

2 ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"CAMPUS ARAGON"

"CONSECUENCIAS JURIDICAS EN CUANTO A LA
SUCESION LEGITIMA POR LA INSEMINACION
ARTIFICIAL POST MORTEM"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ENRIQUE GARCÍA ARAGON

272590

ASESOR: LIC. MAURICIO SANCHEZ ROJAS

MÉXICO

1999

TESIS CON
CARRA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**AGRADEZCO PROFUNDAMENTE LA CONFIANZA Y
EL APOYO INCONDICIONAL QUE ME BRINDARON
MI FAMILIA Y AMIGOS, ASI COMO EL ESFUERZO
QUE REALIZARON JUNTO A MI, PERO SOBRE TODO
A MI MADRE Y A MIS HERMANOS POR ESTAR
CONMIGO HOY Y SIEMPRE Y POR TODO LO QUE
SIGNIFICA ESTE DIA PARA MI.**

**A LA LIC. ESPERANZA HERNANDEZ VALERO
POR SU VALIOSA AYUDA EN ESTE TRABAJO.**

**A MI ASESOR DE TESIS:
LIC. MAURICIO SANCHEZ ROJAS.
POR HABERME DIRIGIDO ESTE TRABAJO,
POR LOS CONOCIMIENTOS
TRANSMITIDOS Y POR SU
GRAN ENTREGA A LA
UNAM.**

**AL H. JURADO:
POR SU INVALUABLE
LABOR Y ENTREGA
A LA ENSEÑANZA
UNIVERSITARIA.**

**A MI ALMA MATER:
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
"CAMPUS ARAGON"**

**“CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN CUANTO A LA
SUCESIÓN LEGÍTIMA POR LA INSEMINACIÓN
ARTIFICIAL POST MORTEM”.**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1. Inseminación artificial en algunas culturas.....	1
1.2. Inseminación artificial en México.....	5
1.3. Antecedentes legales de la inseminación artificial.....	7
1.4. Inseminación artificial en seres humanos.....	14

CAPITULO SEGUNDO

INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

2.1. Concepto de inseminación artificial.....	17
2.2. Clasificación de la inseminación artificial.....	20
2.3. Técnicas de la inseminación artificial.....	21
2.4. Inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio.....	24
2.5. Concepto de inseminación artificial homóloga.....	27
2.6. Inseminación artificial heteróloga.....	31
2.7. Concepto de inseminación artificial heteróloga.....	36
2.8. Inseminación artificial heteróloga fuera del matrimonio o en mujer soltera.....	40
2.9. Concepto de inseminación artificial heteróloga o en mujer soltera.....	42

CAPITULO TERCERO

METODOS DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

3.1. Fertilización in vitro.....	45
3.2. Fertilización artificial.....	49
3.3. Donación de ovulo.....	49
3.4. Embrión artificial o transferencia de embrión.....	50
3.5. Adopción del embrión.....	52
3.6. Congelamiento del embrión.....	52

CAPITULO CUARTO

DERECHO A LA SUCESIÓN LEGITIMA

4.1. Paternidad y filiación.....	55
4.2. Presunción de paternidad.....	63
4.3. Derecho a procrear.....	68
4.4. Los tres sistemas de heredar.....	71
4.5. Herencia de los hijos naturales.....	73
4.6. Herencia de los hijos naturales en el Código Civil vigente.....	75
4.7. Inseminación artificial post mortem.....	76
4.8. Antecedentes de la inseminación artificial post mortem.....	83
4.9. Consideraciones ético-jurídicas respecto de los efectos post mortem de la inseminación artificial.....	86
CONCLUSIONES.....	96
BIBLIOGRAFIA.....	106
ARTÍCULOS, PONENCIAS Y REVISTAS.....	108
LEGISLACIÓN CONSULTADA.....	109

INTRODUCCION

Basta con solo ver fotografías, periódicos o libros de hace unos cuantos años para darnos cuenta de lo mucho que ha cambiado el mundo en el que vivimos. El hombre se caracteriza por su afán por el conocimiento, desarrollo y avances científicos.

En el campo de la medicina, se han encontrado muchas curas a enfermedades antes mortales. Dentro de este campo de investigación se ha logrado desarrollar una serie de técnicas de fecundación artificial que brindan una posibilidad para la procreación en el caso de parejas infértiles o estériles.

La utilización de estas técnicas o procedimientos de fecundación artificial a la vez que brindan una ayuda a parejas infértiles o estériles, crea una posibilidad de manipulación con los componentes genéticos. Estas técnicas alteran concepciones científicas tradicionales, provocan replanteos éticos y desde luego crean situaciones jurídicas nuevas.

Tradicionalmente la relación sexual entre el hombre y la mujer producía la filiación. Se consideraba como madre a la que quedaba a luz al hijo, y se consideraba como padre del hijo al que fecundaba a su esposa mediante el coito sexual. La utilización de estas técnicas ha venido a revolucionar por completo este concepto, introduciendo métodos mediante los cuales un hijo

puede llegar a tener hasta dos padres y dos madres a la vez. Asimismo, se pueden plantear casos en los que una vez realizada la fecundación fuera del cuerpo de la mujer, ambos padres fallezcan y dicho embrión quede en un estado absoluto de incertidumbre respecto de quien tiene derecho sobre él, y por lo tanto sobre su destino. Ante estas situaciones cabe plantearnos la pregunta respecto de si el ser humano en su insaciable carrera por el conocimiento habrá llegado al punto que estos avances produzcan la caída de la humanidad; ¿se habrá perdido acaso el valor a la Familia y a la vida humana? ¿quien tiene derecho a decidir respecto de sí dejar vivir a otro ser humano inocente?.

El derecho trata de regular, en la medida de lo posible, los avances científicos, para que éstos sean utilizados en provecho de la sociedad respondiendo a una utilidad social, inspirándose en un principio de justicia, y dentro de un orden moral. Los principios éticos de la sociedad, mismos que marcan el bien y el mal, deberán ser observados y respetados por el jurista, en el entendido de que lo que cambia no son los valores y principios de la dignidad humana, sino las costumbres sociales, y los principios éticos jurídicos deberán ser aplicados a la luz de la evolución social.

La legislación deberá ajustarse a la nueva realidad creada por la utilización de estas técnicas y procedimientos, sin perder de vista en ningún momento los derechos de los productos creados por su implementación: niños. Son éstos los que necesitan de una manera imperante que se les proteja

mediante una debida reglamentación. El respeto a la vida humana, en cualquiera de sus etapas de evolución, deberá ser salvaguardada por el derecho.

En este trabajo intentaré exponer las técnicas de fecundación artificial, en especial, el método de la inseminación artificial homóloga, es decir dentro del matrimonio con semen del marido; e inseminación artificial heteróloga, dentro y fuera del matrimonio con semen de uno o más donadores, o en mujer soltera. Una vez analizados dichos procedimientos, procederé a analizar las consecuencias jurídicas post mortem de la inseminación artificial. Por último, en cuanto sea posible, trataré de presentar posibles soluciones a las cuestiones planteadas en éste trabajo.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1. Inseminación artificial en algunas culturas.

1.2. Inseminación Artificial en México.

1.3. Antecedentes Legales de la Inseminación Artificial

1.4. Inseminación Artificial en Seres Humanos.

1.1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN ALGUNAS CULTURAS.

La inseminación artificial fue practicada desde hace varios siglos en plantas, y a escala más reducida en animales, sólo a principios de este siglo se comenzó a realizar con éxito en seres humanos, pese a que se sabe de algunos casos que se remontan a fines del siglo XVIII o principios del siglo XIX.

"En 1920 se empieza a analizar el espermatozoides y en la década de los 40 se instalan en Estados Unidos los bancos de semen, pero es durante la guerra de Corea que se afianza esta práctica. Muchas mujeres de combatientes norteamericanos van a ser inseminadas con el semen de sus maridos, lo que constituye un nuevo fenómeno que deja de ser una simple experiencia de laboratorio para pasar a ser un importante fenómeno social con repercusiones en el Derecho de Familia."¹

La aplicación de la inseminación artificial en los seres humanos, advertía GARCÍA CANTERO, "... subvierte totalmente las bases biológicas del Derecho Civil de filiación, según las cuales la procreación presupone la unión física entre un hombre y una mujer..."²

¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *"La fecundación in vitro y la filiación"*. Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición 1993. Pág. 12.

² GARCÍA CANTERO, G., "Incidencia de la medicina y biología moderna en el derecho civil español, en homenaje al profesor López Rodó", Vol. III, Universidad Complutense, Madrid, 1972, Pág. 309-324.

La inseminación artificial era el único método que existía para ayudar a tener hijos a las parejas en las que el hombre era estéril; a fines de los años 70, aparece un nuevo método de fecundación asistida que permite solucionar los problemas de esterilidad de la mujer, la fecundación in vitro. Esta técnica nace como una forma de remediar los casos en que la mujer presente una lesión irreparable de las trompas que impide el transporte de los gametos y, por tanto, la fecundación vitro. En el Reino Unido ya no se requiere la relación sexual de un hombre y una mujer para procrear, solo se necesita de la unión de un óvulo y de un espermatozoide en una placa de laboratorio, de este modo se produce la separación entre reproducción y sexualidad.

Los antecedentes los encontramos principalmente en los últimos tiempos, prácticamente hacen referencia a los siglos XIX y XX.

En la antigüedad, en la procreación a veces se admitía colaboración de un tercero.

MALPIGHI y BIBIENA en 1600, al parecer fueron los primeros que intentaron, sin éxito, la fecundación artificial de los huevos del gusano de seda.

"En 1785. THOURET. Logró fecundar a una mujer estéril, mediante la inyección intravaginal del líquido seminal recogido en una jeringuilla de estaño. GIRAULT, obtuvo nuevos logros en treinta años de intentos. En 1866 el ginecólogo

MARION SIMS, obtuvo un solo logro sobre 55 intentos, inyectando directamente el esperma en el útero, En 1884 PANCOAST, realizó la primera inseminación artificial heteróloga. Desde entonces el nuevo método fecundante ha ido difundiéndose lentamente superando el restringido ambiente pionerístico.³

"Al comenzar el siglo XX, se asiste a la propagación de la práctica de inseminación artificial de la mujer, sobre todo en los países anglosajones. En un principio los casos son raros. Así, según estadísticas publicadas por ROELHEDER, en 1911, figuran 65, de los cuales sólo 21 son con éxito. En 1927, un estudio aparecido en Francia consigna 88 casos, entre ellos 33 con resultados favorables. Posteriormente, como hemos expresado se acelera el empleo del procedimiento durante la Segunda Guerra Mundial, los americanos SOIMOUR y KEMER, sólo en 1941, basan sus conclusiones en 9580 casos humanos."⁴

"Las estadísticas son discordantes y seguramente incompletas. El doctor GIOROLA habla de 895 embarazos sobre 1351 inseminaciones con semen marital. GABELLI señala 972 embarazos sobre 1605 inseminaciones con semen extra marital y 389 embarazos sobre 3050 inseminaciones con semen marital."⁵

³ Diccionario Enciclopédico de Teología Moral., Tercera Edición, Ediciones paulinas. Madrid España. 1978. Pág. 414.

⁴ LEÓN FEIT, Pedro, "Distintos Aspectos del Problema de la Inseminación Artificial en Seres Humanos, su Interés Jurídico, Especialmente en cuanto a la Filiación". Cuadernos de los Institutos. Boletín 1936. III-IV N° 87. Córdoba, República de Argentina. 1996. Pág. 46.

⁵ Diccionario Enciclopédico de Teología Moral. Op. Cit. Pág. 414.

Nueve meses después el 3 de octubre de 1978, un matrimonio indio recibía su primogénito en Calcuta concebido en un método parecido.

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

"Una guapa francesa de 23 años de edad, reclama ante la justicia el derecho de ser inseminada con el espermatozoides de su esposo, fallecido hace un año, lo cual plantea a los jueces un caso único. ¿ PUEDE PERMITIRSE EL NACIMIENTO DE UN NIÑO GRACIAS AL ESPERMA DE UN MUERTO?...".⁶ La situación se plantea, porque en 1981 la pareja fue informada que el marido ALAIN, sufría de cáncer en un testículo que iba a perder en la operación y que el tratamiento de quimioterapia lo dejaría estéril. Decidieron depositar el semen en un banco especializado en Francia y posteriormente el marido murió.

"Otro caso es también el de los embriones huérfanos, cuando la pareja murió en los Andes Australes y, hacía tiempo habían depositado para su congelación dos embriones compuestos de óvulos que fueron extraídos de la madre y fecundados con el espermatozoides de su esposo, la decisión fue adoptada por la pareja

⁶ Excelsior. "Diario de la Ciudad de México". 28 de junio 1984.

luego del fallecimiento de su hija de 10 años y después de que un segundo intento para tener familia fracasó por aborto involuntario.”⁷

La causa más importante que dio origen a la implementación y utilización de estos métodos fue la incapacidad de poder concebir hijos, conocida comúnmente como infertilidad, y que se presenta en el hombre como en la mujer.

En la actualidad, la mayoría de los autores coinciden en señalar que se considera que una persona es infertil a partir de un año de intentar lograr la concepción y no poder lograr la fecundación. las estadísticas respecto de los problemas de infertilidad tanto en el hombre como en la mujer han crecido substancialmente durante los últimos años.

1.2. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN MÉXICO.

Se ha mencionado en los foros científicos nacionales que un 10% de las parejas tienen problemas reproductivos a lo largo de su vida; aunque no hay cifras confirmadas en México.

⁷ Idem.

Este es un problema de salud que, aunque de nula mortalidad, es de suma trascendencia en una pareja ya que puede acarrear una morbilidad psíquica que puede llevar fácilmente a la desintegración de la relación conyugal.

Los problemas reproductivos se ubican en dos grandes grupos, según la nomenclatura aprobada por los Comités de Estudio de Fertilidad a nivel nacional e internacional: Esterilidad, que es la incapacidad para tener gametos (óvulo y espermatozoides), que realicen en forma adecuada la fertilización (la penetración del espermatozoide en el óvulo) e Infertilidad, que es la incapacidad para obtener un hijo vivo a pesar de que haya acontecido la fertilización y la implantación (la nidación del huevo en el útero o matriz).

Mientras que la infertilidad atañe a la pareja que sabe que puede embarazarse, la esterilidad tiene mayor impacto psicológico ya que invalida la condición tradicional de hombre mujer, afecta importantemente la autoestima y las relaciones interpersonales en el núcleo familiar y social.

Las causas de esterilidad pueden corresponder al hombre o a la mujer, aunque hay más de una tercera parte de los casos donde ambos miembros de la pareja intervienen conjuntamente y son por factor masculino, causas femeninas, idiopática.

El factor masculino incluye la deficiencia en la calidad y cantidad de la población espermática, alteraciones anatómicas o funcionales para la realización del coito.

El factor femenino engloba una mayor cantidad de alteraciones que van desde alteraciones en la ovulación y el eje hipotálamo-hipofisis, alteraciones anatómicas del tracto reproductor tanto naturales como quirúrgicas, infecciones, cambio en el hábitat, factor inmunológico etc.

1.3. ANTECEDENTES LEGALES DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

Los primeros antecedentes legales que se registraron datan de 1883, en Francia, donde se tiene el primer récord judicial de inseminación artificial.

En 1905 un alemán debatió la legitimidad de un niño nacido, concebido por su esposa en 1904, demandándola por adulterio, argumentando que no había tenido relaciones con su esposa considerando el tiempo necesario para la concepción. La esposa alegó que el hijo concebido era resultado del semen secretado por el marido en una emisión nocturna y que la mujer lo había tomado y depositado dentro de su vagina. Más tarde en 1908, la Suprema Corte de Alemania afirmó que un niño concebido a través de una inseminación artificial usando la mujer el semen de su marido debía ser considerado como hijo legítimo.

El primer caso discutido en la Corte de los Estados Unidos sobre la inseminación artificial, se decidió en 1945, siendo éste denominado Hoch vs. Hoch.

La ciencia y la medicina deben perseguir el mejoramiento de las condiciones de vida humana tratando, en la medida de lo posible, de dar soluciones a los problemas que aquejan a los hombres. La inseminación artificial ha venido a dar una solución a problemas de infertilidad de muchas parejas.

Se puede decir que en la actualidad la capacidad de procreación del hombre puede ejercerse incluso después de su muerte. Más de veinte mil niños nacen cada año por medio de inseminación artificial y utilizando semen de un donante. En 1982 Walzer estimó que alrededor de quinientos mil niños habían nacido para esa fecha como resultado de este método. Bancos de semen se han establecido en todo el mundo; países como Francia y Dinamarca han construido bancos y centros de inseminación aceptados por la comunidad científica y por la sociedad.

Los métodos de concepción artificial conllevan todo un universo de implicaciones legales, con cuestionamientos morales y éticos. El legislador no se puede mantener al margen de estos hechos a raíz de sus propios criterios morales, sino que deben de tratar de regular las situaciones jurídicas que se presentan, para que en la medida de lo posible, dé un trato de lo más justo posible y jurídicamente correcto a los productos finales de dicha utilización e implementación de métodos

de inseminación artificial: niños, quienes quedarán sujetos al albedrío de la sociedad.

