I.
- DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1995.
- ETIENNE MARTÍN, *Manual de Medicina Legal*, 1a. ed. española, Salvat, Editorial Madrid, Buenos Aires.
- FLAUSS-DIEM, Jacqueline, *Maternité de substitution et transfert de parenté en Angleterra*, "Revue Internationale de Droit Comparé", París, année 48, núm. 4, octubre-diciembre de 1996.
- FLORES GARCÍA, Fernando, *La importancia del litigio*, Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM, México, t. LVI, núms. 209-210, septiembre-diciembre de 1996.
- GALVÁN RIVERA, Flavio, *La inseminación artificial en seres humanos y su repercusión en el Derecho Civil*, Revista Jurídica de Posgrado, año 1, núm. 2, abril, mayo, junio de 1995.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, t. III, México, D. F., 1945.
- GÜTRÓN FUENTEVILLA, Julián, *¿Qué es el Derecho Familiar?* 2o. vol., Promociones Jurídicas y Culturales, México, 1992.
- HIDALGO ANAYA, Nidia, *Clonación humana. Perspectiva del siglo XXI*, Revista Análisis Jurídico, Hermosillo, vol. 1, núm. 1, 1995.
- HURT, S. J., *La fécondation artificielle. Sa valeur morale et juridique*, en *Nouvello Revue Théologique*, 1946.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, Caracas, 1945.
- KENNEY, *Artificial Insemination*, "The American Mercury", abril de 1948.
- LAPLACETTE, Dora Rocío, *Contrato de locación de vientre*, "Prudentia juris", Buenos Aires, núm. 40, noviembre de 1995.
- LAZCANO, Alberto Carlos, *La fecundación artificial*, Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, julio y septiembre de 1950, Buenos Aires, Argentina.
- LÓPEZ SAIZ, *La fecundación artificial en la especie humana*, Anales de la Clínica de Nuestra Señora del Carmen, Burgos, 1950.
- MARTÍNEZ VAL, José María, *La eutelegenesia y su tratamiento penal*, Madrid, 1954.
- MANZINI, V., *Tratado de Derecho Penal*, t. III.
- MARCEL, *Incidencias psicológicas y penales. En el libro "La inseminación artificial en seres humanos"*.
- MAURY, Jacques, *La inseminación artificial. Suplemento de la Revista Argentina "Ley"*, 20 de abril de 1950, I.
- MEZGER, Edmundo, *Derecho Penal*, parte general, trad. de Conrado A. Finzi, Cárdenas editor y distribuidor, La Mesa, B. C., 1990.
- MONTERO, Eloy, *Fines del matrimonio e inseminación artificial*, Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1er. semestre de 1954.
- MONTERO, Eloy, *El matrimonio y las causas matrimoniales*, Madrid, 1941.
- MOUCHET, Carlos y ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Introducción al Derecho*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1970.

- NIETZCHE, Fredrich, *La voluntad del poder*, Leipzig, parágrafo 582-A.
- PALMER, ROUL, *Estudios médicos de la fecundación artificial*, "Studium", Buenos Aires.
- PÉREZ PEÑA, Efraín, *Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción. Un enfoque integral. Ciencia y cultura latinoamericana*, Salvat, México, 1995.
- PLOZCOWE, M., *Your tube baby may be illegitimed*, "Guild Review", Nueva York, 1949.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Apuntes de la parte general del Derecho penal*, México, 1960.
- REVERTE, J. M., *Las fronteras de la medicina*, Ed. Díaz de Santos, Madrid, 1989.
- RECASÉNZ SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, S. A., México, 1991.
- SAVATIER, *La inseminación artificial ante el Derecho positivo francés*, "Studium".
- SAVATIER, *Artificial insemination: A parvenu intruder on ancient law*, "The Yale Law Journal", vol. 58.
- SILVA RUIZ, Pedro, *El Derecho de familia y la inseminación artificial "in vivo" e "in vitro"*, México, 1986.
- SOLE, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1951, t. III.
- TEST, S. J., *Analecta terapéutica*, Masnow, Barcelona, núm. 21, año 1951.
- VERDROSS, Alfred, *La filosofía del Derecho del mundo occidental*, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, 1962.
- VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, trad. de Luis Jiménez de Asúa, Ediciones de Quintiliano Saldaña, Instituto Editorial Reus, S. A., Madrid.
- ZANONI, Eduardo A., *Inseminación artificial y fecundación extraordinaria*, Proyecciones Jurídicas Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978.