

REPRODUCCIÓN ASISTIDA*

ROBERTO GARZÓN JIMÉNEZ**

SUMARIO: 1. Concepto, clasificación y evolución histórica. 2. Inseminación artificial. 2.1. Inseminación artificial homóloga. 2.2. Inseminación artificial *post mortem*. 2.3. Inseminación artificial heteróloga. 3. Fecundación *in vitro*. 3.1. Maternidad subrogada (madre por alquiler). 4. Reproducción asexual. 5. Regulación de la reproducción asistida en el Código Civil para el Distrito Federal.

1. CONCEPTO, CLASIFICACIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Los avances de la ciencia y la técnica en relación con la reproducción humana plantean una serie de nuevos retos para los juristas. Para abordar el tema se requiere, entre otras áreas del conocimiento, una formación ética, humana y jurídica.

Así, dada la amplitud de la materia en estudio y toda vez del carácter divulgatorio de este capítulo, nos limitaremos a su planteamiento general y, desde luego, al jurídico. No pretendemos agotar los temas aquí desarrollados, como tampoco buscamos definir nociones que rebasen al derecho positivo, pero precisamos que es urgente una verdadera regulación internacional e interna en este terreno.

Hoy día no existe una legislación *ad hoc* que regule a la reproducción asistida, que debe estar incluida tanto en el ámbito del derecho público como del privado; ya que puede tener implicaciones administrativas, penales, familiares, sucesorias y de salud pública. Por eso, tendremos que analizar una serie de ordenamientos que pertenecen a diversas materias y órdenes normativos (federal y local).

Por reproducción asistida entendemos al conjunto de métodos médico-quirúrgicos cuyo objeto es lograr la fecundación de un ser humano de manera diferente a las condiciones naturalmente establecidas. Actualmente existen muchos y muy variados métodos de reproducción asistida, que a continuación enuncia-

* El presente capítulo forma parte del libro *Derecho Familiar y sus Reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*, escrito por Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez, el cual ha sido modificado por este último para adaptarse a la presente revista.

** Notario Público Número 242 del D.F.

mos; cabe aclarar que esta clasificación, en cierto modo, es limitativa, pues deberá modificarse conforme la ciencia descubra otros planteamientos técnicos.

1) Inseminación artificial. Esta técnica se subdivide, a su vez, en homóloga (que puede ser intervivos o *post mortem*) y en heteróloga (que puede ser remedio o de la mujer sola).

2) Fecundación *in vitro*.

3) Maternidad subrogada.

4) Reproducción asexual (donde se ubica la clonación).

Las técnicas de reproducción asistida comenzaron a aplicarse en animales. En 1765 el alemán Ludwiy Jascobi las utilizó en salmones y, a finales del siglo XIX, se practicaron con un mamífero, una perra de la que nacieron tres crías.

En cuanto a seres humanos hay quienes afirman que, en el siglo XV, se intentó —sin éxito— inseminar artificialmente a Juana de Portugal con semen de Enrique IV de Castilla, también conocido como “el impotente”. Otros consideran que un inglés, de apellido Hunter, fue el primero en realizar una inseminación artificial sobre una perra estéril.

Sin embargo no fue hasta el año de 1953 cuando un estadounidense, de apellido Sherman, obtuvo exitosamente embarazos con semen congelado.

En 1979 nació la inglesa Luisa Brown, el primer humano fruto de una fecundación artificial *in vitro*; con lo que inició la era de los llamados “bebés de probeta”.¹

Actualmente la ciencia ha evolucionado vertiginosamente dejando atrás el orden jurídico, lo que ha permitido que muchos científicos carezcan de ética y piensen que no tienen límite al crear o manipular la vida.² El ejemplo más censurable es la clonación (que se explicará más adelante) pues aun cuando los científicos argumenten fines terapéuticos —aún sin resultados positivos en la curación de enfermedades— es inconcebible la manipulación humana donde se podría suponer la creación de nuevas razas: superiores o inferiores, variando sus características de acuerdo con la voluntad humana para los fines comerciales, científicos o egoístas más perversos.

Queremos señalar que si bien las técnicas de procreación y reproducción asistida cambian día con día nos parece que en todo caso a fin de valorar su viabilidad ética y humana (esto es que enaltezcan al ser humano y no lo conviertan en mero objeto) deben contemplarse en todo caso dos elementos que a nuestro juicio son evidentes: 1. La vida humana comienza con la concepción (genéticamente hablando madre e hijo son diferentes desde la unión de los gametos) y 2. La dignidad de la sexualidad humana como medio natural de reproducción.

¹ Véanse CHÁVEZ, *op. cit.*, p. 36 y ZANNONI, *op. cit.*, p. 463.

² Esta sensación pareciera evocar la tentación de la serpiente a Adán, que en el Génesis le incitó a comer del árbol del fruto prohibido pues si lo hicieran “seréis como dioses”.

2. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

La inseminación artificial consiste en la fecundación del óvulo a través de ayuda instrumental que permite introducir el semen hasta la mucosa cervical.³

El procedimiento puede realizarse con semen fresco o congelado; actualmente no se han descubierto alteraciones por su congelación, pero sí por su descongelación, por ello, en la actualidad son comunes los bancos de semen.

Generalmente, una pareja recurre a la inseminación artificial porque no han logrado el embarazo. Las causas son muy diversas, por ejemplo: la imposibilidad de tener relaciones sexuales normales, exceso de acidez vaginal que impide la ascensión de espermatozoides o cuando éstos existen en número insuficiente o su vitalidad está disminuida.

Las estadísticas indican que la inseminación artificial tiene la misma tasa de éxito que la fecundación natural, y las probabilidades de que existan malformaciones son inferiores a la natural.

2.1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA

En este tipo de fecundación el semen proviene del cónyuge, concubino o pareja habitual.⁴ Normalmente, la terminología es incorrecta ya que homólogo

³ Consúltase BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, p. 469; así como ZANNONI, *op. cit.*, pp. 469.

⁴ Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni manifiestan: “a) Inseminación homóloga. Esta inseminación artificial con semen del marido (IAC) se practica en los casos en que, a pesar de ser ambos cónyuges fértiles, la fecundación no es posible a través del acto sexual. Ello puede deberse a la impotencia del hombre o al vaginismo de la mujer, pero también a otras anomalías, como trastornos endocrinos o del metabolismo, secreciones vaginales que, por neutralizar los espermatozoides, aconsejan la inseminación intracervical, alteraciones del cuello del útero que exigen la inseminación intrauterina, etcétera”, *op. cit.*, pp. 470; asimismo Zannoni expresa que: “a) Inseminación homóloga. Es efectuada con semen del marido, y no provoca reparos, a nuestro juicio, ni genera conflictos jurídicos en tanto la concepción del hijo se realiza naturalmente. En su momento respondimos las objeciones de orden ético que tradicionalmente se han formulado, las que, entendemos, carecen de fuerza de convicción. Queda, no obstante, el margen de discusión relativo a la posibilidad de autorizar la inseminación homóloga con semen del marido, luego de su fallecimiento. Esto presupone, como se ha señalado, la disponibilidad por la viuda del semen congelado de su marido antes de morir para concebir un hijo sin padre. Nos parece que este tipo de acuerdo previo entre los cónyuges, en previsión de la muerte del marido y la imposibilidad actual de la esposa de concebir al tiempo en que aquél deposita el semen, quiebra de algún modo la incondicionalidad de la procreación del hijo, pues, amén de ser la exteriorización de lo que llamaríamos una “fantasía de inmoralidad genética”, pretende, a priori, atribuir la concepción del hijo a un padre ya fallecido. Consideramos que no deberían autorizarse inseminaciones en esos supuestos, ni admitirse demandas tendientes a reivindicar la propiedad del semen por parte de la viuda. Antes bien, debería disponerse su destrucción para evitar cualquier controversia que, eventualmente, plantease una inseminación heteróloga a favor de otro matrimonio con ese semen conservado. De todos modos si la inseminación se practicara y naciese el hijo, éste no podría alegar derechos hereditarios res-

quiere decir de la misma especie y, en este sentido, todas las inseminaciones serían homólogas ya que se realizan con células humanas.