Algunas de las consecuencias jurídicas que se generan respecto de las inseminaciones artificiales realizadas en mujer viuda con semen de su esposo ya fallecido, en mujer viuda o divorciada con semen de donador o en mujer soltera, son las que presentaré en esta investigación.

Debemos observar que en nuestra legislación no aparece reglamentación alguna en el Código Penal ni tampoco en el Código Civil; en el Derecho Canónico tampoco se hace referencia especial a esta materia. De aquí surge la necesidad de legislar sobre la concepción artificial, no sólo en el Código Civil, sino adicionalmente en las leyes que se interesen en lo Familiar y en la filiación. En la Ley General de Salud en el capítulo décimo cuarto relativo al control sanitario de las disposiciones de órganos, tejido y cadáveres de seres humanos, se comprende lo relativo al control del semen en el artículo 314 que dice:

PARA LOS EFECTOS DE ESTE TITULO SE ENTIENDE POR:

i. Disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos: el conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus derivados,

productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos, con fines terapéuticos, la docencia o investigación;

II. Cadáver: el cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida;

III. Embrión: el producto de la concepción hasta las trece semanas de gestación;

IV. Feto: el producto de la concepción a partir de la décima tercera semana de gestación;

V. Producto: todo tejido o sustancia excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos, para efectos de este título, la placenta y los anexos de la piel, y

VI. Destino final: la conservación permanente, inhumación o desintegración, en condiciones sanitarias permitidas por la ley, de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los embriones y fetos.

Continuando lo expresado conviene detectar en cuales leyes se reglamente lo relativo a la fecundación artificial; desde luego parece no haber duda de que debe incorporarse alguna reglamentación en el Código Civil, la materia

matrimonial y en la referente a la filiación de los hijos dentro del matrimonio. También parece conveniente estudiar la posibilidad de adicionar algunos delitos, por la violación de la honestidad corporal de la mujer cuando se le fecunde contra su voluntad, o por la ilicitud que significa hacer concebir a una mujer artificialmente ocultándolo al marido o sin el consentimiento de éste; o bien porque el marido aporte su semen para fecundar a mujeres extrañas, que implica una ofensa para la cónyuge. En este aspecto, debe determinarse la responsabilidad de los sujetos que pueden ser el varón o la mujer, el médico que realiza la operación y el tercer interesado en la fecundación de la mujer, o sólo los dos últimos. Por último parece evidente que la Ley General de Salud debe tener una reglamentación especial para la operación de inseminación o concepción artificial, para reglamentar la forma o manera de hacerse y los aspectos jurídicos que deben satisfacerse para seguridad de los consortes y de la filiación.

A) CÓDIGO CIVIL.

En esta materia es conveniente precisar hasta donde la reglamentación actual puede responder a situaciones que se plantean por la concepción artificial; la situación, como se ha dicho, puede referirse a los progenitores, a la filiación y a las sucesiones.

En relación a los consortes, debe precisarse que la fecundación artificial sólo podrá realizarse con el consentimiento de ambos en los términos y

condiciones que para tal efecto fijen las leyes de la materia, con la cual se remite a los interesados a la Ley General de Salud, que es la más adecuada para la aplicación de estos métodos.

Con relación a la filiación de hijos nacidos de matrimonio, podría agregarse un artículo que haciendo referencia a los artículos 325 y 326, expresara "No obstante lo dispuesto en los artículos que preceden, este desconocimiento no es admisible si se acredita, por cualquier medio de prueba, que el hijo fue concebido como consecuencia de fecundación artificial con semen del marido.

En las sucesiones debe tomarse en cuenta lo relativo a la inseminación después de muerto alguno de los consortes o concubinos.

B) CÓDIGO PENAL.

Deben hacerse estudios para decidir si se incorporan al Código Penal nuevos delitos en materia de la concepción artificial, que hagan referencia a la mujer, al médico, al dador del semen y al varón cónyuge.

Con relación al médico, existen actuaciones u omisiones que pueden significar un ilícito, como podrían ser: no cerciorarse o tener la seguridad de que el donador reúne las condiciones de salud exigidas por la ley; revelar el nombre del

donador, inseminar sin el consentimiento previo y por escrito de la mujer y del marido; inseminar a mujeres no casadas.

En relación con la mujer, considero que sería ilícito: ser fecundada artificialmente con semen distinto del marido; ser inseminada fuera del matrimonio.

Por parte del donador: forzar física o moralmente a la mujer, sea soltera o sea casada, para que se le insemine con su propio semen, pues va en contra del bien jurídico tutelado consistente en la honestidad corporal, que se agrava en caso de matrimonio por la ofensa grave al matrimonio y al marido.

C) Ley General de Salud.

Dentro de esta ley debe completarse la reglamentación que existe para las disposiciones de partes del cuerpo, consistente en órganos y tejidos. Desde luego, en la ley se deben tomar en cuenta al marido y a la esposa, así como al médico que es el responsable de la inseminación o implantación del óvulo fecundado.

En un supuesto que se legislara sobre el establecimiento de bancos de semen, en general puede señalarse que el donante debe ser ignorado. Un incógnito que no deje rastros que puedan identificarlo, sin embargo, debe estudiarse la posibilidad de identificación, para posibles consultas sobre aspectos genéticos o

enfermedades. Debe haber un secreto sobre la mujer en quien fue usado el semen. El secreto profesional de médico y del banco debe ser absoluto para evitar problemas jurídicos. Deben señalarse los requisitos de salud física, ausencia de rasgos digenéticos y hereditarios.

1.4. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN SERES HUMANOS.

Alrededor del año 300 A.C, ya se contemplaba la posibilidad de que las mujeres pudieran concebir sin necesidad de coito sexual con un hombre. En la época romana constituía una deshonra no tener descendencia que continuara en culto familiar. Asimismo en la Biblia se relatan que las palabras de Raquel que por su esterilidad no puede darle hijos a Jacob y le da a sus esclavas para que conciban por ella: Dame hijos o me muero, Encendido en ira contra ella Jacob le responde: Por ventura soy yo Dios, que te ha hecho estéril. Ella le dijo: Ahí tienes a mi sierva Bila; entra a ella, que para sobre mis rodillas, y tenga yo prole por ella". Dióle, pues, su sierva por mujer, y Jacob entró a ella. Concibió Bila, y parió a Jacob un hijo, y dijo Raquel: Dios me ha hecho justicia, me ha oído y me ha dado un hijo.

Algunos autores establecen que los antecedentes históricos de la inseminación artificial en seres humanos data de 1462, cuando Juana de Portugal, esposa de Enrique IV de Castilla, fue inseminada artificialmente y da a luz a "Juana de Beltraneja", sin embargo no existen pruebas definitivas de este hecho.

La primera inseminación artificial en seres humanos fue realizada por el cirujano inglés John Hunter entre los años 1790 y 1799. Esta fue una inseminación homóloga pues se utilizó el semen del esposo de la mujer inseminada. Ciertamente este hecho ha sido puesto en cuestión, pero existe información concreta de que un niño nació en 1834 por este método.

"En 1834 William Pancoast logró exitosamente la primera inseminación heteróloga documentada en Filadelfia; esta se llevó a cabo en secreto para proteger tanto al médico como al paciente, veinticinco años después un alumno de Pancoast publicó este acontecimiento."⁸

En 1911 Roelheder, da a conocer 65 experimentos, de los cuales 31 resultaron positivos. Más tarde en 1942 Seymour y Kroerner, interrogaron a 30 000 médicos de los Estados Unidos y lograron saber de 9489 embarazos logrados por medios artificiales. En 1950 en Francia se reportaron 1000 embarazos anuales, 6000 en Inglaterra y 20000 en Estados Unidos, todos ellos como producto de la utilización de métodos artificiales de concepción. En esta misma fecha los médicos del cuerpo de sanidad del ejército de los Estados Unidos practicaron en más de 1000 personas la tele inseminación, con semen de soldados acantonados en Corea.

⁸ M.GLESERMAN. "A Survey and Thoughts on Artificial Insemination". En David Puett (de), Human, Fertility, Health and food impact of molecular Biology and Biotechnology, United Nations Fund For Population Activities, New York, USA, 1984. Pág. 32.

En 1968 se establecen los llamados Bancos de Semen en países como Francia y Alemania, en donde se obtiene semen de diversos donadores, guardando absoluto secreto sobre su identidad. Por último tenemos que en 1969 el Dr. George Sillo-Seidel, de nacionalidad alemana, presenta un informe sobre una mujer que dió a luz a un niño resultado éste de un semen congelado.

Para evitar que los seres humanos nacidos por la utilización de los procedimientos de inseminación artificial por donador en el futuro pudieran llegar a tener contacto sexual entre ellos, creando posibles situaciones de incesto, etc; se ha tratado de limitar a un máximo de cinco o seis inseminaciones por cada donador de la misma zona geográfica.

En la actualidad, los niños nacidos por los métodos de inseminación artificial va en ascenso. Este procedimiento brinda una posibilidad a parejas infértiles para poder lograr su procreación, por lo que considero importante se creé una regulación y reglamentación adecuada en la utilización e implementación de estos procedimientos para que puedan ser utilizados correctamente y reduzcan los abusos en su utilización.

CAPITULO SEGUNDO

Inseminación Artificial

- 2.1. Concepto de inseminación artificial.**
- 2.2. Clasificación de la inseminación artificial.**
- 2.3. Técnicas de la inseminación artificial.**
- 2.4. Inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio.**
- 2.5. Concepto de inseminación artificial homóloga.**
- 2.6. Inseminación artificial heteróloga.**
- 2.7. Concepto de inseminación artificial heteróloga.**
- 2.8. Inseminación artificial heteróloga fuera de matrimonio o en mujer soltera.**
- 2.9. Concepto de inseminación artificial heteróloga o en mujer soltera.**

2.1. CONCEPTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

Debemos analizar si con nuestra legislación es posible responder a las nuevas exigencias que nos plantea la ciencia en esta materia. Estas nuevas exigencias son en las, áreas conyugal, de la filiación y en las sucesiones.

Conviene preguntarnos si la actual legislación da respuesta a las interrogantes que en esas áreas se plantean. Nuestra legislación, en especial el Código Civil; no deja de lado la consideración que se debe a la moral a las buenas costumbres y a las disposiciones del orden público. Esto se desprende de los artículos 6,8,1795 frac. III, 1816,1827 frac. II, 1830,1831,1943 y 2225. Es decir, la licitud esta presente en cualquier relación jurídica.

Sobre esta materia hay una gama de opiniones que van desde la repugnancia a este tipo de operaciones terapéuticas hasta la aceptación llevada al extremo de tratar de mejorar la raza a través de la manipulación genética. Debemos colocarnos en una situación de equilibrio, en la que se contemple la realidad y las posibilidades en beneficio del hombre y la comunidad, y opinar con un criterio que salvaguarde los intereses de la persona y de la comunidad, evitando extremismos en uno u otro sentido.

Los autores plantean si se trata de una fecundación artificial o de una inseminación artificial. Ambos términos son utilizados. Se habla de la fecundación

artificial, aún cuando no se descarta que también puede usarse como terminología adecuada la de *inseminación*, toda vez que el primer concepto hace referencia a la concepción como resultado y en cambio, en el segundo concepto, se esta expresando la introducción de esperma en la mujer por medios artificiales, sin asegurar la concepción como resultado.

Sin embargo casi la totalidad de autores consideran que la práctica en cuestión no es la fecundación, pues la verdadera fecundación se da después de la intervención médica. Se dice que la fecundación no es artificial, lo artificial es la *inseminación*. Pero los avances científicos hacen posible también la fecundación artificial, cuando se logra esta gestación en tubo de ensayo, llamada *in vitro*. En estos casos se trata de una verdadera fecundación artificial extrauterina.

Por lo tanto, se emplearán los dos términos respondiendo cada uno a una situación determinada. *Inseminación* será el término para indicar la introducción del esperma en la mujer sin asegurar la fecundación; por lo tanto fecundación es la unión artificial extrauterina de un *espermatozoide* con el óvulo.

Sin embargo, cuando se refiera a las dos situaciones emplearé el término *concepción* pues es lo que se pretende.

"Podemos señalar que la fecundación desde el punto de vista de la fisiología es el acto de impregnación del óvulo por el espermatozoide."⁹

La concepción supone en forma asociada el coito y la inseminación se consideraron inseparables: hoy se han separado y pueden producirse la segunda sin la unión sexual. La inseminación y la concepción artificial pueden darse en cualquier mujer esté o no casada, hubiere o no convivido con un hombre en el aspecto médico se comprende: la recogida del semen, la inseminación y la concepción.

Zannoni define la *inseminación artificial* de la siguiente manera, "... la ciencia pone al alcance de los matrimonios *infecundos*, en la actualidad, el recurso de la *inseminación artificial*. Esta constituye una técnica un método, si se prefiere que salve los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer... No superándose estos trastornos mediante tratamiento terapéutico, puede recurrirse a la inseminación artificial con semen del marido (*homóloga*). Pero puede ocurrir que frente a la esterilidad del marido la pareja decidiese recurrir a la inseminación artificial utilizando el esperma fértil de un tercero (*heteróloga*). En este caso la inseminación no es solo una técnica o método para permitir la fecundación genéticamente conyugal, sino que, además aporta un componente genético ausente en la pareja para fecundar, la fecundación se obtiene sin cópula o coito. El semen es inoculado

⁹ Enciclopedia Jurídica Ormeza, Dris Kill, S.A., Buenos Aires Argentina, 1980. Tomo XII. Pág. 73.

mediante jeringas o catéteres y depositado en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo femenino.¹⁰

2.2. CLASIFICACIÓN DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

Se pueden señalar las siguientes maneras o formas de fecundación artificial.

1) En relación con el lugar donde se efectúe la fecundación puede ser: interna o in vitro. La primera se procura y se logra en el seno materno; la segunda fuera de él, en recipientes de laboratorio.

2) Con relación al estado familiar de la mujer podrá ser en matrimonio o fuera de matrimonio. La primera a su vez puede dividirse según se efectúe con elementos del matrimonio es decir, con el óvulo de la esposa y espermatozoides del esposo, o con los elementos extraños al matrimonio, bien sea con elemento masculino extraño, con elemento femenino extraño o con ambos elementos extraños pero implantados en la esposa.

Con relación a la mujer no casada, podemos distinguir según se trate de mujer soltera o concubinas. También debe señalarse a la mujer que se preste para

¹⁰ A. ZANNONI, Eduardo. "Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina". Editorial Astrea Buenos Aires. 1978. Págs. 43-44.

procrear un hijo que no tenga ningún elemento de ella, es decir, una mujer que facilite su útero en favor de un tercero, hombre o mujer.

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

Es conveniente precisar que la clasificación se hace basándose en las posibilidades técnicas y biológicas, pero no necesariamente para que se incorporen a la legislación. No todo lo que se hace es moral y legal; debe distinguirse y sólo reglamentar como lícito lo que no contrarie las buenas costumbres, que significa la moral de un pueblo.

2.3. Técnicas de la inseminación artificial.

"Los objetivos principales de la inseminación artificial son:

- a) Asegurar la existencia de óvulos disponibles

- b) Acercar los espermatozoides al óvulo en el aparato genital femenino

- c) *Mejorar e incrementar el potencial de fertilidad de los espermatozoides realizando una serie de procedimientos de laboratorio al donante, llamados en conjunto capacitación espermática.*

La capacitación espermática emplea una serie de técnicas de lavado con soluciones especiales o con gradientes de diferentes densidades que eliminan del eyaculado restos celulares, bacterias, leucocitos, espermatozoides muertos y lentos, secreciones seminales; al mismo tiempo se selecciona y concentra la población de espermatozoides más fértiles en un volumen aproximado de 0.5 ml. que se introduce al útero aumentando con ello las posibilidades de fecundación. Las técnicas más empleadas son las de lavado y centrifugación, "swim-up" y filtración en gradientes de Percoll.¹¹

Dependiendo del sitio donde se deposite el semen la inseminación artificial puede ser: intravaginal, intracervical, intrauterina, intraperitoneal o intratubaria.

Con la inseminación intrauterina se obtiene la mejor tasa de embarazo, entre el 20-25% de probabilidades de embarazo por intento. Se recomiendan 5 ciclos consecutivos de inseminación artificial para agotar las probabilidades de éxito.

Una vez lograda la fecundación, el desarrollo del embarazo es normal; el riesgo de presentar un aborto, parto prematuro o un bebé con una malformación congénita es el mismo que en un embarazo obtenido por coito vaginal.

¹¹ Técnicas de Reproducción Asistida. "Inseminación Artificial". Http://www.Reproducción.Com.mx/insem.Htm]. 1996.

Para incrementar el porcentaje de éxito se recomienda aumentar la cantidad de óvulos en el tracto genital femenino estimulando los ovarios con medicamentos que inducen ovulación múltiple; el seguimiento folicular indicará el momento de la ovulación y el día óptimo para la inseminación.