En realidad, este método debería denominarse “inseminación artificial del compañero”, hecho que, precisamente, la diferencia de la heteróloga, a la que habría que llamar “del donante”.

2.2. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL *POST MORTEM*

Como su nombre lo indica, en este tipo de inseminación se utiliza el semen congelado de un hombre muerto. Esta forma de procrear no supone problemas de esterilidad, sino que, simplemente, atiende la voluntad de la madre.

Esta circunstancia nos lleva a planteamos las siguientes interrogantes: el semen congelado, ¿a quién pertenece? A los herederos del difunto, a la viuda, o bien, no son objeto de propiedad. ¿Será un bien susceptible de heredarse? En un testamento, ¿el hombre podrá darle un destino determinado?

Ante tales preguntas, trataremos de responderlas desde el enfoque jurídico; pero lo que es indudable es que la inseminación artificial *post mortem* es inadmisibles desde nuestro punto de vista ético:

En primer lugar, es una práctica que atenta contra la naturaleza de la procreación, que debe ocurrir entre vivos. En segundo término, no tiene ningún fin que la justifique, sino un interés egocéntrico, como tratar de prolongar la vida del padre a través del hijo o, en su caso, desear un hijo póstumo para reclamar una herencia. En tercer lugar, seguramente el hijo enfrentará serias confusiones y problemas psicológicos al tratar de entender su origen, naturalmente imposible y que sólo obedeció a una voluntad humana.⁵

pecto de su padre, muerto antes de la concepción, aunque el derecho positivo debería prever las demás consecuencias que, en orden al parentesco consanguíneo por la rama paterna, puedan resaltar”, *op. cit.*, pp. 483 y 484.

⁵ Víctor Pérez Vargas apunta las siguientes consideraciones: “[...] b) Los derechos fundamentales Aquí luchan por su supremacía dos valores: el derecho a procrear que tiene todo ser humano y el derecho de todo niño a una paternidad responsable de sus progenitores. Todo derecho tiene límites internos fuera de los cuales cualquier actuación debe considerarse exorbitante y abusiva. Frente a la absoluta libertad procreativa y al pretendido derecho de la madre gestante sobre el ser humano en su vientre, que ha llevado en otras latitudes a liberalizar el aborto, afirmado dentro del sistema de *common law*, se sostiene que también el derecho a procrear encuentra límites en los derechos del procreado a una familia, a una paternidad responsable y a su propia identidad. *Derecho a un hogar y a una familia*. Toda persona tiene derecho a una familia donde se comparta su guarda, crianza y educación, para un adecuado balance de la influencia de las figuras paterna y materna y de un adecuado desarrollo e identificación con su rol sexual. Frente a este derecho se trata de afirmar la posibilidad de *inseminación artificial de mujeres solteras y la inseminación post mortem que abre la posibilidad de implantar embriones, incluso muchos años después del fallecimiento de los que aportaron los gametos*. Igualmente grave se presenta la posibilidad de autorizar a

hombres solteros a tener hijos, mediante la posibilidad de comprar un óvulo y de encargar el trabajo a una gestante, mediante el llamado contrato de maternidad sustituta. La madre sustituta puede recibir el óvulo fecundado con el semen del marido, o puede ser “donante” del óvulo que será fertilizado con el semen del “contratante”. Hemos llegado ya a la posibilidad de producir hijos por encargo, mediante contratos de alquiler de útero... Ya las señoras pueden (técnicamente) “librarse de las molestias del embarazo” por medio de una madre alquilada [...] En estos casos, el niño es un medio para satisfacer un deseo. La madre sustituta es un artículo comercial, una prestadora de servicios de gestación. La maternidad sustituta o arrendamiento de vientre atenta contra el derecho del niño a no ser cosificado como objeto en el comercio. Ya en varias latitudes se ha declarado la nulidad de estos contratos (así, por ejemplo, en la ley francesa). Paralelamente, la posibilidad de *inseminación artificial de mujeres solteras y la inseminación post mortem* plantean un serio problema ético. Los defensores de estas ideas argumentan que el estado civil no puede ser criterio para discriminar en cuanto al derecho fundamental a procrear y que, de hecho, son muchos los hogares donde no existe la figura paterna y que en la realidad encontramos un verdadero “polimorfismo” familiar. Afirman que la familia tradicional (matrimonial o de hecho) compuesta por un hombre, una mujer y sus hijos, no es el único modelo de familia y que junto a ella existe la familia dirigida por un solo progenitor. El hecho, sociológicamente comprobable, de hogares sin figura paterna o de uniones homosexuales, no es un argumento lógico para generalizar estas técnicas. Precisamente estas formas familiares, en muchos casos, son resultado de hogares rotos y no siempre se presentan como el modelo ideal para el crecimiento y educación equilibrada de un menor. De hecho hasta hay estadísticas que demuestran una correlación entre desintegración familiar y delincuencia. Esta ausencia de padre, aunque sea una realidad social, no es lo mejor para el menor. Esto hecho social no justifica admitir que deliberadamente se traigan niños a hogares sin padre. En estos casos, el donante se limita a vender su semen, eludiendo toda paternidad responsable. Los nuevos paradigmas no surgen en forma pacífica. Así, estos derechos familiares del niño chocan abiertamente con el pretendido derecho a la maternidad de la mujer soltera, divorciada o viuda proclamado por las “paternogenófilas” y por el movimiento feminista norteamericano que aducen que el estado civil no puede ser un criterio para discriminar a las mujeres ni para limitarles el derecho a ser madres [...], “Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona”, en *El Derecho Familiar y los nuevos paradigmas*, op. cit., pp. 258 y 260.

Por otra parte, Aitziber Emlid-Cirion expresa: “[...] XIII. La Fecundación Post Mortem. Es la fecundación producida después del fallecimiento del marido quien es donante del semen. En tales supuestos, el consentimiento de éste es decisivo para los efectos civiles, así como el momento en que se haya realizado. La regla es que no da lugar a filiación ni a consecuencia jurídica alguna entre el hijo pospóstumo y el marido fallecido, “cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón [...]”; es decir, si no se prestó en vida su consentimiento para la fecundación de su esposa. Si, por el contrario, consintió, por escritura pública o testamento, en que su material reproductor pudiera ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer, tal generación produciría los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial [...] Resulta llamativa la expresión “material reproductor”, puesto que parece aludir exclusivamente al semen, pero no a embriones obtenidos *in vitro* y criopreservados en vida del marido; no obstante, debe entenderse por extensión que también está admitida la utilización de estos embriones aunque tan sólo sean portadores de parte del material reproductor de aquél. En relación con el varón no casado también puede acogerse a la posibilidad de la inseminación *pos mortem* en las mismas condiciones exigidas en el caso de marido y con los mismos efectos en relación con el artículo [...]”, “Legislación sobre el genoma humano en España”, en *Reflexiones en torno al derecho genómico*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 152.