Recientemente se comenzó a emplear un nuevo método: la transferencia intrauterina de gametos (TIG o GIFT). Esta técnica fue ideada por el médico Ricardo Ash y consistente en captar los óvulos de la mujer a través de la laparoscopia y, al mismo tiempo, el esperma del marido. En la misma operación se coloca ambos gametos en una cánula especial, debidamente preparados, y se introducen en cada una de las trompas de falopio, lugar donde se produce naturalmente la fertilización. Los espermatozoides penetran en uno o más óvulos, formándose el embrión. Este descenderá dentro de las trompas hacia el útero, de forma tal que la concepción se producirá íntegramente en el cuerpo de la mujer. Esta técnica es un refuerzo de la inseminación homóloga, respetando al máximo el proceso de la concepción que, según la doctrina católica, debe darse necesariamente en el cuerpo de la mujer.

Las técnicas para la inseminación artificial han ido evolucionando, por lo que en un futuro próximo, se espera sean más baratas, de aplicación muy sencilla y con resultados positivos en la mayoría de los casos.

puede afirmar que hay una firme unión moral entre el acto de amor y el niño que nace como fruto de la inseminación artificial. Los pastores deben sentirse libres al aconsejar a los matrimonios sin hijos que recurran a este método en su deseo de llegar a ser padres y realizar su misión procreativa.”¹²

Respecto a la “... fecundación artificial a realizarse en el matrimonio hay que distinguir: si existe la posibilidad de obtener la generación por vía normal, aunque sea con graves dificultades, entonces la inseminación artificial siempre inmoral. Pero puede darse el caso de que unos cónyuges que después de haber experimentado todos los remedios médico-quirúrgicos no logran obtener prole, a causa incluso de una disfunción de orden traumático sobrevenida después de la boda; entonces se podrá realizar la fecundación artificial homóloga, con tal de que haya un acto conyugal que exprese el amor entre las dos personas, aunque no se den todos los componentes de una relación normal, por lo que se necesita recurrir a ciertos artificios que ayuden sin sustituir, a lo que exige la naturaleza de la persona humana.”¹³

Otro aspecto que interesa, es determinar si la fecundación artificial sólo es lícita en caso de esterilidad, más no en caso de impotencia.

¹² La Sexualidad Humana Nuevas Perspectivas del Pensamiento Católico. Estudio realizado por la Catholic Theological Society of America. Dirigido por Antony Kossik. Ediciones Cristiandad. Madrid, España, 1978. Pág. 160.

¹³ Diccionario Enciclopédico de Teología Moral. Op. Cit. Pág. 421

La impotencia la encontramos como impedimento para contraer matrimonio (artículo 156 frac. VIII del Código Civil.), que produce la nulidad del matrimonio, tanto en lo civil como en lo religioso, y la impotencia subsecuente produce la causal de divorcio prevista en la fracción VI del artículo 267 del mismo ordenamiento. Parece que la licitud debe reservarse sólo a los casos de esterilidad entre consortes, pues la impotencia por sí es causa de nulidad, y engendrar un hijo en esa situación podría traer graves consecuencias para el mismo, en caso de nulidad canónica del matrimonio o divorcio civil del mismo. Sin embargo, por tratarse del matrimonio y tomando en consideración que los consortes pueden convivir para cumplir los otros fines del matrimonio, podría aceptarse, aún en este caso, la fecundación artificial.

2.5. CONCEPTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA.

Respecto de la inseminación artificial homóloga Zannoni dice que “la ciencia pone al alcance de los matrimonios infecundos, en la actualidad, el recurso de la inseminación artificial. Este constituye una técnica, un método, si se prefiere que salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal el marido y la mujer.”¹⁴

Ahora bien, si establecemos que la inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio tendrá como resultado un hijo biológica y legalmente de la pareja, ya que cumplirá con los requisitos establecidos en el artículo 324 del Código

¹⁴ A. ZANNONI, Eduardo. Op. Cit. Pág. 43.

Civil, cabe hacer mención que dicho procedimiento se deberá realizar con el consentimiento de ambos cónyuges.

Nuestra legislación, específicamente en el Código Civil, en la última parte del artículo 162, dice: "...toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el tiempo de tener a sus hijos. Por lo que toca a matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges."¹⁵

Soto Lamadrid dice que "... uno de los fines naturales del matrimonio es el de permitir la trascendencia mutua de los cónyuges, a través de los hijos, y que la negativa injustificada de uno de ellos, no convenida expresamente antes del matrimonio, constituye una grave ofensa para el miembro que se unió conyugalmente con esa expectativa."¹⁶

En la inseminación artificial conyugal, es necesario el consentimiento del marido para la extracción del semen con la finalidad precisa de su inseminación en su mujer. Tal consentimiento no puede entenderse implícito en el consentimiento matrimonial, tampoco exigible o debido en atención a los deberes conyugales de socorro mutuo (ni siquiera cuando este sea un medio para superar la imposibilidad de la pareja de generar mediante cópula sexual), por lo que su negativa no podrá

¹⁵ Código Civil Para el Distrito Federal, Ediciones Madrid, S.A. México 19. Pág.

¹⁶ SOTO LA MADRID, Miguel Angel. "Biogenética, Filiación y Delito". Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990. Pág. 33.

calificarse como violación de deberes conyugales a efectos de separación o divorcio. La inseminación de la mujer con semen del marido contra la voluntad de éste, puede entrañar violación de los deberes conyugales (en particular, el respeto mutuo) por parte de ella, pero nada cambia respecto de la paternidad del marido y correlativa filiación matrimonial de los hijos.

Por lo tanto podemos decir que la decisión de utilizar el procedimiento de inseminación artificial dentro del matrimonio debe ser consentida por el marido y su esposa, ya que nuestra legislación establece que dentro del matrimonio, el tiempo y el número de los hijos será ejercido de común acuerdo por los cónyuges, y debido a que desencadenará consecuencias jurídicas respecto de la filiación, paternidad, alimentos, patria potestad y demás derechos inherentes a dicha relación tales como derechos sucesorios, como veremos más adelante.

La inseminación artificial homóloga es aquella donde se utiliza el semen de la pareja. En la inseminación artificial homóloga, la muestra de semen se obtiene por masturbación el mismo día en que se va a realizar la inseminación. Se recomienda a la pareja una abstinencia sexual en los 3 días previos con el objeto de maximizar la calidad de la muestra seminal en número y calidad de los espermatozoides.

La técnica de capacitación espermática se selecciona según la calidad de la muestra de semen. Tiene una duración hasta de 2 horas y debe iniciarse a los 30 minutos después de obtenida la muestra.

Cuando la muestra está lista para la inseminación se deposita en un catéter especial conectado a una jeringa; la paciente se coloca en posición ginecológica, se aplica un espejo vaginal estéril para localizar el cervix y por su orificio se introduce el catéter hacia el interior del útero y se deposita el semen capacitado (inseminación intrauterina), si el caso lo amerita, se puede depositar también semen capacitado en el interior del cervix (inseminación intracervical).

El catéter se retira lentamente y se deja a la paciente en reposo 20 minutos, concluyendo así el procedimiento.

Las contraindicaciones para realizar una inseminación artificial homóloga son:

- A. Incompatibilidad a Rh.
- B. Ser portador de una enfermedad hereditaria.
- C. Ser portador del virus del SIDA.

D. Tener una enfermedad crónica degenerativa (diabetes, hipertensión severa, etc.), descontrolada.

F. Presentar cáncer o estar bajo tratamiento con radioterapia, quimioterapia o citostáticos.

G. Contar con una infección genital activa.

H. Tener contraindicación para un embarazo por razones médicas o psiquiátricas.

I. No aceptación por uno de los miembros de la pareja."¹⁷

2.6. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.

"Los datos de la primera inseminación artificial con donante se remonta a 1884, cuando un ginecólogo inglés, PANCOAST, realizó esta técnica por primera vez. Los descubrimientos ya mencionados sobre el ciclo femenino y la congelación de espermatozoides, aceleraron la utilización de la técnica y permitieron la disociación entre el momento de la donación de semen y su utilización, mediante la creación de los bancos de espermatozoides. Lógicamente, surgieron voces críticas ante esta técnica, entre otros desde las autoridades de la iglesia católica.

¹⁷ Técnicas de Reproducción asistida. Op. Cit.

La iglesia católica ha permanecido levantando su voz contra este tipo de practicas. Así, por ejemplo, en el documento *Donum Vitae*, exhorta a que la ley civil no legalice la donación de gametos, puesto que el respeto de la unidad de matrimonio y de la fidelidad conyugal exige que los hijos sean concebidos en el matrimonio. El recurso a los gametos de una tercera persona para disponer del esperma o del óvulo, constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y una falta grave contra aquella propiedad del matrimonio que es la unidad."¹⁸

"Las objeciones son múltiples y llegan desde los sectores más diversos. Así desde el mismo ámbito médico se formulan cuestionamientos que aún no han sido respondidos. "En primer lugar se daría una asimetría frente al niño, éste es hijo genético de uno de los cónyuges, y adoptivo del otro. Otro punto ¿uno es dueño absoluto de sus gametos?, para donarlos ¿requerirá de la autorización de su esposo o esposa, de sus hijos de sus hermanos con los que comparte sus códigos? ¿es aceptable el anonimato? ¿no tiene derecho el niño a sus 18 años a conocer su origen genético a dialogar con su familia genética?."¹⁹

Cuando hay un elemento extraño en el matrimonio, se señala que hay más concordancia de opiniones en cuanto al rechazo. "Para algunos, ello representaría una intrusión en la exclusividad e intimidad del vínculo conyugal, y no

¹⁸ Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe. "Instrucción sobre el respeto a la vida humana naciente y a la dignidad de la procreación". Roma 22 de febrero de 1987. Capítulo II, 2.

¹⁹ NICHOLSON, Roberto. "Aspectos de la fecundación Asistida". Nota de actualización en revista "Ginecología y Reproducción". Septiembre 1992. Volumen 3. N° 3. Pág. 116.

ven la manera de reconciliarla con la idea cristiana de la naturaleza del amor conyugal. Surge una nueva dificultad por la agresión potencial que para el marido supone recibir un hijo concebido con ayuda de un donante. El marido podría llagar a ver en el niño una prueba permanente de su impotencia, fruto de la unión adulterina por parte de su esposa, incluso indeseado en la intimidad de su vida conyugal. Tales posibilidades crean un riesgo y una amenaza contra el mismo matrimonio si ambos cónyuges no poseen la suficiente madurez y no están perfectamente de acuerdo con esta idea. Sin embargo, hay pruebas de lo contrario de hecho muchas parejas han sido capaces de superar estos obstáculos y han tenido hijos recurriendo a la inseminación artificial heteróloga, con el resultado de que sus vidas personales y conyugales se han visto enormemente enriquecidas. Ello debe servir de advertencia para no cerrar en absoluto la vía hacia esta solución.”²⁰

Se ha señalado también que en los casos de fecundación artificial está presente el adulterio al utilizarse semen de un extraño. Sin embargo, debemos observar que en nuestro país, ni el Código Civil, ni el Código Penal se considera adulterio la concepción artificial. Aún cuando no hay definición de adulterio en nuestra legislación, se acepta como tal el “... ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados.”²¹ Con base en lo anterior, parece claro descartar el adulterio en la concepción artificial. Ciertamente podría implicar una conducta ilícita de la mujer que se hace fecundar sin consentimiento del marido u ocultando el hecho, lo que implicaría una injuria grave

²⁰ La sexualidad Humana “Nuevas Perspectivas del Pensamiento Católico”. Op. Cit. Pág. 161.

²¹ Real Academia Española. “Diccionario de la Lengua Española”. Madrid 1978. Pág. 29.

que podría provocar el divorcio, al darse la causal comprendida dentro de la fracción XI del artículo 267 del Código Civil.

Como un antecedente de la inseminación artificial con elemento masculino extraño, puede señalarse el levirato judío, como una forma de acudir a un elemento masculino extraño a los que fueron cónyuges para la fecundación de la mujer. En este caso no se trata ya de dos cónyuges porque el levirato se da cuando el hombre hubiere muerto sin haber dejado descendencia, lo cual, evidentemente, lo hace diferente al caso en estudio. Sin embargo, en el levirato se trata de buscar la descendencia no lograda. El énfasis, se marca en la procreación que debe lograrse, a semejanza también del énfasis que se da a la procreación en el caso de la inseminación artificial cuando el marido fuere estéril.

La ley del levirato decía que cuando dos hermanos viven juntos y uno de ellos muere, sin dejar hijos, la mujer del muerto no será para un extranjero. Su cuñado entrará en ella y la tomará por su mujer y cumplirá con ella y la tomará por su mujer y cumplirá con ella el deber de cuñado, y el primogénito que dará a luz tomará el nombre de su hermano difunto para que su nombre no sea borrado de Israel (Deuteronomio 25:5-7).

"Por más que la obligación del hermano de casarse con la viuda parezca contener alguna dureza, no se puede olvidar que la idea de la leviración fue admirable, moral y políticamente, pues por ese medio se aumentaba la población, se conservaban las sucesiones de la familia, la viuda desgraciada no perdería para

siempre la esperanza de disfrutar las dulzuras de la maternidad, la amistad fraterna enjugaba las lágrimas del amor conyugal, y el infeliz esposo no llevaba consigo al sepulcro el desconsuelo de que se enterrará con él su posteridad y su nombre."²²

Como antecedente de inseminación artificial con elemento femenino extraño, encontramos que en la antigüedad se previó en la legislación el caso del hombre cuya esposa fuere estéril; en tal situación el hombre podía engendrar por medio de una de sus siervas. Así lo encontramos en la ley o código de Hammurabi, donde el rey de Babilonia señaló este caso (párrafo 144 S). También en la Biblia encontramos referencias en especial, el caso de Abraham y Agar. "Sara mujer de Abraham, no le había dado ningún hijo, pero tenía una sirvienta egipcia de nombre Agar. Y dijo Sara a Abraham: mira, el señor me ha privado de tener hijos; entra pues, a mi sirvienta, quizás por ella tendré un hijo. Escucho Abraham la voz de Sara, y Sara mujer de Abraham tomo a su criada Agar, y al cabo de diez años de morar con Abraham en la tierra de Canán, y la dio a Abraham su marido, para que fuera su mujer. Entró en Agar que concibió, cuando vio que ya había concebido, su señora perdió en consideración a sus ojos. (Génesis 16: 1-3). Sigue la narración señalando que Sara expulso a su sirvienta y el señor la encontró, la hizo regresar y tuvo un hijo que se llamo Ismael.

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

²² GOLDSTEIN, Mateo. Enciclopedia Jurídica Orbea. Tomo VII Dris crill, S.A. Editorial Bibliográfica Jurídica Argentina. Pág. 195.

Es de observarse que en los casos señalados en los que se acude a un elemento extraño al matrimonio, lo que se busca es la procreación. La procreación es el bien supremo por lograrse para constituir al matrimonio en familia, de tal forma que si por esterilidad de uno o la otra no se lograba, podía acudir a personas extrañas al matrimonio para que diera a éste descendencia. Desde luego, se requiere el pleno consentimiento de ambos consortes, entre los cuales se supone existe una relación amorosa para completar las exigencias de amor y procreación necesarias para lograr lícitamente la fecundación.

Sin embargo en esta materia de inseminación, los "... puntos fijos de condena establecidos por la teología moral siguen válidos para la fecundación artificial heteróloga: todo ser humano que viene a la vida debe ser engendrado en una relación de amor de dos personas de distinto sexo ligadas por el vínculo del matrimonio."²³

2.7. CONCEPTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.

El prospecto de inseminación artificial utilizando semen de un donador en muchos casos es percibido por parejas infértiles como un desastre y podrá conllevar todo un espectro de problemas emocionales. Se pueden presentar preguntas respecto de la legitimidad del niño nacido por medio de esta técnica;

²³ Diccionario Enciclopédico de Teología Moral. Op. Cit. 421.

problemas religiosos y éticos pueden surgir. La pareja debe de estar muy bien informada respecto de este procedimiento y debe contemplar las consecuencias detenidamente.

La utilización de la técnica de inseminación artificial, utilizando semen de un donador, inevitablemente crea un conflicto entre la realidad legal y la verdad genética.

Desde el punto de vista médico, puede ser recomendable utilizar el método de la inseminación artificial heteróloga en los siguientes casos:

- A. Cuando existe contraindicación de utilizar inseminación artificial homóloga.
- B. Cuando existe esterilidad masculina absoluta.
- C. Cuando existe ausencia absoluta de células de esperma en el fluido seminal.
- D. Cuando la patología del semen del marido es resistente a cualquier terapia.
- E. Cuando existen enfermedades hereditarias en la familia del marido.
- F. Cuando hay incompatibilidad con el factor RH.
- G. Cuando hay período largo de infertilidad sin razón aparente, y la mujer está por alcanzar sus últimos años reproductivos.

Los requisitos médicos para que una mujer pueda ser inseminada son los siguientes:

- A. Que esté física y mentalmente sana.
- B. Que sea fértil

C. Que tenga entre 35 y 40 años de edad.

D. Que no tenga ningún impedimento para adoptar o algún riesgo en relación con el embarazo y el parto.

En Suecia se requiere que la pareja que va a utilizar la técnica de inseminación artificial heteróloga se someta a un examen psicosocial, para determinar si es apta para ella. En ese país, el National Board for Health and Welfare (NBHW) ha publicado algunas directrices en relación con este tipo de inseminación artificial.