Asimismo Guillermo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni determinan: “Inseminación “Post Mortem”. Como hemos dicho, el congelamiento de semen crea la posibilidad de que, tras la muerte del marido, la esposa solicite ser fecundada con semen congelado de aquél. Ante el silencio actual de

2.3. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA

En esta técnica se utiliza semen (congelado) proveniente de un donador. Se le suele clasificar en inseminación remedio y de conveniencia.

La inseminación remedio, puede darse en dos casos: por esterilidad del marido o compañero y cuando, por causas genéticas, una pareja puede llegar a tener un hijo anormal.

La inseminación de conveniencia es aquella que practica una mujer que no quiere tener relaciones con un varón.⁶

En la inseminación remedio se requieren los siguientes requisitos:

1) *Consentimiento del marido (o del compañero)*. El fin de tal anuencia supone, además de permitirle a su mujer realizar el procedimiento de fecundación, asumir la paternidad del hijo. La falta de este consentimiento ha sido reconocida como una causa para impugnar la filiación e, incluso, como una causal de divorcio (artículos 326 y 267 fracción XX del Código Civil para el Distrito Federal).

nuestra legislación, no creemos que podría negarse el derecho de la mujer a lograrlo; tampoco resulta posible sostener que se trata de un hecho ilícito, aunque pueda resultar cuestionable *de lege ferenda*, ya que no respeta el interés del niño que nacería condenado de antemano a ser huérfano de padre. Concretada dicha inseminación, no rige la presunción de paternidad —pues el hijo, salvo una inseminación practicada inmediatamente después del fallecimiento del marido, nacerá después de trescientos días de la disolución del matrimonio—, pero puede probarse, en base a la comprobación de la inseminación y a las pruebas biológicas, que el niño es, biológicamente, hijo del marido muerto. De manera que en función de dicha prueba, que se deberá producir dentro de un juicio de reclamación de filiación, quedará establecido el vínculo de filiación entre el hijo y quien era el marido de la madre. Claro está que este hijo carecerá de derechos hereditarios, ya que no existía al tiempo de la apertura de la sucesión [...]", *op. cit.*, pp. 474 y 475.

⁶ Al respecto son aplicables las consideraciones hechas por Víctor Pérez Vargas quien señala que: "[...] Situación distinta es la que se plantea con la fecundación heteróloga, pues en este supuesto se hace uso de componentes genéticos extraños al marido, a la mujer o a ambos. Convengo con el criterio de que ningún ser humano tiene derecho, desde un punto de vista ético, a disponer de sus componentes genéticos. Los hijos deben ser el resultado de la intervención personal de la pareja. De admitirse una situación como la que se analiza, se daría el caso de un hijo que, genéticamente, lo sería de un tercero, distinto al marido o a la mujer, según el caso, o de terceros. En tales situaciones, no podría excluirse que se presentara la hipótesis de que la dadora del óvulo fecundado reclamara la maternidad del hijo concebido con aquél, o que el dador del semen reclamara la paternidad del hijo concebido, o que ambos lo hicieran. Participo enteramente de lo que se sostiene en la Instrucción vaticana sobre problemas de bioética respecto de la fecundación extracorpórea heteróloga: "La fecundación artificial heteróloga lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultar la maduración de su identidad personal. Constituye además una ofensa a la vocación común de los esposos a la paternidad y a la maternidad: priva objetivamente a la fecundidad conyugal de su unidad y de su integridad, opera y manifiesta una ruptura entre la paternidad genética, la gestación y la responsabilidad educativa. Esta alteración de las relaciones personales en el seno de la familia tiene repercusiones en la sociedad civil: lo que amenace la unidad y la estabilidad de la familia constituye una fuente de discordias, desórdenes e injusticias en toda la vida social".", *op. cit.*, pp. 267 y 268.

2) *Consentimiento de la mujer*. Éste es el requisito más importante ya que, desde luego, el procedimiento se realizará en su cuerpo. La falta de su consentimiento debe traducirse en sanciones penales para los causantes.

Consideramos que, aun cuando la mujer no haya dado su consentimiento, no tiene —como en ningún otro caso— el derecho de abortar, porque la vida humana, desde su concepción (art. 22), es el bien jurídico de mayor valía.

3) *Donación de semen*. Generalmente, para evitar problemas sociales y familiares, en la legislación extranjera se ha procurado mantener el anonimato del donante y él, a su vez, no sabrá si se utilizó o no su semen.⁷

⁷ Eduardo A. Zannoni expresa: “1) Consentimiento de ambos cónyuges. El art. [...] del Proyecto Preliminar del Consejo de Europa, señala que “las técnicas de procreación artificial únicamente podrán realizarse si las personas interesadas han prestado su consentimiento notificado de forma expresa (y por escrito)”. Y el párr. 21 de las recomendaciones de la Comisión Warnock establece: “El consentimiento formal por escrito de la pareja debe siempre ser obtenido como medida de buen procedimiento antes de comenzarse el tratamiento de inseminación artificial por donante. El impreso de consentimiento debe ser explicado a ambas partes”. La cuestión se vincula con la eventualidad de que el marido de la mujer inseminada con esperma de donante pudiese, más tarde, desconocer la paternidad del hijo dado a luz por ella exponiéndolo a una situación de incertidumbre en cuanto a su filiación. 2) Asunción de paternidad por el marido. Se ha sostenido que debiera requerirse, no sólo el consentimiento expreso y escrito del marido sino que, además, éste debe asumir la paternidad del hijo que conciba su esposa mediante inseminación son semen de donante. Por nuestra parte creemos que, en la medida que el derecho positivo vede la acción de impugnación de la paternidad en el caso de que el marido hubiese dado consentimiento a la inseminación, está, por vía legal atribuyendo la paternidad, impidiendo al marido ir contra sus propios actos [...] 4) Exclusión de modalidades. En este sentido, consideramos que, dispuesta la inseminación artificial heteróloga, deben excluirse las modalidades que implicaran, por un lado, condicionar el nacimiento del hijo —o la atribución de la maternidad y la paternidad— a resultados preordenados, tales como selección del sexo del hijo, o por otro, la manipulación de los gametos masculinos donados en atención a otros fines, tales como la mezcla de semen fecundante de dos o más dadores. 5) Exclusión de toda relación de filiación entre el dado r del semen y el hijo. El acuerdo por el cual alguien entrega su semen fecundante [...] constituye una obligación natural en el sentido de que no confiere acción para exigir su cumplimiento, pero el cumplimiento espontáneo del acuerdo será definitivo y válido. Esto implica la irrevocabilidad de la dación, que se traduce en la irrepetibilidad de lo dado. En este contexto también debe quedar excluida toda modalidad de la dación respecto del donante, quien debe considerarse que entrega su semen pura y simplemente con el fin de su utilización por un matrimonio estéril o infecundo, que asumirá la paternidad y la maternidad exclusiva del hijo que nazca. Está, en esto, implicada la que denominamos incondicionalidad de la procreación del hijo. Concordamos, en este sentido, con el art. [...], del Proyecto Preliminar del Consejo de Europa: “Ninguna relación de filiación podrá establecerse entre los donantes de gametos y el niño concebido como resultado de la procreación artificial. Ningún procedimiento por manutención del hijo podrá ser dirigido contra un donante o por éste contra un niño [...] Gratuidad. Nos parece importante destacar este carácter como preeminente. En el Proyecto preliminar de recomendaciones sobre los problemas derivados de las técnicas de la procreación artificial del Consejo de Europa [...] se dispone que “no se permitirá la obtención de beneficio alguno por donaciones de óvulos, esperma, embriones o cualquier otro elemento proveniente de ellos”. En la recomendación [...] se deja a salvo, no obstante, “la pérdida de ganancias así como los gastos de transporte y

En este sentido surge un grave problema de carácter moral, ya que el donante sabe que podrían nacer varios hijos suyos a los cuales no les proporcionará ningún tipo de atención moral o económica; tampoco sabrá si quienes se encarguen de ellos les brindarán los cuidados adecuados. Esta actitud denota una grave irresponsabilidad y falta de madurez.

Hay países donde los donantes reciben, incluso, una retribución por la congelación y el depósito de su semen, (hecho todavía más reprochable porque el semen no debe ser susceptible de valoración pecuniaria⁸ que en México está prohibido

otros causados directamente por la donación”, los cuales “podrán restituirse al donante”. La gratuidad está también implícita en las denominadas recomendaciones de la Comisión Warnock del Reino Unido, cuyo párr [...] señala que “debe tenderse hacia un sistema en que a los donantes de semen se les pague únicamente sus gastos”. Es obvio que la dación de gametos no debe constituir una fuente de lucro, pues “prácticamente quedaría abierta una compuerta de dudosa moralidad”. Dentro de esa gratuidad queda comprendida, también, la restitución de los gastos, porque de lo contrario se estaría frente a una dación onerosa para el donante. Tampoco pesarán sobre éste los gastos que demande el acto médico de utilización del semen o los óvulos en la fertilización extracorporal, o inseminación artificial [...]. Anonimato [...] En su momento, y adoptando una posición que hoy reconocemos excesivamente rígida, dijimos que deben tipificarse como delitos, entre otras, las conductas que, en los casos de inseminación artificial y fecundación extrauterina heterólogas, impliquen quebrar el anonimato del dador del semen o de la dadora del óvulo y, a su respecto, el anonimato de la receptora. El planteo del anonimato es, no obstante, objeto de importantes reflexiones en los últimos tiempos. Por un lado ha tenido en consideración que tanto la dación de gametos, como su recepción, integrarían el ámbito de la intimidad y que, en consecuencia, debe preservarse toda intrusión que quiebre el secreto o la reserva, si se prefiere, que dadores y receptores tienen derecho a pretender. Pero por otro lado, se ha advertido que el anonimato, llevado al extremo, “en vez de defender los intereses de la persona más directamente implicada —el hijo, y su derecho a la intimidad— lo que busca fundamentalmente es la realización de las apetencias y la eliminación de las responsabilidades de las restantes personas implicadas en la operación”, y, en definitiva, “a la instrumentalización del hijo, que puede ver cercenado su derecho a conocer quién fue su progenitor biológico, o a contar con ese dato para la defensa de intereses morales o materiales” [...] Creemos que una actitud prudente en la cuestión, al menos por ahora, aconseja adoptar una solución intermedia: ni el anonimato impuesto a ultranza, ni la obligación legal de informar al hijo acerca de los datos del donante y la forma de su concepción. Quizás esa solución intermedia —que respetará el derecho y el deber que tienen los padres de hablar con verdad al hijo, y el derecho de éste de acceder a la información indispensable— implica la obligación del establecimiento o del facultativo de recoger y conservar todos los datos relativos al donante y de la pareja, los que deben ser secretos y sólo podrán ser exhibidos por orden judicial o a requerimientos de la pareja o del hijo, para información de éste, cuando fuese mayor de edad. Respecto del donante, en principio no sería informado de la pareja receptora, salvo conformidad expresa de ésta”, *op. cit.*, 485, 486, 476-479.

⁸ “[...] Tanto el semen como los óvulos, una vez extraídos son, jurídicamente, cosas. Esto no puede ofrecer dudas, pues si bien —como los órganos del cuerpo humano— antes de su extracción constituyen parte de la persona y son, por lo tanto, inescindibles de la consideración personal y existencial del sujeto, cuando se los ha separado del cuerpo, dejan de formar parte de él y son susceptibles de constituir el objeto de relaciones jurídicas. Desde luego que las relaciones jurídicas que tienen por objeto la utilización de gametos muestranse limitadas por la noción de moral y buenas costumbres, y en esta materia —en lo que es compatible— son provechosas las consideraciones que viene haciendo el derecho sobre el trasplante de órganos humanos entre vivos. No nos parece

en el artículo 327 de la Ley General de Salud, que señala: “Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células...”).

Este ordenamiento legal admite la posibilidad de la donación del semen (lo cual debe urgentemente modificarse) según se desprende de los siguientes artículos:

ART. 314.—Para efectos de este título se entiende por 1. Células germinales.—a las células reproductoras masculinas y femeninas...

ART. 321.—La donación en materia de órganos, tejidos células y...

En la inseminación de conveniencia, también conocida como de la mujer sola, se requieren solamente de dos requisitos: a) consentimiento de la mujer y b) donación de semen.

En este caso nos cuestionamos si el hijo podría investigar su paternidad y, una vez descubierta, reclamar su reconocimiento.⁹

conducente realizar una disquisición acerca de la titularidad del dominio sobre el semen o los óvulos extraídos. Si se parte de presuponer que la obtención de gametos ha sido con el consentimiento del dador —lo contrario se opondría, casi es innecesario decirlo, al principio que veda todo acto que menoscaba el poder de disposición sobre el propio cuerpo—, naturalmente hay que concluir en que es éste quien ejerce el dominio sobre ellos. También en este aspecto priva una consideración análoga a la de la doctrina que entiende que las partes separadas del cuerpo humano pertenecen *ipso iure* a quien le fueron extraídas. Lo fundamental, sin embargo, es vincular la extracción de los gametos —semen u óvulos— con el acto dispositivo a que se ordena la extracción. Cuando el semen es obtenido para realizar la inseminación artificial homóloga, el acto dispositivo está determinado por un acuerdo entre los esposos tendiente a obtener la concepción del hijo. Si, en cambio, el semen es obtenido para un “banco” existe, en principio, un negocio jurídico dispositivo del donante o dador que transfiere el dominio a favor del establecimiento, autorizando a éste a la posterior utilización para una inseminación heteróloga”, ZANNONI, *op. cit.*, pp. 473-475.

⁹ María Dolores Díaz-Ambrona Bardají y Francisco Hernández Gil determinan: “Al provenir el gameto masculino de una tercera persona, plantéase el problema de la disociación de la paternidad. Pues existe una doble paternidad: la biológica, determinada por la sangre, y la derivada de la relación matrimonial o *more uxorio*. El consentimiento se erige aquí en fundamento de la paternidad. Si el marido presta el consentimiento con las exigencias establecidas en la norma él será el padre, y con la particularidad, además, de haberse destruido la presunción *iuris tantum* del artículo 116 del Código Civil, en tanto en cuanto no puede impugnarse la filiación matrimonial. Si no la presta, aunque se aplique la presunción del artículo [...] podrá destruirla, y el niño legalmente no tendrá padre, pues el dador del semen (es decir su padre genético) nunca podrá figurar como su padre legal al prohibirlo la Ley. Respecto al conviviente, también el consentimiento es fundamental [...] el consentimiento prestado por el varón conviviente funciona a modo de reconocimiento del concebido poro no nacido [...] Conviene advertir que las circunstancias que concurren en la fecundación asistida determina, con relación al niño, que la paternidad legal (sea o no progenitor del padre) no deba impugnarse; lo contrario sería tanto como dejar a merced del marido o conviviente el estado civil de una persona cuando éste, como sabemos, es irrenunciable, intransmisible e indisponible. Es obvio, que si se prohíbe impugnar la paternidad a los padres legales, tampoco podrán impugnarla sus herederos... La paternidad, en la fecundación artificial, nace de un hecho social no de un hecho biológico. ¡No se es padre por engendrar al hijo, sino porque se es el marido o el compañero de la madre! Si el Derecho regula y admite esta filiación, que hemos denominado asis-

Afortunadamente en el Distrito Federal el nuevo Código Penal prohíbe parcialmente al menos la inseminación heteróloga en el artículo 151 que señala:

ART. 151.—Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quien implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o espermatozoide de donante no autorizado, sin el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho para resistirlo.