Para poder realizar este procedimiento se debe de estar bajo la supervisión de un médico quien haya investigado a fondo los antecedentes genéticos o historial del donador.

Para la utilización de los donadores, el 62% de los médicos utilizan estudiantes o residentes en medicina, un 10.5 % utilizan estudiantes universitarios o graduados y un 17.8 % utilizan una combinación de ambos.

En la práctica internacional, el donador del semen debe permanecer en el anonimato. Sin embargo, deberá existir un expediente médico en donde se reporte toda la información médica del donador del semen y de la pareja receptora, previendo que en un futuro se presenten enfermedades o complicaciones médicas en el bebé y se tenga un antecedente, así como la posibilidad, en caso de así quererlo, de que el hijo pueda conocer su propio origen genético. En la mayoría de

las legislaciones estos expedientes solamente podrán ser utilizados y requeridos por medio de orden judicial. Considero, que en el caso de que la inseminación artificial heteróloga fuese reglamentada en nuestra legislación, se debiesen seguir las *prácticas internacionales* establecidas con respecto de los expedientes.

La cuestión del derecho a conocer el propio origen genético nunca debe provocar una alteración en las relaciones paterno-filiales establecidas. En los sistemas legales en que es aceptada la inseminación artificial heteróloga sería recomendable establecer que la investigación de la paternidad/maternidad sea regulada, como un medio para llegar a conocer el código genético y no como un medio para reclamar la paternidad o maternidad.

La mayoría de los autores señalan que para la utilización de este procedimiento debe contar el consentimiento del marido por escrito. De esta manera se podrá comprobar el consentimiento del marido a reconocer legalmente al hijo y asumir la custodia y derechos inherentes a la paternidad.

Los proyectos de legislación sobre esta materia establecen que la donación de semen debe ser gratuita, y el donador solamente deberá ser reembolsado por los gastos en que haya incurrido, más no debe recibir ninguna compensación económica por sus servicios, ya que caería en el comercio con vida humana, lo cual es reprobado por la mayoría de las legislaciones.

Las inseminaciones realizadas con semen de un donador se deberán de limitar a un máximo de cinco ya que de esta manera se estaría limitando, sobre en pequeñas comunidades o grupos étnicos, el riesgo de cometer incesto o alguna otra relación entre medios hermanos.

Este tipo de inseminación se puede equiparar con la adopción en nuestra legislación. Sin embargo, es importante señalar que en la adopción sólo se extingue la patria potestad por lo que el hijo tendría derecho a suceder de dos personas distintas, basándose en la paternidad legal (marido y adoptante), y del padre biológico (donador del semen). El Ministerio Público podrá actuar como representante legal para que se lleve a cabo la adopción.

2.8. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA FUERA DEL MATRIMONIO O EN MUJER SOLTERA.

“Lo que parece evidente es el rechazo de la fecundación artificial fuera del matrimonio. Procrear un hijo fuera del matrimonio (por medios naturales o artificiales), implica una ilicitud tanto del punto de vista moral como jurídico, pues se contrarían los principios éticos que reservan para el matrimonio; la procreación aún cuando los hijos fuera de matrimonio tienen las mismas consideraciones e igualdad jurídica que los nacidos dentro del matrimonio, no se excluye la ilicitud de los padres al engendrarlos fuera del matrimonio. Con mayor razón debe considerarse ilícita la fecundación artificial fuera de matrimonio y al ser un ilícito debería

establecerse una sanción desde el punto de vista penal para aquellos médicos que se presten a fecundar a una mujer soltera, viuda o divorciada, por que la sociedad y el estado están interesados en que la procreación se haga dentro del matrimonio.²⁴

Surge la cuestión de la licitud sobre el posible alquiler del útero de una mujer. Ésta es una cuestión nueva de la que no hay precedentes ni en la legislación civil ni en la canónica como se trata de casos nuevos, moralmente debe de recurrirse a analogías que puedan dar una solución, durante mucho tiempo, estuvo en uso la práctica de dar nodriza a un bebé para que lo amamantara, a veces por que la madre no tenía leche otras porque le era molesto o simplemente tenía su nodriza quien se encargaba de ese menester. Nunca nadie puso objeción contra el hecho de que la mujer alquilaba por dinero sus pechos para amamantar a una criatura. Es una práctica universal que debemos tomar como indicio.

Sin embargo, podemos preguntarnos si existe diferencia entre los senos de una mujer y el útero de una mujer. Desde luego la diferencia es grande; alquilar el útero es una cosa más profunda más sustancial, porque se está generando una nueva vida con el óvulo y semen extraños. Todo esto debe analizarse para resolver con criterios objetivos. Si acudimos a lo subjetivo y pensamos en una similitud con la fecundación de los animales podremos tener una repugnancia especial por este tipo de operaciones. Si lo tomamos desde el punto de vista de que se trata de ayudar a la naturaleza humana a superar los problemas

²⁴ MANUEL F. CHAVEZ ASENCIO. "La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales" Editorial Porrúa. México 1987. Promera Edición. Págs. 23-59.

de esterilidad o impotencia, le damos un enfoque distinto y podríamos aceptarlo. Sin embargo, la regla debe ser objetiva para determinar si es lícito o no a una mujer prestarse para procrear un hijo de terceros.

La inseminación artificial en mujer soltera consiste en una técnica mediante la cual se deposita semen de un donador generalmente anónimo por medios no naturales en una mujer no casada con fines procreativos.

El hijo, resultado de la utilización de este método, será un niño biológicamente de un tercero, y legal y genéticamente de la mujer solicitante. Las consecuencias jurídicas éticas que presenta este tipo de inseminación son múltiples ya que el hijo legalmente carecerá de un padre que genéticamente lo engendró.

2.9. CONCEPTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN MUJER SOLTERA.

En un principio las técnicas de inseminación artificial se centraban en una ayuda o remedio para la esterilidad de parejas unidas en matrimonio. En la actualidad una mujer soltera, viuda o divorciada que no quiera casarse, ni tener relaciones sexuales con un hombre puede recurrir a estas técnicas para lograr tener descendencia.

Existen opciones para suplir esta situación tales como la adopción ya que existen muchos países en los cuales está permitido que una mujer sola adopte. Sin embargo, las formalidades para la adopción son largas y costosas y los niños dados en adopción son cada vez menos. En México la adopción puede llevarse a cabo por persona soltera.

Zannoni descarta la utilización de este método en mujeres solteras con las palabras siguientes "...el uso de la técnica de la inseminación artificial no puede transformarse en instrumento caprichoso para la fecundación en circunstancias en que la mujer que recibe el semen no se encuentra en las mejores posibilidades éticas de ser madre. La inseminación de una mujer soltera nos parece un caso patológico. Ni hablar del supuesto en que se seleccionarán "mujeres ideales" por sus caracteres biológicos o raciales para recibir el semen de "hombres ideales", como se dice ocurrió en las experiencias eugenésicas del nazismo. Y advierte que la procreación no es una pura función biológica que pueda ser objeto de consideración independiente de la función institucional que aquella cumple socialmente."²⁵

En los Estados Unidos se ha sostenido la opinión de que existe duda respecto del precepto constitucional que prohíba a mujeres solas la utilización de esta técnica. La Suprema Corte ha establecido que la libre decisión procreacional del individuo es fundamental y se encuentra apoyado en el derecho constitucional de la privacidad o intimidad.

²⁵ ZANNONI, Eduardo. Op. Cit. Pág. 54.

Las decisiones de la Corte en este sentido han incluido juicios que protegen los derechos tanto de mujeres casadas como de mujeres solas para decidir respecto de su deseo a procrear. Como precedente, estas decisiones se apoyan fuertemente en el supuesto de que es un derecho constitucional de la mujer sola el tener acceso a dicho método.

En Inglaterra la legislación actual no ha establecido claramente el proceder con respecto a la inseminación artificial en mujer sola. En dichos casos, por lo tanto el niño es considerado legalmente como hijo de la mujer y del donador del semen, quien en teoría tiene todas las responsabilidades de un padre no casado, mientras que la pareja de la mujer (si tiene) es considerado como un extraño legal al hijo.

CAPITULO TERCERO

MÉTODOS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

3.1. Fertilización in vitro.

3.2. Inseminación artificial.

3.3. Donación del óvulo.

3.4. Embrión artificial o transferencia de embrión.

3.5. Adopción del embrión.

3.6. Congelamiento del embrión.

3.1. FERTILIZACIÓN IN VITRO

"Históricamente, el primer antecedente vinculado a la fecundación extracorpórea de embriones humanos, se ubica en 1944, cuando dos biólogos, Rock y Menken, obtuvieron cuatro embriones, aparentemente normales a partir de más de 100 ovocitos humanos extraídos de ovarios y expuestos a espermatozoides. En 1969 Robert Edwards aplicó un proceso pautado y reproducible para obtener los embriones apreciando adecuadamente el momento óptimo de maduración de las dos células germinales humanas, ovocito y espermatozoide. En 1971 surgió la idea del tratamiento hormonal para obtener más de un óvulo por vez y así lograr mejorar resultados. El primer caso de un nacimiento producto de una fecundación extracorpórea se registro en Inglaterra el 25 de julio de 1978. Ese día nació Louise Brawn, concebida por fecundación in vitro y transferencia del embrión al útero, técnica que fuera practicada por Robert Edwards, biólogo y Patrick Steptoe, ginecólogo, brindando así una solución para el caso de esterilidad tubárica definitiva. Las estadísticas actuales revelan que solo en Francia han nacido más de 20,000 niños merced a la práctica de la fecundación in vitro..."²⁶

Poco tiempo después se establecieron clínicas "in vitro" en el estado de Virginia, Estados Unidos y en Australia. El primer bebé "in vitro" anunciado en

²⁶ DOLORES LOYARTE Y ADRIANA E. ROTONDA. "Procreación Humana Artificial". Ediciones de Palma. Buenos Aires. Segunda Edición. 1995. Págs. 118-119.

Estados Unidos, nació el 28 de diciembre de 1981. La ciencia acude en ayuda de los matrimonios que tienen problema para lograr la fecundación por vía natural.

La posibilidad de extraer quirúrgicamente del ovario uno o más óvulos femeninos y ensayar la fecundación con semen masculino implica evidentemente problemas éticos y jurídicos. Hasta aquí hemos visto problemas relativos a la filiación y a la licitud jurídica de la inseminación artificial y de la concepción artificial, pero la fecundación *in vitro* nos plantea un problema adicional: la persona humana es decir, se debe cuestionar la determinación jurídica sobre el comienzo de la vida en cuanto a la personalidad jurídica y, consecuentemente, la protección tanto desde el punto de vista civil como penal.

"La fecundación in vitro es un término genérico que comprende varios métodos médicos que se utilizan para superar algunos tipos de esterilidad. Es una técnica mediante la cual se consigue que un óvulo y un espermatozoide puedan encontrarse en una placa de cultivo de un laboratorio, cuando este no se ha logrado por el mecanismo natural.

Para ello es preciso:

- A. Disponer del semen de un hombre, recogido previamente por masturbación
- B. Poseer uno más óvulos de una mujer, recogidos por un procedimiento técnico en un centro sanitario adecuado.

C. Poner en contacto el semen con el óvulo u óvulos en una placa de cultivo esperando que la fecundación in vitro se produzca.”²⁷

Zannoni define a la fecundación *extrauterina* o “in vitro” como aquella que “...provoca la concepción fuera del medio físico natural y facilita el encuentro de las células gármicas a través de procesos físicos y químicos adecuados.”²⁸

Soto Lamadrid establece que: “...la fecundación in vitro consiste básicamente en reproducir con técnicas de laboratorio, el proceso de fecundación del óvulo que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de falopio, cuando obstáculos insuperables impiden que este fenómeno se realice *intra corpore*.”²⁹

Existen varias situaciones hipotéticas de la fertilización in vitro dependiendo del origen de las células tanto masculinas como femeninas. De éstas, sólo analizaremos brevemente la fecundación in vitro homóloga y heteróloga.

De acuerdo a Zannoni, “...la fecundación in vitro homóloga es aquélla en la que intervienen los componentes genéticos del marido y la mujer. La primera fecundación in vitro exitosa se le practicó a la pareja Brown por los doctores Steptoe y Edwards. Esta fue una fecundación homóloga.”³⁰

²⁷ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. Cit. Pág. 55.

²⁸ ZANNONI, Eduardo. Op. Cit. Pág. 90

²⁹ SOTO LA MADRID, M. Op. Cit. Pág. 33.

³⁰ ZANNONI, Eduardo. Op. Cit. Pág. 86

La fertilización *in vitro* homóloga es la más frecuentemente utilizada. En este procedimiento se remueve el óvulo materno para ser fertilizado *in vitro* con semen del esposo y después se implanta en el aparato reproductor de la misma mujer de donde procedió dicho óvulo. Este método se utiliza cuando existe imposibilidad de la mujer para concebir por una mala conformación de su aparato genital tal como la obstrucción de trompas de falopio.

La fertilización *in vitro* homóloga no presenta grandes conflictos legales respecto de la maternidad y paternidad biológica y la filiación, ya que el semen y el óvulo de los solicitantes pertenecientes a las mismas personas que resultarán ser los padres legales del hijo nacido por la utilización de éste método.

La diferencia respecto de la fecundación *in vitro* heteróloga con el método anteriormente descrito estriba en que el semen fecundante proviene de un tercero o donador. La diferencia con la fertilización *in vitro* homóloga, dice Galindo Garfias, consiste en que en la fertilización *in vitro* heteróloga se: "...plantea la disyunción entre la paternidad biológica y la filiación del hijo que de esta manipulación resulta."³¹

³¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. "La Fecundación Artificial en Seres Humanos". Consideraciones Jurídicas. Revista de la facultad de Derecho de México. Tomo XL 169-171. 1999. Pág. 149.

3.2. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

Una de las más viejas y comunes alternativas de concepción artificial es el método de inseminación artificial. Existen tres métodos de inseminación artificial a saber: inseminación homóloga, inseminación heteróloga e inseminación combinada o mixta. Debido a que esta técnica de concepción artificial es el enfoque central del cual se desprenden las consecuencias jurídicas a estudiar en ésta investigación, bastará por el momento establecer brevemente como se lleva a cabo este método, el cual estudiaremos con mayor detenimiento más adelante.

"La inseminación artificial es un proceso sencillo que consiste en depositar semen fresco o congelado en el fondo de la vagina de una mujer fértil (cuando está ovulando). Puede ser homóloga (con semen de la pareja) o heteróloga (con semen de donante)."³²

3.3. DONACIÓN DEL ÓVULO.

Este método de concepción artificial es utilizado en la mayoría de los casos cuando la mujer solicitante es infértil o tiene la posibilidad de ser portadora de un mal congénito hereditario, como por ejemplo la hemofilia.

³² TABOADA, Leonor. "La Maternidad Tecnológica de la Inseminación Artificial a fertilización in vitro". Promea Edición. Icaria Editorial, S.A., Barcelona, España. 1986. Pág. 14.

En este procedimiento el óvulo de una mujer es donado a otra que es infértil o, que no puede utilizar células reproductoras por temor a ser la transmisora de un mal congénito. Se espera que después de ser introducido el óvulo en la mujer receptora, y bajo la estimulación de un ambiente óptimo, el marido vía una relación sexual normal lo fertilice y así, se dé como resultado un embarazo normal.

3.4. EMBRIÓN ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE EMBRIÓN.

Este procedimiento es utilizado cuando la mujer solicitante es infértil o sus trompas de falopio están atrofiadas. Es una variante del método de madre incubadora, con la diferencia de que en este procedimiento, la mujer solicitante llevara a término el embarazo.

La transferencia de embrión se lleva a cabo cuando el marido y su esposa le pagan a una mujer fértil una cantidad de dinero para que ésta a cambio acepte ser inseminada con el semen del marido solicitante. Después de cuatro o cinco días de fertilización, los médicos extraen el embrión y lo depositan en el aparato reproductor de la mujer solicitante, quién da a luz un bebé legalmente suyo.

Al existir la remuneración económica, se está comercializando con seres humanos, lo cual se encuentra prohibido en nuestra legislación vigente. La relación paterno-filial, a la luz de nuestra legislación, recaerá en la esposa

solicitante, quien será la que dé a luz, independientemente de la procedencia del material genético.

El 3 de febrero de 1984, el Dr. John E. Buster del Centro Médico Harbor de U.C.L.A., anunció el nacimiento del primer bebé humano resultado de la práctica del método de transferencia de embrión.

"De la utilización de este método surgen muchos cuestionamientos como el status legal de embrión, experimentación y terminación de los embriones. Baste con dar un ejemplo de los "verdaderos desaguisados" a niveles jurídicos y morales, como que haya dos embriones en Australia esperando su destino durante largo tiempo, puesto que sus millonarios padres murieron en un accidente de aviación después de que hubieran sido fecundados, pero antes de haber sido transferidos al útero de su madre. Alguien tendrá que decidir si esos embriones se destruyen o si se donan y que pasa con los derechos de herencia, etc. Mientras tanto ellos siguen durmiendo su helado sueño en un congelador australiano y los científicos siguen congelando embriones, óvulos y esperma."³³

El método de transferencia del embrión está prohibido en dieciocho estados de la Unión Americana.