Lo lamentable es que no se prohíba en forma general y terminante ese tipo de fecundación y, se deje su posibilidad a que exista consentimiento válido de la paciente o del donante.

3. FECUNDACIÓN *IN VITRO*

Una definición sería:

La fecundación *in vitro* consiste en la unión del espermatozoide y del óvulo en un laboratorio, creando un cigoto que tras la división celular adquiere el estatus embrionario siendo transferido al útero de la que va a ser su madre antes del Décimo Cuarto día a contar desde la fecundación y descontando el tiempo que pudo estar crioconservado.¹⁰

La terminología fecundación artificial normalmente es usada para una referencia al medio de reproducción que sustituye al sexual.

La fecundación *in vitro* comenzó a utilizarse para resolver la falta u obstrucción de las trompas de falopio.

El método consiste en fecundar una gran cantidad de óvulos para obtener embriones, de los cuales se desecharán los que no se consideren idóneos. Posteriormente, para ampliar el porcentaje de éxito del procedimiento, se implantarán en la mujer un buen número de embriones, a sabiendas de que la mayoría morirán en el procedimiento de gestación.¹¹

tida, para diferenciarla de la filiación por naturaleza y por adopción, parece una incongruencia que una vez determinada legalmente, se permita, a su vez, la impugnación por el hijo. En tal caso éste tendría que probar que su padre no era el marido de su madre en el momento de su nacimiento, si se trata de una filiación asistida matrimonial, o que no era el compañero de su madre en el momento del nacimiento caso de filiación asistida no matrimonial. La filiación asistida heteróloga parte de que el padre legal no es el progenitor, luego impugnar la filiación fundada en la verdad biológica, carece de base en esta filiación que, como se ha dicho, no se funda en el vínculo biológico [...] es un contrasentido permitir la impugnación a personas ajenas a la relación de filiación, cuando no se permite a los sujetos de la relación [...]", *op. cit.*, pp. 355-359; también véase MÉNDEZ y D'ANTONIO, *op. cit.*, p. 175.

¹⁰ Cfr. CARCABA FERNÁNDEZ, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona, José María Bosch S.A., 1995, p. 137.

¹¹ Guillermo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni han manifestado: "[...] Para realizar la fecun-

dación extracorporal, la extracción de los óvulos se obtiene mediante la utilización del laparoscopia —laparoscopia, aunque también se utiliza el método de punción folicular para aspirar óvulos mediante la ecografía, evitándose así la cirugía laparoscópica que exige anestesia general de la paciente—. Obtenidos los óvulos y fecundados se transfieren al útero un cierto número de embriones (dos, tres o cuatro a lo sumo), cuando éstos están en condiciones de iniciar su fijación o anidación. Una variante de esta técnica es la denominada transferencia intratubaria de gametos (GIFT), que consiste en colocar en cada una de las trompas dos óvulos, también extraídos mediante laparoscopia, y espermatozoides para que fecunden a aquéllos en las propias trompas, es decir, en el ámbito en que naturalmente se produce la concepción. La fecundación extracorporal ha sido posible, científicamente, mediante la manipulación de los gametos —espermatozoides y óvulos—. Para posibilitar tal manipulación han coadyuvado decisivamente las técnicas de congelamiento que permiten disponer durante un tiempo considerable —incluso, años— el semen y óvulos para su utilización posterior en el proceso de fertilización. La conservación se hace en el laboratorio, manteniendo los gametos en nitrógeno líquido a muy bajas temperaturas, lo que permite su reutilización en el momento necesario. Éste es el origen de los bancos de semen y de los bancos de óvulos que disponen de material para la fertilización. Así, por ejemplo, un matrimonio en que el marido es estéril y la esposa infértil, podrían ser los padres de un hijo concebido con semen y óvulos provenientes del banco. La posibilidad de manipular los gametos presupone, ciertamente, lo que daríamos en llamar su poder de disposición. Semen y óvulos pueden, entonces, ser donados o vendidos, conservados para su utilización ulterior, etcétera [...]. El poder de disposición de gametos se manifiesta, asimismo, en el empleo de ciertas técnicas que permitirían la selección del sexo del futuro hijo. Se alude a la posibilidad de obtener, mediante una suerte de centrifugado del semen, la separación de los espermatozoides masculinos y de los femeninos, para más tarde realizar la inseminación con unos u otros exclusivamente, a elección. Además de la manipulación de los gametos, las técnicas de reproducción humana artificial exigen la manipulación de los embriones que se han obtenido en virtud de la fertilización *in vitro*. Como antes se señaló, la técnica de fecundación extracorporal se realiza extrayendo varios óvulos maduros, mediante la superovulación provocada, y fertilizando todos. Luego, se transfieren al útero, no un solo embrión sino dos, tres, y hasta cuatro (más de ese número amplía el riesgo de embarazos múltiples, y menos de tres disminuye las posibilidades de embarazo), de suerte que es posible que queden algunos embriones sobrantes. En estos casos —se ha explicado— estos embriones sobrantes pueden ser congelados a -197°C , sin riesgo, y si la mujer no queda gestante en este intento, pueden serle transferidos en los meses siguientes, sin necesidad de practicar una nueva laparoscopia. Pero bien puede ocurrir que la mujer haya quedado embarazada y que los embriones sobrantes y congelados no sean deseados por la pareja. En ese caso, tales embriones pueden ser cedidos a otra pareja que no puede obtener embriones propios [...] Pareciera, de tal modo, que las técnicas de fertilización *in vitro*, dado el modo en que operan, pueden determinar la existencia de bancos de embriones que, mediante congelamiento, pueden ser utilizados por parejas que están imposibilitadas de obtener el embrión propio. A su vez, el embrión propio de una pareja puede ser transferido al útero de otra mujer debido a imposibilidad o dificultades que sufre la madre biológica para llevar a buen término el embarazo. Esto origina una inevitable distinción entre madre biológica y madre portadora (o subrogante). Existe, en la actualidad, la tendencia a promover los programas de maternidad subrogada, a efectos de integrar a la madre portadora con los padres biológicos, pero, a su vez, se han conocido las madres de alquiler que, a diferencia de las portadoras que aceptan sobrellevar el embarazo por razones altruistas, lo asumen por un precio (alquiler de útero)...”, *op. cit.*, pp. 471-474. Asimismo Aitziber Emaldi-Cirió expresa: “Como sabemos, el constante desarrollo de las técnicas de reproducción asistida y, en concreto, de la técnica de la fecundación *in vitro*, fomenta la existencia de embriones sobrantes. A este respecto, dice la ley que los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los bancos autorizados, por un máximo de cinco años. A esto añade, que pasados dos años de crioconservación de estos preembriones que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los bancos correspondientes [...]”, *op. cit.*, p. 151.

Esta técnica no debe de aceptarse moralmente, es preciso considerar que los embriones son humanos, que deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico y que tienen verdaderos derechos y obligaciones (art. 22) y, como se desprende del procedimiento un nacimiento implica un sinnúmero de muertes de personas humanas (embriones) que no fueron viables o jamás serán implantados y serán destinados al congelamiento criogénico. Es inadmisibles considerar que respecto de la vida humana el fin justifica los medios.