³³ TABOADA, Leonor, Op. Cit. Pág. 4.

Existen también prohibiciones en el caso de que se compense a una mujer por donar su óvulo y que permita que la fertilización se ejecute dentro de su aparato reproductor y después se transfiera el embrión resultante a otro cuerpo.

3.5. ADOPCIÓN DEL EMBRIÓN.

En este método la mujer solicitante es inseminada con el semen de un donador; después de cinco días, el embrión resultado de dicha fertilización es extraído y depositado en el útero de la esposa solicitante. La diferencia con el método anteriormente expuesto es que en éste procedimiento el embrión no tiene genes que lo ligen a ninguno de los dos cónyuges, por esta razón se asemeja a la adopción, con la diferencia de que la esposa solicitante tiene la posibilidad de llevar el producto de la fertilización durante los nueve meses de embarazo y dar a luz al bebé, por lo que, de acuerdo con nuestra legislación civil, será la madre del niño.

3.6. CONGELAMIENTO DEL EMBRIÓN.

Este procedimiento consiste en dejar que se desarrollen los cigotos y una vez alcanzada la etapa de embrionación, congelar los embriones resultantes. Estos se conservarán congelados, hasta que la pareja determine que uno de ellos sea implantado otra vez en el útero de la mujer estéril a un tratamiento médico que puede llegar a afectar sus ovarios o puede causar mutaciones genéticas que se pueden llegar a transmitir por medio de células reproductoras.

Las reacciones a la utilización de los métodos de concepción artificial han sido muchas y en ambos sentidos, es decir a favor y en contra de la utilización de estos procedimientos. Así pues, tenemos a algunos autores que defienden el derecho de todo ser humano a la procreación y se pronuncian en favor de aquellos métodos o procedimientos que ayuden o den una posibilidad a parejas infértiles.

Igualmente, existe una gran comunidad médica que establece que el hombre debe de estar abierto a nuevas técnicas que ayuden a mejorar las condiciones de vida del ser humano y que el sólo temor a que éstas nuevas técnicas no sean utilizadas de la manera para la cual fueron creadas no es suficiente base para detener el progreso, considerando que el posible abuso no es razón para prohibir su uso.

Sin embargo, dentro de la comunidad médica existen doctores como Howard Jones, quién dice que las técnicas de concepción artificial son una autentica manipulación de la naturaleza.

En las legislaciones más avanzadas en este respecto, existe una clara tendencia a prohibir que se pague a una mujer por donar su óvulo o que permita que la fertilización se realice en su aparato reproductor y después se transfiera dicho embrión al aparato reproductor de otra mujer. En estos supuestos se estaría comercializando con cuerpos humanos y se podría equiparar a la venta de bebés.

Asimismo, otros grupos alegan que un embrión es un ser humano por lo que cualquier interrupción en el desarrollo natural y normal se podría equiparar con dar muerte a una vida humana y debiese ser sancionado como el delito de homicidio.

CAPITULO CUARTO

DERECHO A LA SUCESIÓN LEGITIMA

4.1. Paternidad y filiación.

4.2. Presunción de paternidad.

4.3. Derecho a procrear.

4.4. Los tres sistemas de heredar.

4.5. Herencia de los hijos naturales.

4.6. Herencia de los hijos naturales en el Código Civil vigente.

4.7. Inseminación artificial post mortem.

4.8. Antecedentes de la inseminación artificial post mortem.

4.9. Consideraciones ético-jurídicas respecto de los efectos post mortem de la inseminación artificial.

4.1. PATERNIDAD Y FILIACIÓN.

La filiación de hijos de matrimonio se funda en la existencia del matrimonio de los padres, y se hace referencia, como se ha dicho, a la concepción y al nacimiento para atribuir a los cónyuges, no solo los hijos habidos durante la vida del matrimonio, sino los que se hubieren concebido antes de la celebración del mismo, o que nacieren después de haberse disuelto por muerte, nulidad o divorcio.

CLASES DE HIJOS MATRIMONIALES

Según lo dicho, se toma como base el hecho de la concepción que se cuenta a partir del nacimiento y nos permite clasificar a los hijos de matrimonio de la siguiente forma; hijos legítimos, hijos legitimados, y conflictos en caso de segundo matrimonio.

"LEGITIMOS

a) Durante el matrimonio. Son hijos legítimos los concebidos y nacidos durante el matrimonio de los cónyuges. Hay que agregar que también son hijos legítimos los hijos habidos del matrimonio putativo, independientemente de la buena o mala fe de los cónyuges (art. 344 C.C.).

b) Después de ciento ochenta días de la celebración. aquí se aplica el primer supuesto de la presunción iuris tantum, se consideran hijos de los cónyuges, los

nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio (art. 324 Fc. I). Se presenta la posibilidad de que hubiere la concepción fuera del matrimonio, pero como de acuerdo a la medicina el término de ciento ochenta días es el mínimo de la gestación, se aplica ese plazo en beneficio del hijo y de la estabilidad conyugal.

c) Dentro de los trescientos días siguientes a la disolución. Estos casos se encuentran previstos dentro del segundo supuesto de la presunción del artículo 324 C.C. En estos casos, la concepción se produjo durante el matrimonio, pero el nacimiento acaece dentro de los trescientos días siguientes a la disolución ya provenga esta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio.

LEGITIMADOS.- A su vez esta clasificación se subdivide en dos: legitimación por ministerio de ley y legitimación por el matrimonio de los padres. La primera, también se subdivide en dos, según nazcan dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, o después de los trescientos días de la separación conyugal.

a) Dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración. Este supuesto se refiere, evidentemente, a un hijo concebido antes de la celebración del matrimonio, pero nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del mismo. en principio este hijo debería considerarse como nacido fuera de

matrimonio, en condición de hijo legítimo, siempre que ocurra alguna de las circunstancias del artículo 328 del C.C.

Haber sabido el marido establecer la filiación de los hijos nacidos por este tipo de fecundación, es el consentimiento prestado por él antes de casarse del embarazo de su mujer. Presupone que si el marido sabía del embarazo, desde el momento que acepta casarse es porque implícitamente admite que él es el autor de aquel. Se exige que este conocimiento se pruebe, para lo cual se requiere un principio de prueba por escrito.

Que el marido concurra al levantamiento del acta de nacimiento y esta sea firmada por él, o contenga su declaración de no saber firmar. En este supuesto no podrá desconocer que es el padre de ese hijo.

El reconocimiento expreso por medio de algunos de los modos previstos en la ley.

Por último no podrá desconocerse el hijo que no nació capaz de vivir.

b) Después de los trescientos días siguientes a la separación. El artículo 327 C.C. señala que el marido podrá desconocer a los hijos nacidos después de trescientos días, contados desde que oficialmente tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad. Se hace referencia solo al divorcio o nulidad y no al caso de defunción, por que obviamente solo en esos casos puede haber la

posibilidad de que después de la separación provisional hubiera relaciones sexuales entre los que todavía son consortes. La mujer, el hijo o el tutor de este, pueden sostener que el marido es el padre, lo cual se tendrá que probar por quien afirma con alguna de las pruebas admitidas en Derecho. Si se prueba la paternidad la legitimación se da.

El hijo concebido por inseminación artificial en mujer sola va ser un hijo de padre desconocido, si se mantiene el anonimato del donador de semen, y además se le va a privar de la determinación de su filiación paterna, así como los derechos de patria potestad, lazos familiares, relaciones sucesorias, etc.

En la doctrina comparada, el donador de semen no deberá tener ninguna obligación legal respecto del hijo, ya que al acudir a donar el semen este está consiente de que deberá permanecer en el anonimato y que no existirá ningún lazo jurídico entre el y el hijo concebido con su semen, aunque biológicamente sí es el padre del hijo. Sería injusto obligar al donador del semen a la manutención y alimentos del hijo nacido por esta técnica en mujer soltera, ya que deberá ser esta la responsable del hijo, que ella decidió así concebir.

Sin embargo en nuestra legislación, si mediante cualquier acción permitida por la ley, se lograra probar la paternidad con respecto del donador del semen, este será sujeto de todos los derechos y obligaciones inherentes a su filiación paterna.

De igual manera, a este respecto podemos señalar que en nuestra legislación actual la inseminación artificial en mujer soltera esta permitida ya que el artículo 466 de la Ley General de Salud no establece impedimento legal alguno, respecto de la mujer soltera, viuda o divorciada, capaz y mayor de edad que desee utilizar esta técnica para la procreación. El hijo producto de este procedimiento seria un hijo extramatirmonial con todos los derechos y obligaciones.

En México, en el caso de mujeres solteras inseminadas por donante, se deberá aplicar el articulo 382 del Código Civil, que se encuentra dentro del *capitulo que trata del reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio*, para el caso de que se quiera investigar la paternidad. De acuerdo con la fracción IV de este artículo, el hijo podrá investigar la paternidad si tiene a su favor el principio de prueba contra el pretendido padre. Si se prueba la filiación, los hijos resultado de esta técnica serán considerados extramatrimoniales, pero tendrán los mismos derechos y obligaciones que los hijos dentro del matrimonio, ya que han sido igualados por la ley.

Admitido el derecho de la viuda o de la mujer de la pareja estable a ser fecundada post mortem sea por inseminación artificial o fecundación in vitro con transferencia de embrión, dentro de un plazo determinado hay que preguntarse sobre la filiación matrimonial o no matrimonial del hijo nacido.

El elemento determinante para marido o varón de la pareja, para que se fecunde a su cónyuge o mujer sea por inseminación artificial o por transferencia de embrión formado con su semen, después de su muerte, dentro de ciertos plazos señalados expresamente.

La relación paterno-filial nace del consentimiento mencionado. Si el marido o compañero no ha dado su consentimiento expreso, no hay relación jurídica con la criatura que nace, aunque haya nacido producto de una inseminación artificial o fecundación in vitro con transferencia de embrión, con el semen proveniente del marido. Se equipara esta situación a la fecundación asistida con donante, por lo que no podrá existir ninguna relación jurídica entre donante y criatura que nace.

Será matrimoniales si los padres estaban casados y no matrimonial si los padres mantenían una relación estable de pareja.

En la filiación que corresponde a los hijos que nacen por medio de una fecundación post mortem hay que distinguir dos posibilidades.

1 Si se práctica a la viuda con espermatozoides del marido, sea en la formación del embrión para realizar una fecundación in vitro con transferencia de embrión o en una inseminación artificial.

2 Si se realiza en una mujer que forma pareja estable, con gametos del conviviente fallecido, sea en la formación de embrión que se va a transferir o en una inseminación artificial.

En el primer caso, la filiación será matrimonial, y en el segundo será no matrimonial, siempre que se cumplan determinados requisitos de forma y plazo.

A) Filiación matrimonial.

Para conceder la filiación matrimonial a un hijo, hay que partir de ciertos presupuestos inexcusables en los que se apoya este tipo de filiación. El fundamento de esta filiación radica en el matrimonio de los padres, concepción o nacimiento durante el matrimonio, filiación respecto a la mujer casada, identidad del hijo y filiación respecto del esposo de la madre.

En la fecundación post mortem, tanto la concepción como el nacimiento, se producen después de la muerte del padre; no ocurren durante el matrimonio de los padres.

Con anterioridad a la promulgación de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida no había acuerdo en la doctrina en cuanto a considerar como matrimonial al hijo que nace después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

Se consideraba que si la fecundación se había realizado con semen o embrión en el que había tomado parte el marido, dentro del plazo que la ley señalaba y con la voluntad expresa del fallecido, el hijo debía tener la consideración de matrimonial con los mismos derechos y obligaciones de los hijos nacidos durante el matrimonio de los padres.

El beneficio del hijo, correspondería que se le considerase hijo de matrimonio no sólo porque había sido la voluntad de los esposos, sino porque existe un nexo biológico entre los mismos" ³⁴

Se consideraba que el hijo sería matrimonial, porque el consentimiento que el marido emitió con anterioridad a la fecundación post mortem equivaldría al de un hijo matrimonial "aún faltando la presunción de paternidad del marido por causa de separación legal o de hecho de los cónyuges, podría inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos.

B) Filiación no matrimonial

Si la fecundación post mortem se realiza a una mujer que formaba pareja estable, el hijo será no matrimonial de ambos, siempre que el varón de la pareja hubiera consentido la fecundación post mortem.

³⁴ GROSMAN Y MARTÍNEZ ALCORTA, "La Filiación Matrimonial". Su reforma según la ley 23.624, en *Rev. La Ley Argentina*. 1986. Pág. 104.

Por lo tanto sólo cabe la fecundación post mortem no matrimonial. Si el compañero de la mujer otorgó su consentimiento para que, con sus gametos, se le realice una inseminación artificial a su mujer o una fecundación in vitro con transferencia de embrión, según el caso.

4.2. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.

Para determinar la filiación o paternidad la legislación actual se basa en una presunción *iuris tantum* del artículo 324 del Código Civil.

Nuestra legislación presume que son hijos del marido los que la mujer a luz después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, y los que nazcan antes de los trescientos días siguientes contados a partir de la disolución del matrimonio o desde que de hecho quedaron separados los cónyuges. Por analogía, de acuerdo con esta presunción, el hijo, por haber sido concebido durante el matrimonio, se reputa engendrado por el marido de la madre, aún cuando éste no sea el padre biológico.

En la inseminación artificial heteróloga, el presupuesto biológico que nutre la máxima "*pater veo est quem iustae nuptiae demonstrant*" desaparece, ya que biológicamente el hijo concebido es de un tercero donador anónimo de semen.

Se origina un conflicto de paternidad entre el padre biológico y el padre que la ley le imputa un hijo.

Zannoni llama a este supuesto, "supuesto de tercería biológica" al cual define como aquel que comprende todas aquellas situaciones en que el hijo, si bien ha sido concebido durante el matrimonio de quienes aparecen como su padre o madre, es el resultado de una concepción en que ha intervenido un componente biológico extraño a ambos, se crea así una ficción legal.

La inseminación artificial heteróloga puede llevarse a cabo con autorización o consentimiento del marido o sin autorización de este.

En el primer caso, estamos ante el supuesto de que la inseminación de la esposa se efectúe con semen del donador y el marido hubiese consentido a que su mujer fuese inseminada con el fin de procrear, y que posteriormente quisiera probar que no es hijo suyo, ejercitando la acción de contradicción de la paternidad. Dicha acción, actualmente, se podrá ejercer en base al artículo 326 del Código Civil.

Un sector de la doctrina considera que habiendo mediado consentimiento del marido y no habiéndose revocado éste antes de la inseminación de la mujer, no es posible el desconocimiento de la paternidad del hijo, ya que ni la inseminación artificial ni su consentimiento constituyen un acto ilícito, y además su conducta sería contradictoria a los hechos, es decir al consentimiento otorgado con

anterioridad. Lo anterior de acuerdo con la doctrina de los actos propios. Dicha doctrina tiene el carácter de un verdadero principio general de Derecho y supone que es inadmisibles una pretensión contradictoria de quien habiendo asumido una conducta jurídicamente relevante, lícita, intenta luego obtener un resultado contrario al exigible o esperable en razón de aquella.

En nuestra legislación civil actual no se prevé la filiación por medio de la *inseminación artificial heteróloga*, por lo que se requiere que ésta se modifique, para que habiendo consentimiento del esposo, el niño nacido de la utilización de este método sea considerado legalmente como su hijo. Por lo anterior se deberá crear un capítulo especial en el Código civil en el cual se establezcan las relaciones paterno filiales respecto del marido de la mujer solicitante con el niño, así como los derechos y obligaciones, o en su caso, la extinción de los mismos entre el padre biológico y el hijo adoptado por el marido de la mujer solicitante. Ya que basándose en nuestra legislación actual, sólo la *patria potestad* entre el hijo adoptado y el padre biológico se extinguiría, subsistiendo todos los demás derechos, por lo que el hijo nacido mediante la utilización de esta técnica, actualmente podrá heredar de los dos padres, el biológico y el legal.

En el segundo caso el marido podrá desconocer judicialmente la paternidad del hijo de su esposa concebido mediante esta técnica con fundamento en lo dispuesto por los artículos 325 y 326 del Código Civil vigente en el Distrito

Federal, si prueba la imposibilidad física del acceso carnal con su mujer durante los diez meses anteriores al parto.

En este supuesto, el marido no ha de considerarse padre del hijo ya que la madre ha actuado unilateralmente, sin el concurso voluntario ni biológico de su marido, y en su caso, hasta se haya opuesto a la inseminación, por lo que el hijo es completamente ajeno a él, y la relación de filiación con el niño es inexistente.