La fecundación *in vitro* admite las siguientes formas de practicarla:

- 1) con óvulos de la mujer que va a gestar y con semen de su marido o compañero;
- 2) con óvulos de la mujer que va a gestar y, por imposibilidad de su marido o compañero, con semen de un donante;
- 3) con óvulos de la mujer que va a gestar y, por conveniencia de ella, con semen de un donante;
- 4) con un óvulo donado que se fecunde y se introduzca en el útero de la mujer que gestará y será la madre;
- 5) maternidad subrogada (“madre por alquiler”, que se explicará más adelante);
- 6) que se done el embrión fecundado y se introduzca en el útero de quien será la madre.

De lo anterior se desprende que de este método existen infinidad de posibilidades con implicaciones jurídicas trascendentales que el ordenamiento jurídico debe reconocer.

En primer lugar, los solicitantes deben celebrar un contrato de prestación de servicios, con el médico o la institución donde se realice el proceso, en el que la obligación del prestatario es de medio y no de resultado, y quede claro que el médico o institución nunca podrán disponer de los embriones o de las células para un fin distinto que el propuesto. Es urgente que el ordenamiento legal establezca límites a los métodos de fecundación *in vitro* y establezca obligaciones irrenunciables a cargo de las instituciones médicas.

En segundo lugar, debe resolverse el estatus legal de los embriones congelados, por ejemplo, qué pasaría si los padres fallecen:

- ¿Los embriones heredarían?
- ¿Los embriones entran en la masa hereditaria?
- ¿Qué destino debe darse a los embriones?
- ¿Quién decide sobre el destino de los mismos?
- ¿Tendrían representantes en ejercicio de la patria potestad?

Para nosotros no hay lugar a dudas de que los embriones son personas humanas y jurídicas con vida a las que se les aplica el artículo 22 del Código Civil

del Distrito Federal puesto que, a partir de la concepción, el *nasciturus* es persona para todos los efectos reconocidos en el Código Civil, comenzando por el reconocimiento de su personalidad jurídica plena.¹²

¹² En ese sentido Luis Mario Villafana Guiza indica: “[...] La preservación del derecho a la vida del ser humano es un principio indiscutible y transcurre “desde el momento de la concepción hasta la muerte”, es un signo y una exigencia de la inviolabilidad de la persona [...] La identificación cotidiana de la vida humana es clara, como lo es también su inicio, pues es en el momento de la fertilización, el instante en que se ha iniciado una nueva existencia, gestándose ya un principio vital por el cual se desarrollará una corporalidad precisa, que aunque no visible es ya una auténtica vida, irrepetible, diferente a otras, con una individualidad genética perfectamente establecida [...] La fecundación, fenómeno resultante de la fusión de los gametos femeninos y masculinos, ocurre en la región de la ampolla de trompa de Falopio, que si bien es un órgano de la mujer, el cigoto que se formó ya no lo es. Desde ese momento hablamos de vida humana. Ese cigoto cambia inmediatamente para duplicarse y luego pasar al periodo de cuatro células y, posteriormente, al de mórula, en un lapso de aproximadamente siete días; estos hechos ocurren en la trompa de Falopio, y al octavo día llega a la cavidad uterina en calidad de blastocito, organizado ya su sistema de anidación, siendo capaz de tener su polo de desarrollo, para que, al término de la segunda semana, presente ya una estructura organizada [...]”, “El que ha de nacer. Un punto de vista médico”, en *La bioética. Un reto del tercer milenio*, II Simposium Interuniversitario, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pp. 94 y 95.

Por su parte, Manuel Ramos Kuri indica: “[...] Por otro lado, si no es fácil demostrar que un cigoto sea un hombre, tampoco se puede negar esto rotundamente. Más bien tiene muchas características a favor de que es un ser humano: Desde el punto de vista genómico no le falta nada por desarrollar: tiene todos los genes igual a un adulto. Si al embrión le faltaran genes, quizá podría dudarse que fuera un ser humano. Puede multiplicarse por gemelación y dar lugar a otro hombre (no a un ave, ni a un pez). Puede crecer independiente de su madre (en el útero de otra mujer). En último término todos fuimos, en nuestra concepción, un cigoto. El embrión se está desarrollando en otro hombre o mujer completo”, “Algunos aspectos bioéticos acerca del genoma humano y la clonación”, en *La bioética. Un reto del tercer milenio*, op. cit., pp. 56 y 57.

Por otro lado, Raúl Madrid Ramírez señala una serie de argumentos para determinar la objetualización del embrión humano en los siguientes términos: “En nuestra opinión, estas doctrinas pueden reducirse a dos grandes focos de discusión: 1.1 La voluntad libre y autónoma de la mujer. Desde el punto de vista del liberalismo, la ética es entendida como el conjunto de los valores mínimos admitidos por la mayoría de la sociedad. Sin embargo, estos mínimos evolucionan, son accidentales y se encuentran vinculados más bien con la cultura que con el concepto tradicional de naturaleza, tal como la encontramos en los autores clásicos. El valor del individuo radica en su libertad. Ahora bien, desde el punto de vista de la mujer embarazada, esta libertad consiste en la propiedad de su cuerpo y de todo lo que lo conforma: se subordina, por lo tanto, la disponibilidad del embrión al valor subjetivo que la mujer le atribuye. Ello significa la capacidad de tomar decisiones responsables (este concepto indica simplemente, para los que sustentan esta tesis, algo decidido sin presiones; no se refiere a la aceptación de las consecuencias de los propios actos). El feto no es una persona protegida por el principio de igualdad ciudadana, que supone principalmente el ejercicio de la propia libertad. Desde este punto de vista —es decir, para devolverle a la mujer (postergada, a diferencia del varón) la nota de ciudadanía—, debe buscarse su igualdad tratándola especialmente para encontrar la “situación similar” a la masculina, pues ningún hombre ha estado embarazado y esta diferencia debe ser asumida por el derecho. Considerar que un embrión es un niño equivaldría a desvalorizar el trabajo que el embarazo le exige a la mujer. Como dice Olsen, es simplista e irreal la teoría que considera que la potencial vida humana tiene un significado legal

Asimismo consideramos que, al tratarse de personas y no de simples bienes, el destino natural es buscar su nacimiento, el problema es cómo y quién decide a qué mujer deben implantarse, consideramos que la decisión estará a cargo de quienes ejerzan la patria potestad (misma que debe entenderse como real y efectiva sobre los *nasciturus* en cuestión).

en todos los estadios de la gestación [...] 1.2 La disponibilidad del embrión es de derecho público. Éste es el argumento propiamente feminista, que se basa en la premisa de la dominación ilícita de la mujer por el hombre a través del hijo. La pregunta que surge desde esta perspectiva es: ¿por qué se ha considerado el aborto una cuestión privada? En este ámbito —el privado— domina la mentalidad patriarcal [...] El derecho, en las sociedades pluralistas, debiera intervenir, debiera aproximarse al problema para hacer efectivos los valores libertarios consagrados constitucionalmente. El tema es importante, pues desde el momento en que se reconozca que hay dos personas en el proceso del embarazo, el Estado evitará que una pueda decidir o condicionar la vida de la otra, en virtud justamente de los derechos de los miembros de la sociedad (de allí el interés en disminuir o eliminar la personalidad del embrión). La determinación de la personalidad —se argumenta— es similar a la determinación de la mayoría de edad: accidental y circunstancial, aunque sin total discrecionalidad (no se puede poner la mayoría de edad a los tres años). O sea, la personalidad del embrión se origina por determinación de la autoridad civil y no por conclusión del derecho natural, exactamente igual que si fuera una pena. Ello porque los poderes públicos no pueden imponer una concepción sobre el inicio de la vida que anule los derechos de una mujer embarazada. La personalidad puede ser determinada (libremente) entonces al momento de la concepción, de su movilidad, de su viabilidad o de su nacimiento”, así también manifiesta una serie de argumentos que suscriben la personalidad del embrión: “[...] Principio del derecho a la vida. Esta opinión afirma el significado prevalente de la vida en todo conflicto jurídico, sosteniendo que se trata del derecho más fundamental de todos. La doctrina reciente le ha denominado como “*derecho germen*”, en cuanto inicio de todos los demás, y constituye el supuesto ontológico que es causa y condición de todo derecho subjetivo [...]. La vida empieza con el alma. El problema de la personalidad del embrión está relacionado con el momento en que se le infunde un alma espiritual, porque desde ese instante existe un ser humano. Cabe preguntarse, en primer lugar, cuáles son los requisitos de un cuerpo para concluir que está informado por un alma humana (tomando por base la definición de alma que da Aristóteles: acto primero del cuerpo que tiene la vida en potencia; es decir, que está capacitado para recibir todas las formas plenas del sujeto adulto). La conclusión será que ello ocurre desde el momento mismo de la concepción, siendo imposible que acontezca en cualquier instante posterior [...] El cigoto, por lo tanto, posee un genoma absolutamente único, que le confiere identidad humana y lo distingue de cualquier otro [...] Así, el organismo humano comienza con la fecundación, pues en el cigoto se encuentra todo lo necesario, cuantitativa y cualitativamente, para alcanzar la forma definitiva del adulto [...]. Actualidad de la personalidad del embrión (acto y potencia) [...] la personalidad no es simplemente potencial en el embrión: es persona desde la misma fecundación, porque el cuerpo ya tiene en ese momento la virtualidad de recibir el alma. Lo que sí resulta potencial es el despliegue operativo de sus accidentes exteriores y el uso de sus capacidades, pero eso también ocurre con los niños ya nacidos, pues es preciso esperar bastante más tiempo que la etapa intrauterina para que alcancen el pleno uso consciente y responsable de su facultad intelectual [...]. El ser humano en toda su plenitud no puede sino estar perfectamente contenido en su momento inicial, es decir, en el momento en el que el acto formativo da inicio al proceso de desarrollo, con todas sus consecuencias. En este sentido, la no disponibilidad de la vida intrauterina nunca ha sido realmente un problema desde el punto de vista metafísico.”, “Consideraciones sobre la personalidad del embrión”, en *La bioética. Un reto del tercer milenio*, op. cit., pp. 99-106.

La respuesta a tales cuestionamientos implicaría una profunda discusión imposible de emprender en esta obra, pero debe considerarse que si se trata de semen u óvulos congelados que no son personas, puesto que no hay concepción, pero de ninguna manera pueden considerarse a la ligera, como bienes, ya que tienen la posibilidad de dar vida.

Asimismo, es evidente que los embriones no pueden ser donados, porque son sujetos de derecho y no bienes pero, tratándose del semen y de los óvulos, no es claro si pueden ser objeto de un acto jurídico, ya que no son susceptibles de apropiación ni de estar en el comercio; sin embargo, como se ha señalado anteriormente, la Ley General de Salud admite la donación.

3.1. MATERNIDAD SUBROGADA (MADRE POR ALQUILER)

Este método es posible gracias a la fecundación *in vitro* y consiste en gestar un ser que procede genéticamente de otra mujer.¹³ Se ha utilizado en el caso de mujeres fértiles pero que, por diversas circunstancias físicas, no pueden gestar. De esta práctica pueden surgir los siguientes problemas:

- 1) Que la mujer gestante desee quedarse con el hijo.
- 2) Que antes del nacimiento se detecte alguna anomalía en el bebé y la madre genética solicite el aborto o se niegue a aceptarlo.
- 3) Que la gestante muera en el parto.
- 4) Que los padres genéticos se divorcien.

El problema relativo a la filiación se tratará en el último subapartado del presente capítulo.

¹³ Guillermo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni manifiestan: “Alquiler de vientre. Ya señalamos que, en algunos países, se ha desarrollado la práctica de agregar, al hecho de la gestación del embrión formado con óvulo de una mujer en el vientre de otra, un negocio oneroso, cual es la locación del vientre de la madre portadora. Incluso, han proliferado los intermediarios para la obtención de vientre para alquilar... Las recomendaciones de los organismos internacionales y entidades científicas que se ocupan de los temas atinentes a la fecundación asistida, sostienen la necesidad de proscribir los contratos onerosos de alquiler de vientre; no obstante, algunas legislaciones y las recomendaciones de diversos organismos internacionales reconocen su admisibilidad en caso de que se trate de un acuerdo gratuito, fundado en razones de solidaridad o en el afecto [...]. Desde la perspectiva del hijo, este tipo de acuerdos que obligan a hablar, se quiera o no, de una madre biológica y una madre portadora, provocan inicialmente una situación de incertidumbre acerca de la filiación. Respecto de la determinación de la maternidad, estos acuerdos quiebran el principio tradicional de que el parto sigue al vientre [...] que ha permitido atribuir al hijo sin necesidad de reconocimiento de la mujer que ha dado a luz. Ello crea la consiguiente incertidumbre en la relación materno filial, ante un conflicto de intereses: maternidad biológica derivada del aporte genético del óvulo fecundado y maternidad legal, o determinada legalmente, por la prueba del parto [...]”, *op. cit.*, pp. 475 y 476; véase también CHÁVEZ, *op. cit.*, pp. 59-63.

Ahora bien, en nuestro derecho no existe regulación alguna del contrato que se debe celebrar entre la madre genética (y en su caso su marido) y la mujer que rentará su matriz; obviamente, en él deben preverse las soluciones —que en ningún momento podrán ir en contra de las leyes— a todos los problemas, como los enunciados anteriormente. Asimismo, es aconsejable que dichos contratos se celebren o ratifiquen o ante una autoridad judicial o administrativa o ante un fedatario público.

4. REPRODUCCIÓN ASEXUAL

La clonación humana:

Es el proceso mediante el cual, sin la unión de dos células sexuales y a partir de la implantación del núcleo de una célula con una dotación cromosómica completa en un óvulo al que previamente se le ha extraído un núcleo, se obtiene un ser humano genético idéntico de aquél a quien le ha sido extraída la célula dotada de la totalidad del cromosoma.¹⁴

Se llama reproducción asexual, porque no hay unión de células de personas de diferente sexo. Es un método inadmisibile ya que se traduce en jugar a ser Dios y dar vida de una forma diferente a la natural.¹⁵

¹⁴ Cfr. ALBERRUCHE DÍAZ FLORES, Mercedes, *La clonación y selección de sexo ¿derecho genético?*, Dykinso, Madrid, 1998, p. 19.

¹⁵ Aitziber Emaldi-Ciri6n indica: “[...] ha de tenerse en cuenta el Protocolo al Convenio de Biomedicina del Consejo de Europa, relativo a la Prohibici6n de la Clonaci6n de Seres Humanos [...]. De conformidad con este Protocolo se prohíbe cualquier intervenci6n que tenga como finalidad crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto, entendiendo a estos prop6sitos como ser humano “genéticamente idéntico” a otro ser humano aquél que tenga en com6n el fin perseguido, tendríamos clonaci6n con fines de reproducci6n humana y clonaci6n con fines terapéuticos (que no persigue la reproducci6n humana). La aplicaci6n de técnicas de clonaci6n en la reproducci6n humana ha sido desde largo tiempo reprobada en documentos internacionales, declaraciones, resoluciones y legislaciones nacionales... La Declaraci6n de la UNESCO sobre los Derechos Humanos y Genoma Humano menciona a la clonaci6n con fines de reproducci6n de seres

En el Código Penal para el Distrito Federal este método de reproducción asistida se encuentra prohibido en el artículo 154 que señala:

ART. 154.—Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

I. con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;

II. fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y

III. creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

5. REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

La reproducción asistida está regulada en muy pocos artículos de nuestro ordenamiento civil, de los cuales la totalidad son fruto de las reformas del año 2000.