A este respecto, Gracia Mendieta dice que "aunque el esposo demostrara la existencia de una inseminación artificial sin su consentimiento y, más aún, aunque produjese una prueba hematológica que pusiese de manifiesto la incompatibilidad de su grupo sanguíneo con el del hijo-supuesto, ello carecería de relevancia jurídica para la ley mexicana, ese hombre será el padre de tal hijo y estará sujeto a las obligaciones derivadas de su paternidad."³⁵

No coincidimos con la opinión anteriormente expuesta, ya que en nuestra legislación sí se prevé que si se prueba mediante sentencia promovida por el marido el no tener acceso carnal con la esposa durante los 120 días de los 300 que precedieron al parto, el marido podrá desconocer la paternidad del hijo.

En este sentido sostiene Galindo Garfias que "la deslealtad de la esposa que se hizo inseminar sin el consentimiento de su marido, constituye un

³⁵ GARCÍA MENDIETA CARMEN, "Fertilización Extracorporea, Aspectos Legales, Ciencias y Desarrollo". Conacit. Nov-Dic, 1985. Año XI N° 65, citado por Miguel Angel Galindo Garfias.

acto reprobable, al ocultar aquél la causa de su embarazo y estimo también que si éste descubre el fraude, podrá desconocer la paternidad del hijo, por aplicación extensiva del artículo 330 del Código Civil ante los nuevos hechos que al intérprete presenta la inseminación artificial.

Asimismo, sostiene Galindo Garfias que la acción de la paternidad no procedería en el caso de la inseminación artificial heteróloga anónima y no consentida por el marido. En este caso se le ha privado al hijo del derecho de conocer a la persona que lo engendró. La razón natural y su calidad de persona y de ser humano, le otorga derecho a hacer valer sus derechos frente a quienes dicen ser su padre y su madre y frente a la sociedad entera. Es un derecho vital, inalienable del que nadie tiene derecho a despojarlo.

Los herederos también podrán desconocer la paternidad que se le pretende imputar al marido, de acuerdo con los artículos 332 y 333 del Código Civil, en el caso de que el marido no lo haya podido hacer en vida. Dicha acción de imputación deberá ser ejercitada dentro del término de sesenta días contados desde el momento en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean turbados por el hijo en la posesión de los bienes del padre.

Una posible solución, en base en nuestra legislación actual, para crear un vínculo paterno filial respecto de los hijos nacidos de la utilización de esta

técnica sería la adopción. El marido de la mujer inseminada con semen de un tercero adoptará al hijo una vez nacido, creando así un vínculo de parentesco y sus correspondientes derechos y obligaciones, como sería el de heredar del padre adoptivo.

Asimismo se deberá modificar el artículo 403 del Código Civil cuando la adopción se realice como consecuencia de la utilización de este procedimiento para que el donador del semen sea sustituido en todos sus derechos y obligaciones por el padre adoptivo. Solamente en el caso de desconocimiento por el marido podrá el donador de semen reclamar la paternidad.

4.3. DERECHO A PROCREAR.

Cuando hablamos de inseminación artificial en mujeres solteras es necesario estudiar el libre derecho a procrear que tiene todo individuo. Este derecho consiste en un derecho a la vida y a la libertad. Algunos autores señalan que de la misma forma que el estado no puede prohibir a las personas el tener o el no tener hijos, tampoco les puede prohibir el recurso a la inseminación artificial. En base a este derecho a procrearse no se les podría prohibir el acceso a la inseminación artificial a mujeres solteras.

En Estados Unidos se ha considerado que el derecho a procrear es un derecho constitucional encuadrado en el derecho a la intimidad, entre otros, y por lo

tanto la prohibición de la utilización del método de inseminación artificial en mujeres solteras podría considerarse inconstitucional.

Es importante señalar que se busca el bienestar del niño producto de la inseminación artificial, y por lo tanto cuando se consideren los distintos derechos que le son inherentes a las personas que engendrarán al hijo, no se debe de perder de vista los derechos de ese nuevo ser que no pidió nacer en esas circunstancias, por lo que se le debe proteger. La situación de una mujer soltera no consideramos sea la más óptima en la crianza y cuidado de un hijo. La familia durante su larga historia ha sido constituida por padre y madre, por lo que no se le deberá de negar al niño producto de la inseminación de su madre, el derecho a tener padre, que biológicamente existe. Aunque, actualmente en nuestra legislación la mujer soltera y su (s) hijo (s) constituyen una familia, considero que en base a nuestras costumbres sociales se deberá fomentar la familia constituida por padre y madre e hijo(s).

La doctrina internacional en su generalidad no acepta este procedimiento en mujer soltera por razonamientos basados en el interés del hijo. Tanto en las leyes existentes como en los proyectos legislativos se reserva su aplicación al uso exclusivo de matrimonios o parejas estables.

En Europa, la inseminación artificial no es considerada, por los autores como un sistema de procreación sino una técnica en la ayuda para la procreación.

La propuesta del consejo de Europa recomienda en el principio 1, regla 3, que las técnicas de procreación artificial humana podrán ser utilizadas en favor de una pareja heterosexual siempre y cuando existan las condiciones adecuadas que aseguren el bienestar del niño, y especialmente en los siguientes casos: a) cuando los otros medios de tratamiento no han tenido éxito o no resultan apropiados para el caso concreto, b) cuando existe el riesgo seguro de transmitir al hijo una enfermedad hereditaria grave y, c) cuando exista el riesgo de que el hijo sufra una enfermedad grave que provoque su muerte precoz o incapacidad grave. Se desprende de la generalidad a seguir en los países europeos en el sentido de que la inseminación artificial deberá ser utilizada por parejas unidas en matrimonio o que tengan una relación estable ya que el interés y bienestar del hijo es el que impera sobre otras causas o razones, por lo tanto, considero que la inseminación artificial no debería ser utilizada por mujeres solteras.

En España, el informe de los Diputados señala a este respecto que "

1. La mujer solo podrá recurrir a estas técnicas de Reproducción Asistida: si padece una esterilidad irreversible que las justifique, con cargo a la sanidad pública, en los centros sanitarios públicos, concertados o vinculados a ella. 2. La mujer sola no estéril podrá recurrir a la inseminación artificial con semen de donante, con gastos a su cargo. 3. para autorizar estas técnicas de reproducción, los centros y servicios sanitarios habrán de recibir previamente de la mujer la información documental de que no esta casada, ni constituye pareja estable, así como de que puede mantener y educar dignamente a la posible descendencia, facilitándole el adecuado ambiente

de bienestar y evitando que los así nacidos puedan ser vejados o discriminados socialmente por causas ostensibles y notorias con ella relacionadas." ³⁶

4.4. LOS TRES SISTEMAS DE HEREDAR.

La sucesión legítima en México se abre respecto de seis órdenes fundamentales de herederos o sea, seis grupos o series. 1° Descendientes; 2° Cónyuge supérstite; 3° Ascendientes; 4° Colaterales dentro del cuarto grado; 5° Concubina y 6° Asistencia Pública.

A su vez, tenemos tres formas de heredar: Por cabezas, por líneas y por estirpes en los cuales rigen los siguientes principios: a) los parientes más próximos excluyen a los más remotos, b) solo hay herencia legítima por consanguinidad y por adopción, y c) no existe herencia legítima por afinidad.

El parentesco por consanguinidad da derecho a heredar sin limitación de grado en línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado. El parentesco por adopción da derecho a heredar entre adoptante y adoptado.

La herencia por cabezas se presenta cuando el heredero recibe el nombre propio, ó sea los hijos, los padres (ascendientes en primer grado) y los

³⁶ Encarna Roca Trias: La incidencia de la inseminación- fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional; II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1987, pg. 32.

colaterales. Los descendientes de segundo o ulterior grado y los sobrinos heredan por estirpes.

La herencia por líneas se presenta en los ascendientes de segundo o de ulterior grado; es decir, los abuelos, bisabuelos, etc. La herencia por líneas se caracteriza en que se divide en dos partes: herencia paterna y herencia materna. La herencia se divide en dos partes independientemente de que exista un número distinto de ascendientes de un lado y otro, y después cada mitad se subdivide en el número de ascendientes de cada línea.

La herencia por estirpes se presenta cuando un descendiente entra a heredar en lugar de un ascendiente. Es decir, que el hijo puede entrar a heredar respecto de la masa hereditaria que le correspondía a su padre, cuando este último ha muerto antes que el de cujus.

Se presenta la herencia por estirpes en línea recta descendiente, sin limitación de grado; en línea recta ascendente nunca puede ocurrir.

La herencia por estirpes puede existir también en línea colateral, pero limitada solo en favor de los sobrinos del de cujus, ó sea cuando mueren los hermanos del autor de la herencia, sus hijos, como sobrinos del de cujus, podrán entrar a heredar respecto de lo que le correspondía heredar a su padre.

Para que la herencia por estirpes en línea recta descendente tenga lugar, es necesario respetar la proximidad de grado; es decir, los nietos solo heredaran a falta de los hijos, y así sucesivamente.

En el caso de la herencia en la adopción, esta solo da derechos a heredar entre el adoptante y el adoptado, quedando excluidos los parientes del adoptante y del adoptado.

4.5. HERENCIA DE LOS HIJOS NATURALES.

Con anterioridad, la legislación de derecho común establecía una diferenciación entre hijos legítimos nacidos en matrimonio, legitimados por el subsecuente matrimonio de los padres, adulterinos, incestuosos y naturales. Los hijos incestuosos y adulterinos se distinguían de los naturales, llamando "espurios" a los primeros. Para que los hijos espurios y naturales tuviesen derecho a heredar debían ser reconocidos. En el caso de que solo quedasen hijos naturales y espurios, legalmente reconocidos, sucederían en la misma forma que los hijos legítimos.

Cuando concurrían hijos legítimos con ilegítimos espurios y naturales, estos podían heredar en la misma proporción que los últimos. Incluso, si no existía otra clase de parientes tenían derecho a la totalidad de la masa hereditaria.

Los hijos reconocidos por el padre, por la madre, o por ambos tenían derecho a llevar el apellido del que los reconociese, a ser alimentado por este y a percibir la porción hereditaria que señalase la ley. La determinación para tener derecho a heredar partía del principio de que los hijos fuesen reconocidos por sus padres. No se hablaba, lógicamente de una distinción entre los padres biológicos y legales. La filiación era determinada en base al vínculo matrimonial, es decir, eran considerados hijos legítimos aquellos que naciesen del padre y la madre que estuviesen casados; y por el reconocimiento legal de sus padres (naturales y espurios). La relación sexual que diese origen a la fecundación del niño era necesaria por lo que la filiación no presentaba ningún problema a este respecto.

La Ley de Relaciones Familiares derogó la división existente entre hijos incestuosos, adulterinos y naturales, y estableció como hijos naturales a todos los habidos fuera del matrimonio. El propósito de esta ley fue el mejorar la situación de los hijos naturales, sin embargo, debido a una redacción impropia, ("El hijo natural reconocido solo tiene derecho a llevar el apellido del que lo reconoce"), se quiso interpretar que se derogaban las disposiciones que en materia hereditaria concedían al hijo natural reconocido una porción en la herencia. En 1926, debido a un trabajo del Licenciado Luis Cabrera, publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de México, se demostró que dicha modificación no derogaba los derechos de los hijos naturales a concurrir a la masa hereditaria debido a que los artículos referentes a la sucesión legítima no habían sido derogados por la Ley de Relaciones Familiares, por lo que los hijos naturales siguieron teniendo derecho a heredar.

4.6. HERENCIA DE LOS HIJOS NATURALES EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE.

En el Código civil vigente se han suprimido las diferencias existentes entre hijos naturales y espurios quedando en la misma situación que la de los hijos legítimos, siempre y cuando se demuestre plenamente la filiación en los términos que determina el artículo 360. Respecto del padre, la filiación se prueba por el reconocimiento o por sentencia que declare la filiación; y por la madre por el mero hecho de alumbramiento.

En nuestro Derecho, el artículo 340, se establece que la filiación de los hijos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres. A falta de estas actas, o si fueron destruidas, si están incompletas, defectuosas o falsas, se podrá suplir la prueba acreditando la posesión de estado de hijo legítimo.

La filiación puede ser acreditada independientemente de la voluntad del padre o de la madre, para esclarecer simplemente el hecho mismo de la filiación.

El código en vigor acepta también que el reconocimiento, aún cuando se demuestre que no existe filiación, atribuye derechos hereditarios. Y esto por mayoría de razón; porque si el testador puede libremente disponer de sus bienes, también podrá libremente reconocer a alguien, aún cuando no sea su hijo, para

atribuirle a sabiendas el derecho de heredar si murió intestado, o el de recibir alimentos y de llevar nombre y apellido del que reconoce; pero si se demuestra el error en que incurrió el que hizo el reconocimiento, puede privársele de afectos a través del juicio correspondiente.

En el caso supuesto de que no se pueda acreditar la filiación respecto del padre, por falta de reconocimiento, el hijo deberá, mediante juicio, ordinario civil, intentar la acción de paternidad, obtener sentencia favorable y con este título comparecer al juicio sucesorio a reclamar sus derechos hereditarios.

Respecto del hijo adoptado, como ya hemos dicho anteriormente, éste gozará de todos los derechos como *hijo legítimo del de cujus*, y por lo tanto podrá reclamar sus derechos hereditarios como un hijo más, en el caso de que existan otros herederos.

Asimismo podemos señalar que basándose en el artículo 403 del Código Civil vigente, el hijo adoptado tendrá derecho a heredar de su padre biológico ya que el único derecho que se extingue es el de la patria potestad.

4.7. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM.

Antes de comenzar debemos señalar algunas pautas que permitan entender el esquema básico de abordaje. Analizaremos los casos posibles tomando

las variantes de fecundación con gametos de origen homólogo y de origen heterólogo, análisis de los casos propuestos a continuación, y las posibles soluciones y consideraciones que se brindan responden a la interpretación del Derecho argentino vigente.

"Se plantea el caso del matrimonio que recurre al centro biomédico para someterse a una inseminación artificial, prestan ambos su *consentimiento* y se decide crioconservar el semen para aguardar el momento propicio hasta efectuar la inseminación artificial, y con posterioridad fallece el esposo."³⁷

Como señala la constitucionalista española Yolanda Gómez Sánchez: "la posibilidad de una mujer de ser fecundada con los gametos de su marido ya muerto, pues en eso consiste la denominada fecundación post mortem suscita una viva polémica.

¿Puede la viuda exigir la inseminación? o dicha en otras palabras: su deseo de procrear ¿es reconocida por la sociedad organizada como un derecho subjetivo a ser inseminada, exigible al centro biomédico donde está el esperma? en esencia: ¿Cual es el verdadero alcance y significado del derecho a la procreación o a la reproducción?

³⁷ DOLORES LOYARTE Y ADRIANA E. ROTONDA, "Procreación Humana Artificial.", Ediciones de Palma. Buenos Aires. Segunda Edición. Pág. 1995.

¿Cuál sería la finalidad del legislador al reconocer el derecho de la vida a ser inseminada con el semen de su esposo ya prefallecido? cabe ensayar dos respuestas diferentes:

1. Justificar esa protección en razón del reconocimiento de un derecho subjetivo de la mujer a la procreación.
2. No reconocer dicho derecho en razón de un análisis objetivo que contemple los derechos del hijo por nacer.

Se entiende por fecundación post mortem los casos de inseminación artificial de una mujer con semen de su marido o varón de la pareja fallecido y de implantación de la mujer de un embrión formado con su óvulo y el semen de su marido o compañero fallecido.

La fecundación post mortem siempre se da en las situaciones de inseminación artificial y fecundación in vitro con gametos de la pareja y transferencia de embrión, no se puede dar en los casos de fecundación con donante de semen, por que la fecundación asistida se realiza con gametos de donante anónimo, que carece de toda relación jurídica con el hijo que engendra, luego no hay una persona que asuma la paternidad legal, pues ha muerto el marido o compañero de la madre.

Este tipo de fecundación sería similar al de la mujer sola, de lo que se deduce que no es factible referirse a la fecundación con gametos del donante. Además el motivo que impulsa la fecundación post mortem es el deseo de la mujer de tener un hijo de su marido o compañero muerto y aquí no se daría

Tampoco se puede hablar de fecundación post mortem con el material genético de la mujer muerta con el objetivo de que el marido o compañero tuviera un hijo de ella, porque nos encontraríamos con la figura de maternidad de sustitución o de subrogada .

El congelamiento de espermias masculinos se presenta cuando el varón, deseando tener descendencia, por alguna enfermedad o situación específica que pueda causar infertilidad o riesgo de malformaciones en sus genes tema no poder conseguirlo en el futuro. Asimismo, se presenta la situación de los donadores de semen, generalmente anónimos, quienes recurren a un banco de semen a depositar su espermia para que posteriormente pueda ser utilizado en una fecundación artificial.

La expresión "fecundación o inseminación post mortem" puede ser tomada en varios sentidos, que para los efectos de este trabajo, se reducen a los siguientes:

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

El supuesto en que el o los donantes del semen hayan fallecido antes de su utilización, y posteriormente se implanten en mujer receptora.

Utilización en mujer viuda de semen de donador, es decir que en dicha inseminación no ha tomado parte el esposo fallecido, y por lo tanto la consecuencia legal que se producirá será el carácter extramatrimonial del hijo nacido mediante la utilización de esta técnica.

Inseminación en mujer viuda con semen de su marido fallecido. La mayoría de los autores que hablan respecto de esta técnica señalan que en rigor a ésta debe limitarse la fecundación post mortem.

La inseminación post mortem sólo se podrá realizar técnicamente cuando exista congelación de óvulos, espermatozoides o embriones. La congelación de semen para disponer posteriormente de él, se realiza en un banco de semen o esperma donde serán conservados a 196 grados, en una bomba refrigerada con ázoe líquido, los óvulos y embriones también son almacenados en congeladores especiales.

En todos los supuestos de inseminación artificial antes expuestos, el semen utilizado será implantado en el útero de una mujer una vez fallecido el dador del semen.

De acuerdo con la doctrina y práctica internacional, solamente en el supuesto de mujer viuda *inseminada con semen congelado del marido* fallecido, el hijo conocerá quien fue su progenitor. En los casos de inseminación artificial con semen de donador sólo tendrá derecho a conocer su origen genético y legalmente no existiera ningún nexo con el donador del semen. De acuerdo con nuestra legislación el parentesco se reconoce por *consanguinidad, afinidad* o adopción. En los supuestos de inseminación artificial post mortem en mujeres solteras, viudas o divorciadas con semen del donador ya fallecido no se podrá dar el parentesco por adopción ya que el de cujas no podrá realizar la adopción por ya haber fallecido. En el supuesto de que *la viuda fuere inestimada con el semen del marido* ya fallecido, y el niño naciese 300 días después de extinguido el matrimonio, estamos ante un hijo extramatrimonial ya que el vínculo del matrimonio se habría extinguido mediante la muerte del marido.

En los tres supuestos antes señalados si existiría el parentesco por consanguinidad ya que éste existe entre personas que descienden de un mismo progenitor. La paternidad genética sería con respecto del donador del semen.

Sin embargo, para el caso que nos ocupa de acuerdo con el artículo 388 de nuestro Código Civil, las acciones de paternidad sólo pueden intentarse en vida del padre.

Asimismo, es muy importante señalar que de acuerdo con el artículo 1314 del Código Civil, él no concebido al momento de fallecimiento del autor de la

herencia no tendrá derecho a heredar; por lo que, en la actualidad, legalmente un hijo nacido mediante la utilización de este procedimiento no tendría derecho a heredar por vía sucesoria de su padre.

Las consecuencias legales respecto de los derechos sucesorios de los niños nacidos mediante la utilización de esta técnica son lo que se pretende analizar en este trabajo.

Elementos de la fecundación post mortem:

1 Se requiere que exista una procreación no coital, sea por inseminación artificial o por fecundación in vitro con transferencia de embrión, puesto que si se trata de una fecundación coital, estaremos frente a la figura del hijo póstumo.

2 Es necesario que el padre fallecido haya tenido la voluntad de asumir la paternidad respecto de la criatura que resulte de la aplicación de la inseminación artificial o de una fecundación in vitro con transferencia de embrión.

3 Es preciso que el marido o varón de la pareja haya fallecido antes de la concepción del hijo si se trata de una inseminación artificial o antes de la implantación del embrión en su esposa o mujer.

4 Se requiere del deseo de la mujer de tener un hijo de su marido o compañero muerto.

4.8. ANTECEDENTES DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM.

Existen en la actualidad pocos casos documentados de este tipo de inseminación. Uno de los más conocidos sucedió en Francia en 1981, Alain y Corinne Parpalaix, una pareja francesa, fueron informados de que Alain sufría de cáncer en el testículo y que lo perdería en una operación, además de que el tratamiento de quimioterapia lo dejaría estéril. Ante esta situación, decidieron depositar el semen de Alain en un banco, en 1984, Alain, falleció por lo que su esposa, entablo un juicio para que el banco le devolviera los tubos que contenían los espermatozoides de su esposo ya fallecido. El tribunal de Créteil dicto en favor de ella ordenando que el banco de semen procediera a devolverle dichos tubos de conservación de semen perteneciente a su marido. Este caso fue reportado a la prensa mexicana de la siguiente manera: "Una guapa francesa de 23 años de edad reclama ante la justicia el derecho de ser inseminada con el esperma de su esposo fallecido hace un año, lo cual plantea a los jueces un caso único: ¿puede permitirse el nacimiento de un niño gracias al esperma de un muerto?".³⁸

Corinne Parpalaix fue inseminada con el semen de su marido fallecido, pero los espermatozoides eran insuficientes y no obtuvo el resultado que esperaba.

³⁸ Excélsior Diario de la Ciudad de México. 28 de junio de 1984.

La aceptación o rechazo de la fecundación post mortem es un tema muy debatido, donde encontramos tres diferentes posiciones en los informes, trabajos pre legislativos, leyes o doctrina

1 Los que rechazan totalmente la fecundación post mortem y propugnan su prohibición.

El comité sueco que estudió la inseminación artificial, en su dictamen señaló que no se aceptará la fecundación post mortem razón de la necesidad de que el niño tenga un padre y una madre desde su nacimiento y recomendó que para realizar la inseminación artificial con semen del marido o compañero, éste debería de estar vivo en el momento de la inseminación.

2 Los que aceptan la fecundación post mortem con ciertas condiciones: consentimientos expresos, plazos dentro de los que debe tener lugar la fecundación después del fallecimiento.

La proposición de ley Italiana número 2660, presentada por iniciativa radical el 12 de mayo de 1985, en su artículo 12 autoriza la fecundación post mortem "siempre que el marido o varón de la pareja hubiere consentido en forma expresa y que sea practicada dentro del plazo de cinco años a partir de la muerte del esposo o varón de la pareja"

En esta misma línea se encuentra el informe del Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de Registros y Notariado, en 1985 que aceptaba la fecundación post mortem.

Los que son partidarios de aceptar la fecundación post mortem pero cumpliendo ciertos requisitos, estiman que sólo se debería autorizar la fecundación en mujer viuda que mantenga durante todo el embarazo esta situación. De manera que si la viuda contrajese un nuevo matrimonio no deberá ser autorizada a ser fecundada con los gametos que provengan del marido ya fallecido.

Se señala que las técnicas de fecundación post mortem deben ser admitidas siempre que haya un miembro vivo de la pareja para poder practicarse el implante del embrión, impidiendo la utilización post mortem de un tercero, se considera que sólo se debería aceptar la posibilidad de embarazos post mortem con plenos efectos sucesorios, cuando la fecundación se produzca en un plazo determinado y con el consentimiento por escrito de ambos miembros de la pareja estable o matrimonio".³⁹

³⁹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ A. "Reflexiones en torno al Informe Palacios y al proyecto de la Ley sobre técnicas de Reproducción Asistida", en Vol. La Filiación a finales del siglo XX, problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco. Editorial Tribium, S.A. Madrid, 1988. Pág. 390.

4.9. CONSIDERACIONES ETICO-JURÍDICAS RESPECTO DE LOS EFECTOS POST MORTEM DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

La doctrina internacional tiende a reprobear la utilización de este procedimiento en general debido a las consecuencias morales que acarrea respecto del hijo así concebido. Sin embargo, en la propuesta francesa de 1984 para legislar sobre la materia y el *Informe Warnok* consideran que si dicha inseminación se realizó con semen del marido fallecido y existía constancia de dicho consentimiento en favor de la esposa, tales hijos se considerarán matrimoniales.

De acuerdo con estos proyectos legislativos, lo importante es *determinar si el marido prestó o no expresamente su consentimiento para tal fin*. La doctrina internacional, en general, *acepta la utilización de este procedimiento en el supuesto de que el marido hubiera hecho constar en vida su expreso deseo de que en el caso de morir, su viuda fuera inseminada artificialmente con el semen que él dejó depositado, estableciendo así el reconocimiento de la paternidad respecto del hijo concebido con posterioridad al fallecimiento del marido*.

La mayoría de los autores al considerar la *fecundación o inseminación pos mortem*, únicamente prevén el supuesto de que esta sea realizada en viuda con semen del marido ya fallecido, por lo que analizaremos este supuesto en primer lugar.

Galindo Garfias respecto de la inseminación artificial dice "por interpretación racional del sistema en que descansa la filiación paterna, y porque la manipulación con el semen del marido no puede quedar al arbitrio de la viuda, ni depender de la decisión de ésta última al proceder a la inseminación después de que el marido ha muerto, la acción de desconocimiento de la paternidad del hijo nacido en tales circunstancias sólo sería improcedente cuando la viuda presente una prueba escrita o indubitable de que fue voluntad expresa del marido que su viuda llevara al cabo la inseminación después de la muerte de éste. Aún así ¿puede la viuda y el marido de ella decidir el nacimiento de un hijo en tales circunstancias privándole de antemano de la asistencia y de los cuidados del padre?".

Por analogía y respecto de esta opinión podríamos señalar que cuando no exista consentimiento por parte del marido fallecido, el realizar la inseminación podría exceder los deseos del titular del semen. En este supuesto la doctrina coincide en que faltando el consentimiento del marido fallecido la viuda carecerá de todo derecho a reclamar el ser inseminada artificialmente con el semen congelado de aquél.

Sin embargo, y en contrario sensu a lo antes señalado, si la mujer ha sido inestimada con semen del marido fallecido, con o sin consentimiento de aquel, debemos de establecer que de acuerdo con nuestra legislación vigente, si la paternidad puede ser determinada por cualquier medio establecido por la ley, el

consentimiento no será factor determinante. El origen biológico será factor imperante para el reconocimiento de la paternidad.

En el caso de la inseminación post mortem en viuda con semen del marido fallecido, estamos en presencia de una concepción genéticamente conyugal pero jurídicamente extramatrimonial en el evento de que ya han transcurrido 300 días después de la muerte del marido. El elemento biológico o genético de la paternidad debe atribuirse al marido muerto. Desde la perspectiva institucional sólo son legítimos los hijos concebidos por la mujer dentro del matrimonio por lo que el consentimiento de los cónyuges no es necesario para determinar la legitimidad de los hijos nacidos dentro de matrimonio.

Zannoni señala la distinción entre paternidad y legitimidad respecto del vínculo paterno-filial dependiendo de la situación extra o intra-matrimonial y dice "en estas últimas no se discute la paternidad: lo que se controvierte es la existencia o validez del matrimonio, o en su caso, se afirma que el hijo fue concebido fuera del matrimonio(...) Estimamos que de lege lata el hijo concebido con el semen del marido pero con posterioridad a la disolución del matrimonio es hijo extramatrimonial. Es que, en tanto se mantengan las calificaciones básicas de la filiación (legítima y extramatrimonial), esas calificaciones se realizan atendiendo exclusivamente a la época en que la concepción sucede".⁴⁰

⁴⁰ E. ZANNONI Op. Cit., Pág. 73.

El artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal establece que “se presumen hijos de los cónyuges: I. los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad de contrato, de muerte de marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

El hijo concebido mediante la utilización de la inseminación artificial post mortem nacerá, posiblemente, después del plazo marcado por la legislación, por lo que aunque genéticamente fuese hijo de quienes estuvieron unidos en matrimonio, su padre y madre biológicos, éste hijo no se reputará como hijo matrimonial.

Soto Lamadrid al respecto dice que si el hijo naciera pasado el plazo de trescientos días de la disolución del matrimonio, no podría considerarse matrimonial, ya que ni en el momento del nacimiento ni en el de su concepción los padres estaban casados entre sí. Aunque deja la puerta abierta respecto del ejercicio de la acción para determinar la filiación paterna.

De acuerdo con la legislación mexicana actual, el status familiar del hijo que ha nacido por inseminación artificial después de trescientos días de disuelto el matrimonio por muerte del marido no se ha previsto, por lo que este será

difícil de establecer. Debido a que el hijo no fue concebido dentro del plazo que marca la ley, estaríamos ante el supuesto de un hijo biológicamente o genéticamente del marido fallecido pero jurídicamente extramatrimonial. Otro factor a determinar y analizar se presenta en el sentido de que el marido fenezca sin conocimiento de la existencia futura de ese hijo. Nuestra legislación establece que la personalidad jurídica de una persona se extingue con su muerte por lo que la concepción del niño se realizaría cuando jurídicamente ya no existía la persona que lo engendró. El artículo 364 del Código Civil señala que los padres pueden reconocer al hijo nacido, por lo que el marido podrá reconocer al hijo que naciere de la utilización de este procedimiento.

El artículo 327 del Código Civil, admite la posibilidad de que la mujer, el hijo o el tutor de éste puedan sostener que el marido es el padre en el caso de que el marido quisiera desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que, jurídicamente y de hecho, tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio o nulidad, en caso de inseminación post mortem con semen del marido fallecido, en que el hijo naciera después de los trescientos días contados desde que jurídicamente los cónyuges estuviesen separados, por la muerte del marido, considero podría ser legitimado por medio de la acción probatoria de la paternidad.

Debido a que en nuestra legislación los hijos biológicos tienen los mismos derechos sean estos nacidos dentro del matrimonio o no, el hecho de que los hijos nacidos por inseminación artificial post mortem nacidos trescientos días

contados después de disuelto éste no implica la pérdida de los derechos que debieran derivarles este tipo de vinculación como son el llevar el apellido del padre, alimentos, o derecho a heredar del mismo.

Sin embargo, considero que al contemplar esta situación, es importante no afectar a los demás herederos por lo que una vez concluido el juicio intestamentario, adjudicada la masa hereditaria y prescrito el tiempo de impugnación del mismo, no se podrá reclamar por el hijo nacido por la utilización de la inseminación artificial post mortem la revisión hereditaria tendría que conservarse en un estado perenne de incertidumbre sujeto al capricho de una persona respecto de cuando quiera inseminarse con semen del marido fallecido. De acuerdo con lo anterior, en tanto no transcurra el plazo que la ley llegase a señalar para poder efectuar en la viuda una inseminación post mortem. La acción de reclamación de la porción hereditaria del hijo nacido de esta técnica estará sometido al mismo plazo de ejercicio que la de los restantes herederos. Transcurrido dicho plazo los herederos adquirirán una condición sucesoria inatacable, de manera que si con posterioridad a este plazo, se efectuara una fecundación post mortem el nacido carecerá de derechos sucesorios respecto de la herencia paterna. Una posible solución sería establecer una sanción a la madre que decidiese inseminarse con este procedimiento, debiendo por ejemplo, donar al hijo una porción igual o similar, cuando las condiciones económicas lo permitan, al que heredaría el hijo de su padre fallecido.

Aunque la protección del niño no debe perderse de vista, es imperante igualmente salvaguardar los derechos de los demás individuos y de la sociedad en su conjunto, por lo que considero importante que respecto de la reglamentación en la utilización de esta técnica, en caso de aprobarse, deberá ser implementada siempre y cuando exista constancia de consentimiento del marido respecto de que la esposa sea inseminada aun después de muerto éste.

Zannoni advierte que "para el derecho positivo, la muerte física del sujeto implica el fin de su personalidad. Y así, por ejemplo, el hijo concebido post mortem con semen de su padre no adquirirá por vía hereditaria ningún derecho derivado de la transmisión sucesoria. Porque el día de su fallecimiento ese hijo no existía jurídicamente.

Si la legislación llegase a aprobar la inseminación artificial post mortem deberá igualmente regular los derechos de la sucesión legítima de los hijos nacidos después de la extinción de la personalidad jurídica de quien lo engendró.

Si al nacido por inseminación post mortem se le reconoce la calidad de hijo biológico de cualquier individuo, éste tendrá derecho a la sucesión de su padre. Sin embargo, el artículo 1314 del Código Civil considera que no tienen personalidad para heredar los que no estuviesen concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia. Por ello es que dicho artículo tendría que ser modificado en los casos de inseminación artificial post mortem y establecer muy claramente

dentro de los requisitos el término o plazo para el cual se deberá poder realizar dicho procedimiento y bajo las condiciones que comprueben fehacientemente la voluntad del dador del semen respecto de que dicha inseminación sea realizada aún después de su muerte. Asimismo se deberá poder comprobar la procedencia del semen.

De acuerdo con nuestra legislación actual, aunque se probara el carácter matrimonial del hijo y la subsecuente filiación con el padre, el niño no tendría capacidad jurídica para heredar de su padre, ya que no había sido concebido al momento de fallecimiento de aquel, en los términos de los artículos 1313 y 1314 del Código Civil.

En cuanto a los derechos hereditarios de los hijos nacidos por fecundación post mortem Merino Gutiérrez afirma que "si existieran herederos consanguíneos por línea recta o colateral hasta el cuarto grado, creo que debería limitarse la posibilidad a que el nacimiento se produjera durante el año siguiente a los trescientos días siguientes en que cesa la presunción de filiación, siempre que la viuda no contrajera matrimonio en dicho plazo y comenzase a computar la correlativa presunción y siempre que el consentimiento para la implantación se hubiera efectuado y se hubiese llevado a cabo la implantación en el centro con los gamentos identificados del fallecido. Si no existieran herederos de tal clase y la

viuda no contrajera matrimonio, podría ampliarse el plazo a un total de cinco años desde el fallecimiento del cónyuge." ⁴¹

Respecto de la inseminación *post mortem* en viuda o mujer receptora con semen de donante, cabe señalar que de acuerdo con nuestra legislación civil, estos serán considerados hijos biológicos de quien los engendró, siempre y cuando, mediante acción correspondiente se logre establecer esta relación genético-paternal.