En materia de filiación se habla de la reproducción asistida en los artículos 326 y 329 que son del tenor literal siguiente:

ART. 326.—El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de la fecundación asistida, si hubo conocimiento expreso en tales métodos.

ART. 329.—Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

humanos como un ejemplo de práctica contraria a la dignidad del ser humano [...], dejando abierta una puerta a la clonación no reproductiva. El Convenio Europeo de Bioética [...] protocolo adicional [...]. En sus fundamentos se destacó que en la instrumentalización de seres humanos, a través de la creación deliberada de seres humanos genéticamente idénticos, es contraria a la dignidad del ser humano y constituye así un abuso de la biología y de la medicina, a lo que agrega las graves dificultades de orden médico, psicológico y social que tal práctica biomédica deliberada podría acarrear para los sujetos involucrados en ella [...]”, “Genoma humano”, publicado en *Reflexiones en torno al derecho genómico*, op. cit., pp. 70 y 71.

El segundo párrafo del artículo 326 establece que el padre no puede impugnar la paternidad de un hijo si consintió la utilización de métodos o “técnicas” de reproducción asistida. Dicho artículo no especifica qué tipo de “técnicas” pueden utilizarse lo que implica que pueden practicarse todas las que no se prohíban por la ley.

La parte final del artículo 329 establece que no se puede impugnar la paternidad del hijo nacido después de trescientos días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial, si el ex cónyuge varón consintió en la utilización de métodos de fecundación asistida.¹⁶ Un caso aplicable sería cuando el marido fallece dejando semen congelado y la mujer lo utiliza para fecundar un óvulo suyo.

Para determinar la cuestión relativa a la disposición del semen, tendríamos que dejar primero asentado que la licitud o ilicitud de dicha disposición no debe afectar la filiación del hijo.

Ahora bien, consideramos que si el marido que congeló su semen vive, él será el único que podrá autorizar su utilización durante o después de disuelto el matrimonio. Si falleció, nos encontramos ante el problema de establecer si se puede, o no, disponer del semen por testamento considerándolo un bien; en caso positivo, sus herederos darán el destino que el testador indicó.

Si tomamos en cuenta que el semen es un bien y el marido no dispuso del mismo en testamento no sabremos qué destino deberán darle los herederos legítimos al semen.

Éstos son, en realidad, planteamientos que deben ser resueltos por el ordenamiento legal, con una técnica jurídica que pueda agotar los supuestos que generan o que pueda plantear la realidad histórica.

El artículo 360 del Código Civil Federal, que era el texto anterior a la reforma de 2000 del Código Local Federal, establece que la maternidad se prueba con el solo hecho del nacimiento, actualmente en el Distrito Federal el nacimiento no es prueba de la filiación según se desprende del actual texto del artículo 360:

ART. 360.—La filiación se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia, ejecutoriada que así lo declare.

Al no quedar probada la maternidad por el hecho del nacimiento se admite la posibilidad de que se utilice una técnica de fecundación *in vitro* en una mujer “por alquiler” (maternidad subrogada).

Incluso, si la maternidad se establece por reconocimiento, se admiten infinidad de supuestos, por ejemplo, que el óvulo sea de una mujer, que el embrión se geste en otra y la que reconozca al niño sea otra.

¹⁶ Véanse ZANNONI, *op. cit.*, p. 509; así como CHÁVEZ, *op. cit.*, p. 41.

En el capítulo del matrimonio se aborda la reproducción asistida en el artículo 162 segundo párrafo.

ART. 162.—

[...]

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

De dicho artículo se deriva que los cónyuges pueden utilizar cualquier método de reproducción asistida, desde luego, siempre y cuando no esté prohibido por la ley.

Pero qué pasará si se utiliza un método prohibido: quien sea concebido o nazca por ese medio deberá ser protegido por el ordenamiento legal. De tal forma, sólo procederán sanciones penales y administrativas a los infractores.

Asimismo, el empleo de métodos de fecundación asistida por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, es una causal de divorcio según se desprende del artículo 267 fracción Vigésima del Código Civil para el Distrito Federal.

Finalmente, con la reforma al Código Civil del 2 de febrero de 2007 (artículo 293 del Código Civil), se reconoce la posibilidad de la donación de células germinales e incluso se establece que el donante no será considerado pariente consanguíneo (padre) del hijo producto de reproducción asistida, si la donación no se hizo con el propósito de atribuirse el carácter de progenitor.

2. El segundo párrafo del citado artículo 293 de nuestro ordenamiento civil establece que la donación de células germinales que se haga sin el propósito de atribuirse el carácter de progenitor no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

Lo que nos parece una solución práctica pero no moral ni jurídica. Consideramos que el ordenamiento legal debió proteger al menor, quien tiene el derecho a que su padre lo reconozca como tal, le proporcione alimentos y le de las herramientas para enfrentarse a los retos de la vida.

Moralmente toda persona tiene el derecho de saber de donde proviene y también tiene el deber de responder de sus actos y en este caso de su paternidad.

El legislador en la reforma del 2 de febrero de 2007, a este segundo párrafo del artículo 293 parece haber considerado mas fácil en la vida práctica que el donante quede desvinculado de un hijo que no quiso tener y de una mujer que no conoce, evitando que surja una filiación, una patria potestad o una obligación alimentaria no deseada por el donante (Padre Biológico), ni por la madre, sin embargo consideramos muy desafortunada la reforma en virtud de que el paren-

tesco por consanguinidad no debe ser una atribución legal sino una situación fáctica que reconoce el derecho y en virtud de la cual surge una situación jurídica.

Un abuelo por ejemplo puede nunca haber deseado un nieto e incluso no realizó ningún acto para tenerlo y sin embargo una vez que nace el nieto surge el parentesco.

El parentesco consanguíneo tiene su razón de ser en virtud de los lazos de sangre y no en la voluntad (como sería en el derivado de adopción) del progenitor o de los demás parientes, cuestión que el legislador no analizó debidamente.

Una solución correcta hubiere sido que al hijo producto de la reproducción asistida se le dieran el derecho a la pensión alimentaria del donante, el derecho de ser heredero legítimo del donante y en su caso que el donante estuviera excluido de la patria potestad.

También es ilógico e incluso discriminatorio que este parentesco en el caso del padre, puede o no existir y en el caso de la madre siempre existe, adicionalmente que con los métodos de reproducción asistida existentes en el proceso de fecundación y gestación, pueden intervenir distintas mujeres, por ejemplo la que aporta las células germinales, y la que presta la matriz. ¿Cuál sería la madre? Y ¿por qué?

3. Igualmente si bien no se indica qué debe entenderse que “se atribuyan el carácter de progenitor o progenitores”, entendemos que se refiere a que los progenitores deseen reconocer al hijo como tal.

El problema surge en como se puede probar que el donante quería atribuirse tal carácter, cuestión que el ordenamiento legal no indica y que suscitaría muchos problemas para atribuir o no la filiación y el parentesco consanguíneo.