Asimismo, el Código Civil en el artículo 360 señala que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio se presente respecto de la madre con el solo hecho del nacimiento. En el caso del padre, esta se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad; por lo que el hijo nacido de la utilización de este procedimiento podrá entablar acción correspondiente para que se reconozca su filiación paterna con el donador del semen.

Sin embargo, el artículo 388 establece que las acciones de investigación de paternidad o maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres.

Nuestra legislación establece la posibilidad de reconocer al hijo que no ha nacido de acuerdo con el artículo 364 del Código Civil. Sin embargo, en este

⁴¹ A. MERINO GUTIERREZ. "Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida". II Congreso Mundial Vasco. Op. Cit. pág. 429.

caso estaríamos hablando de la posibilidad de que el hijo todavía no hubiese siquiera sido concebido en el momento del fallecimiento del que lo engendró.

Considero que la inseminación artificial post mortem crea una serie de conflictos jurídicos respecto de los derechos de que es acreedor el hijo así nacido. En relación al derecho a la sucesión legítima de su padre, que haya podido ser probada mediante acción legal, éste deberá tener derecho a suceder pero, siempre y cuando, se encuentre dentro de un término legal para tal fin establecido: una vez prescrito dicho plazo, se le deberá tratar de compensar, en la medida de lo posible, mediante una sanción impuesta sobre los bienes de la madre.

CONCLUSIONES

Resulta evidente a la luz de lo expuesto en el desarrollo del presente trabajo que la legislación vigente en México, es insuficiente respecto de la reglamentación y consecuencias jurídicas de la inseminación artificial.

PRIMERA.- Al hablar de las técnicas de fecundación asistida, invariablemente nos encontramos ante muchos cuestionamientos éticos y morales, y desde luego, a situaciones jurídicas nuevas. La familia además de ser una agrupación natural y base de la sociedad, constituye un grupo con ideas religiosas, éticas, económicas y políticas, propias. El hombre al ir evolucionando se vio ante la necesidad de trascender y así de alguna manera permanecer. La trascendencia de la familia se logra a través de la descendencia por medio de los hijos. Al verse coartada esta descendencia por no tener descendencia, tuvo que recurrir a la utilización de métodos o técnicas que le permitiera lograr dicha procreación; la fecundación artificial ha tratado de dar una posible respuesta o solución a la necesidad humana de la procreación.

SEGUNDA.- Las nuevas técnicas de fecundación asistida, a la vez de causarnos replantamientos ético-jurídicos, brindan una posibilidad a las parejas infértiles de tener sus propios hijos, o por lo menos ofrece la posibilidad de que uno de los cónyuges tenga parentesco directo con el hijo nacido mediante la utilización de esta técnica.

TERCERA.- Independientemente de las creencias morales o religiosas del legislador, y su reprobación o aceptación de la utilización de dichas técnicas, es importante señalar que el derecho debe de aceptar y regular los descubrimientos científicos que se muestren conforme a la naturaleza y dignidad del hombre.

La falta de reglamentación no será un factor determinante para que dichas técnicas de fecundación artificial no sean utilizadas, por lo que es necesario crear una legislación adecuada para que, en la medida de lo posible, se salvaguarden los derechos esenciales de los niños producto de la utilización de estos procedimientos, y se sancione la manipulación de seres humanos.

CUARTA.- Los niños, criaturas indefensas, no pueden ser abandonados a los caprichos de sus progenitores. El derecho deberá, ser sobre todo, salvaguardar los derechos que le son inherentes como seres humanos. La manipulación de la vida humana es y deberá ser reprobada y sancionada.

QUINTA.- Nuestra legislación vigente, particularmente el derecho de familia reglamentado en el Código Civil, puede ofrecer algunas soluciones a las consecuencias legales que se le plantean por la inseminación artificial, ya sea homóloga o heteróloga, y por la fecundación extraterina o en tubo de ensayo. Sin embargo existen grandes lagunas, que amerítan legislación especial, respecto de la investigación con embriones humanos y su conservación, y en particular, sobre su destrucción.

SEXTA.- Asimismo, se pueden señalar algunas respecto de los derechos hereditarios inherentes a los hijos nacidos de la utilización de la inseminación artificial, y en especial si dicha fecundación se llevo a cabo con semen del de cujus.

SEPTIMA.- La inseminación artificial homóloga, es decir, aquella que es realizada en la esposa con semen del marido es aceptada por la mayor parte de la doctrina siempre y cuando sea utilizada como el último recurso para la procreación. En la mayoría de los países en que se ha presentado la utilización de este procedimiento no ha sido necesario crear una legislación especial pues ha sido posible resolverlos con la legislación existente.

En nuestra legislación vigente la utilización de esta técnica no produce mayores problemas jurídicos con relación a la filiación y el parentesco, ya que la filiación biológica paterna y materna coinciden con la filiación jurídica. Los niños nacidos de este procedimiento serán legal y biológicamente hijos de los aportantes del material genético.

OCTAVA- En cuanto a que la inseminación post mortem de la viuda con semen del marido se presenta la situación de una concepción genéticamente conyugal pero jurídicamente extramatrimonial. La paternidad podrá ser determinada por cualquier medio establecido en la ley, por lo que el origen biológico será un factor imperante para el reconocimiento de la paternidad.

Se deberá prever que cuando se utilice este método, la acción de investigación de paternidad se podrá realizar aún después del fallecimiento del presunto padre, por lo que el artículo 388 del Código Civil debiese ser modificado.

NOVENA.- Por analogía del artículo 324 del Código Civil, se desprende que el status familiar del hijo que ha nacido por inseminación artificial post mortem y después de trescientos días de disuelto el matrimonio será considerado como un hijo biológico del marido fallecido pero jurídicamente extramatrimonial, por lo que considero importante se modifique dicho artículo para contemplar que se presumirán hijos de los cónyuges a los fecundados mediante fecundación artificial de la viuda con semen del marido fallecido siempre y cuando exista constancia de consentimiento del marido respecto de que la esposa sea inseminada aún después de muerto éste.

DECIMA.- De igual manera considero que el artículo 325 del Código Civil deberá ser modificado para permitir que contra la presunción de paternidad no se admita otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, salvo que su mujer haya sido inseminada artificialmente con anterioridad o dentro de los trescientos días después de fallecido éste, en cuyo caso no podrá ser repudiada la paternidad.

UNDECIMA.- En cuanto al artículo 326 del Código Civil considero que se deberá incluir que el marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses anterior es al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa ni que ésta haya podido ser inseminada artificialmente con su semen.

DECIMA SEGUNDA.- Considero que en el caso de que se apruebe la utilización del procedimiento de inseminación artificial homóloga post mortem en nuestro país, se deberá modificar el artículo 327 del Código Civil, el cual admite la posibilidad de que la mujer, el hijo o el tutor de éste puedan sostener que el marido es el padre, en el caso de que el marido quisiera desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que, jurídicamente y de hecho, tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad, en el sentido de que no procederá el desconocimiento de la paternidad si se demuestra que la mujer fue inseminada con semen de su marido fallecido, por lo que podrían reclamar judicialmente la paternidad probando que, antes de morir, el marido aceptó expresamente la Extracción de su semen para su conservación, con el propósito de que su mujer fuese inestimada artificialmente.

DECIMA TERCERA.- Con relación al artículo 1313 del Código Civil se desprende que la falta de personalidad acarrea la falta de capacidad para heredar. En el siguiente artículo se establece que se considerarán incapaces de adquirir por

intestado, a causa de falta de personalidad los que no estén concebidos a tiempo de la muerte del autor de la herencia; por lo que para los efectos de la inseminación artificial homóloga post mortem el hijo concebido después de la muerte del padre biológico, no tendrá derecho a adquirir por intestado. La legislación vigente, en caso de aprobar este procedimiento, debiera de ser modificada en el sentido de que el hijo fecundado con posterioridad a la muerte de su padre mediante inseminación artificial de aquel, mediando consentimiento y dentro del plazo de trescientos días posteriores a la muerte, gozará de personalidad y por lo tanto será capaz para concurrir en la herencia legítima de su padre.

DECIMA CUARTA.- Es igualmente importante señalar que al contemplar la inseminación artificial post mortem no se deberán afectar los derechos de los demás herederos por lo que una vez concluido el juicio testamentario, adjudicada la masa hereditaria y prescrito el tiempo de impugnación del mismo, no se podrá reclamar, por el hijo nacido por la utilización de este procedimiento la reversión de estos actos, ya que se crearía una incertidumbre interminable respecto de la misma, la cual quedaría sujeta al capricho de una persona respecto de cuando quisiera inseminarse con semen del marido fallecido.

Ante la utilización de esta técnica se deberá igualmente, regular los derechos a la sucesión legítima de los hijos nacidos después de la personalidad jurídica de quien lo engendró.

DECIMA QUINTA.- En la doctrina internacional se considera como el elemento más importante en la inseminación artificial heteróloga el consentimiento o voluntad de los cónyuges o de la pareja solicitante que lleva vida marital sin estar casados, para que nazca el nuevo ser.

Este consentimiento por parte del esposo constituye el criterio de atribución de paternidad, por lo que el documento auténtico en que se presente dicho consentimiento será suficiente, tanto en la filiación matrimonial como extamatrimonial, para que el hijo nacido del procedimiento de inseminación artificial heteróloga pueda ser inscrito en el Registro Civil como hijo de la pareja.

DECIMA SEXTA.- En el supuesto de que la inseminación artificial heteróloga fuese aprobada en nuestro país, la legislación existente requerirá ser modificada, para adecuarla a la realidad de que las relaciones sexuales, la cohabitación, y el simple vínculo matrimonial ya no deberán ser un factor determinante para establecer la paternidad y filiación correspondiente; ya que durante el periodo de vigencia del matrimonio la esposa podrá ser inestimada artificialmente con el semen de un tercero.

Basándonos en la actual legislación, podría darse el caso de que el hijo nacido de la utilización de la inseminación artificial heteróloga tuviese un padre legal, quien sería el esposo de la mujer solicitante y quien aparece como tal en el acta de nacimiento; y un padre biológico, quien sería el donador del semen.

DECIMA SEPTIMA.- Considero que para evitar conflictos respecto de la paternidad de un hijo así nacido, el donante del semen no deberá ser considerado como el padre del hijo de la esposa inestimada, excepto cuando prospera la acción de desconocimiento de paternidad por parte del marido de la mujer inestimada y el donante demandara voluntariamente la paternidad.

DECIMA OCTAVA.- Con relación a los artículos 332 y 333 del Código Civil, los herederos podrán desconocer la paternidad que se pretende imputar al marido en el caso de que este no lo haya podido hacer en vida, dicha acción de imputación deberá ser ejercida dentro del término de 60 días contados desde el momento en el cual el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean turbados por el hijo en la posesión de los bienes del padre. En el caso de la inseminación artificial heteróloga post mortem el marido ya habrá fallecido y por lo tanto ya no podrá demandar la acción de impugnación de paternidad. Respecto de la acción de impugnación que tienen los demás herederos, ésta se deberá de suprimir en el supuesto de que la viuda presente documento fehaciente del marido fallecido en el sentido de que éste consintió a que su mujer fuese inestimada artificialmente con semen de un tercero aún después de fallecido el marido.

DECIMA NOVENA.- Respecto de la adopción, el artículo 403 del Código Civil debiese ser modificado en el sentido de que el hijo nacido mediante la utilización de la inseminación artificial heteróloga o combinada que sea adoptado

por la pareja solicitante extinguirá sus nexos con el donador del semen, ya que la legislación actual señala que los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad. De lo anterior podemos señalar que de acuerdo con este artículo, el hijo nacido de este procedimiento tendría derecho a reclamar la sucesión de ambos padres: legal y biológico, creando así una situación de conflicto en el tema que desarrollo. Sin embargo, en el caso de que el marido de la esposa inseminada desconociese al hijo, por no existir conocimiento de su parte para la realización de dicha inseminación o por cualquier otra causa legalmente probada, considero que el hijo deberá tener derecho a reclamar la sucesión de su padre natural, en el caso de que llegue a probar dicho parentesco.

VIGESIMA.- En cuanto a la inseminación artificial en mujeres solteras, considero que ésta no debería permitirse, no obstante su libre derecho a la procreación. Ya que se debería fomentar la integración de la familia como pilar de la sociedad, a la luz de las costumbres sociales existentes en este momento. Ante todo se deberá de poner por encima de cualquier otro interés el del hijo. Considero, que el uso de las técnicas de reproducción asistida deberán limitarse a parejas estériles o infértiles.

La manipulación genética no deberá ser permitida en nuestra legislación, dado que las leyes naturales no deben, ni deberán ser obstruidas por el hombre para su propio beneficio.

VIGESIMA PRIMERA.- La reglamentación y en su caso prohibición de la utilización de las técnicas de reproducción asistida deberán salvaguardar ante todo el valor a la vida humana y proteger sus principios éticos y morales.

La familia como pilar y sustento de la sociedad deberá ser fomentada y los medios que contraríen de una manera evidente su libre desarrollo deberán ser reprobadas. El derecho no deberá reglamentar y frenar el desarrollo científico y tecnológico siempre y cuando dichos avances o desarrollos no atenten en contra de la dignidad humana y el valor a la vida.

BIBLIOGRAFIA.

A. MERINO GUTIERREZ. "Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida". II Congreso Mundial Vasco. 1982.

A. ZANNONI, Eduardo. "Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina". Editorial Astrea Buenos Aires, 1978.

DOLORES LOYARTE Y ADRIANA E. ROTONDA. "Procreación Humana Artificial". Ediciones de Palma. Buenos Aires. Segunda Edición, 1995.

ENCARNA ROCA TRIAS. "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional." II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1987

GALINDO GARFIAS, Ignacio. "La Fecundación Artificial en Seres Humanos". Consideraciones Jurídicas. Revista de la facultad de Derecho de México. Tomo XI. 169-171. 1999.

GARCÍA CANTERO, G., "Incidencia de la medicina y biología moderna en el derecho civil español, en homenaje al profesor López Rodo", Vol. III, Universidad Complutense, Madrid, 1972

GARCÍA MENDIETA Carmen, "Fertilización Extracorporea, Aspectos Legales, Ciencias y Desarrollo". Conacit. Nov-Dic, 1985. Año XI N° 65, citado por Miguel Angel Galindo Garfias.

GOLDSTEIN, Mateo. "Enciclopedia Jurídica Omeba." Tomo VII Driscrill, S.A.. Editorial Bibliográfica Jurídica Argentina. 1980.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. "La fecundación in vitro y la filiación", Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición 1993.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ A. "Reflexiones en torno al Informe Palacios y al proyecto de la Ley sobre técnicas de Reproducción Asistida.", en Vol. La Filiación a finales del siglo XX, problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco. Editorial Tribium, S.A. Madrid, 1988.

GROSMAN Y MARTÍNEZ ALCORTA, "La Filiación Matrimonial". Su reforma según la ley 23,624, en *Rev. La Ley Argentina*. 1986.

"La Sexualidad Humana Nuevas Perspectivas del Pensamiento Católico." Estudio realizado por la Catholic Theological Society of America. Dirigido por Antony Kossik. Ediciones Cristiandad. Madrid, España, 1978.

LEÓN FEIT, Pedro, "Distintos Aspectos del Problema de la Inseminación Artificial en Seres Humanos, su Interés Jurídico, Especialmente en cuanto a la Filiación". Cuadernos de los Institutos. Boletín 1936. III-IV N° 87. Cordova, República de Argentina. 1996.

M.GLESERMAN. "A Survey and Thoughts on Artificial Insemination". En David Puett (de), Human, Fertility, Health and food impact of molecular Biology and Biotechnology, United Nations Fund For Population Activities, New York, USA, 1984.

SOTO LA MADRID, Miguel Angel. "Biogenética, Filiación y Delito". Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990.

TABOADA, Leonor. "La Maternidad Tecnológica de la Inseminación Artificial a fertilización in vitro". Promea Edición. Icaria Editorial, S.A., Barcelona, España. 1986.

ARTÍCULOS PONENCIAS Y REVISTAS.

Excélsior. "Diario de la Ciudad de México". 28 de junio 1984.

GOLDSTEIN, Mateo. "Enciclopedia Jurídica Omeba." Tomo VII
Driscrill, S.A.. Editorial Bibliográfica Jurídica Argentina. 1980.

NICHOLSON, Roberto. "Aspectos de la Fecundación Asistida". Nota
de actualización en revista "Ginecología y Reproducción".
Septiembre 1992. Volumen 3. N° 3.

Real Academia Española. "Diccionario de la Lengua Española".
Madrid 1978.

Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe. "Instrucción sobre
el respeto a la vida humana naciente y a la difiinidad de la
procreación". Roma 22 de febrero de 1987. Capítulo II.

Técnicas de Reproducción Asistida. "Inseminación Artificial". Http
||www. Reproducción. Com, mx| insem. Htm|. 1996.

LEGISLACIÓN CONSULTADA.

Código Civil para el Distrito Federal.
Código Penal para el Distrito Federal.
Ley General de Salud.