

308909



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

8

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U.N.A.M

**ALGUNAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN TORNO
A LA LLAMADA REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

**TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO**

P R E S E N T A
MARIA GUADALUPE DIAZ SANTOS GALINDO

DIRECTOR DE TESIS: DR. SALVADOR MIER Y TERAN SIERRA

MEXICO D.F. 2002



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

INDICE

Capítulo I. Datos Biomédicos.....	1
1. Nociones elementales del embarazo natural.....	1
2. Iniciación de la vida humana.....	3
2.1. El fenómeno de los gemelos monocigóticos.....	10
3. La esterilidad y las nuevas técnicas de reproducción.....	13
3.1. Indicaciones para llevar a cabo la IAM.....	17
3.2. Indicaciones para llevar a cabo la IAD.....	19
3.3. Indicaciones para llevar a cabo la TIG.....	19
3.4. Indicaciones para llevar a cabo la FIVET.....	20
4. La IAM, la TIG y la IAD: Técnica.....	21
4.1. La TIG: Técnica.....	22
5. La FIVET: Técnica.....	24
5.1. Ciclo espontáneo.....	25
5.2. Ciclo inducido.....	26
5.3. Laparoscopia.....	28
5.4. Obtención del gameto femenino por vía percutánea con control ecográfico.....	29
5.5. Procesos relacionados con la obtención y preparación de los gametos masculinos.....	30
5.6. Cultivo y transferencia del embrión.....	30
5.7. Resultados.....	32
6. Donación de gametos (óvulos y espermatozoides).....	37
7. Donación de embriones.....	41
8. La subrogación.....	45
9. Congelación y almacenamiento de semen, óvulos y embriones humanos....	49
9.1. Embriones sobrantes en los procedimientos de FIVET.....	52
10. Empleo más extendido de estas técnicas.....	56
11. Posible evolución futura de la investigación.....	59
Capítulo II. Principios que rigen la materia.....	62
1. Algunas consideraciones preliminares.....	62

2. El principio pro-vida.....	66
3. El principio de familia.....	81
3.1. El derecho a tener hijos.....	88
3.2. El "derecho a tener hijos" y las técnicas de reproducción asistida.....	95
4. El principio de prevalencia de la verdad biológica.....	100
Capítulo III. La persona física en el Derecho Civil.....	118
1. Nociones previas.....	118
1.1. La construcción jurídico-doctrinal de la persona física en el Derecho Civil.....	122
1.2. Protección civil del nasciturus.....	133
1.2.1. La protección de la persona y los llamados derechos o bienes de la personalidad.....	135
Capítulo IV. Las técnicas de reproducción asistida y el Derecho Civil.....	147
1. Calificación jurídica de los gametos humanos.....	147
1.1. La donación de gametos humanos.....	154
2. Destinatarios.....	160
2.1. Mujer sola o varón solo.....	160
2.2. Concubinaros.....	171
2.3. Matrimonio.....	179
3. Relaciones paterno-filiales.....	182
3.1. Relaciones paterno-filiales ante las técnicas de reproducción asistida...	186
4. Maternidad subrogada.....	190
5. Inseminación post-mortem.....	198
6. Las reglas básicas para la determinación de las relaciones paterno-filiales en las técnicas de reproducción asistida.....	205
6.1. Las técnicas de reproducción asistida en el matrimonio.....	205
6.2. Las técnicas de reproducción asistida fuera del matrimonio.....	211
Conclusiones.....	214
Bibliografía.....	220

CAPITULO I

DATOS BIOMÉDICOS

1. Nociones elementales del embarazo natural

La intención de este capítulo es situar al lector y facilitarle la comprensión de las técnicas de Inseminación Artificial (IA), Fecundación "in vitro" y Transferencia de Embriones (FIVET) y, finalmente, la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG).

Para que se dé un embarazo natural, es necesario la concurrencia de las siguientes circunstancias:

1) Que el varón produzca semen en los testículos con las propiedades adecuadas para la fecundación. El semen producido en los testículos pasa a depositarse en las vesículas seminales.

2) Que la mujer produzca el óvulo maduro.

3) Que un espermatozoide se encuentre con el óvulo y lo fecunde. Para ello es necesario:

a) Que durante la unión sexual entre la mujer y el varón se produzca la eyaculación del semen de éste y los espermatozoides asciendan por el

interior del cuello del útero y de la trompa de Falopio donde se encontrará con el óvulo.

b) Que el folículo ovárico se rompa, desprendiéndose el óvulo, que va a ser captado por la ampolla de la trompa, iniciando su avance hacia el útero en cuyo camino se encontrará con los espermatozoides que consiguieron llegar hasta allí siendo fecundado por uno de ellos.¹

Esta fecundación **in vivo** da lugar a una nueva célula o cigoto. A continuación el cigoto comienza un proceso de división celular interna. A las doce horas el embrión ya se ha dividido en dos células, a las veinticuatro horas en cuatro, a las treinta y seis en seis células, etc.

Posteriormente, el embrión llega al interior del útero, lo que generalmente tiene lugar a los dos o tres días de la concepción. Allí en forma de blastocisto se deposita sobre la mucosa del útero o endometrio durante aproximadamente tres días y pasado ese tiempo tiene su implantación en la mucosa.

¹ Informe presentado en el Congreso de los Diputados, Comisión especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas, presidente PALACIOS, Marcelo, Madrid, 6 de marzo de 1986.

2. Iniciación de la vida humana

La vida humana comienza con la fertilización o concepción que es la fusión de dos gametos diferenciados, uno proveniente del hombre y otro proveniente de la mujer. Por la fecundación ambos gametos se funden en un nuevo ser vivo que recibe, en esta primera fase, el nombre de cigoto.

Los gametos femeninos y masculinos no son "vida humana", sino células vivas con una vida muy limitada: cumplir con su función procreadora. Así la existencia de éstos está encaminada a la fertilización. Los doctores JIMENEZ Y LOPEZ GARCIA² escriben que los gametos "son células cuya supervivencia es muy limitada: a partir de este momento (cuando ha adquirido las características óptimas para la fertilización), en un período muy breve, han dejado de ser células vivas. El óvulo, una vez producida la ovulación -el paso desde el ovario al oviducto-, en muy poco tiempo experimenta un proceso de regresión y muere. El espermatozoide, también, una vez fuera de la cavidad del aparato genital del macho, en poco tiempo experimenta el proceso regresivo y la desintegración terminal".

En el mismo sentido, el cigoto tiene una finalidad distinta: desarrollarse hasta cumplir todo el ciclo vital del ser humano, y por eso, afirman estos autores que "lo notable es cuando esas dos células, cuya vida está a punto de terminar, se unen en

² JIMENEZ VARGAS, Juan, LOPEZ GARCIA, Guillermo, Aborto y Contraceptivos, Pamplona, 1983, pág. 22.

la fertilización constituyen desde entonces un organismo de características estructurales y bioquímicas únicas. Y como consecuencia de los procesos bioquímicos producidos en la nueva célula han quedado marcados, escritos, por decirlo así, los planes de desarrollo lo que se manifiesta en una intensa multiplicación celular. Es decir, cuando los componentes bioquímicos de un espermatozoide han quedado incluidos en el óvulo, se ha producido el origen de una nueva vida, y ha quedado ahí trazada la totalidad de las instrucciones que dirigen el desarrollo del ser que empieza a vivir (...) ³. "Por accidente puede llegar a no desarrollarse, cuestión que no ocurre con los gametos, los cuales poseen de suyo una existencia efímera (es decir, su proceso vital es muy limitado), al paso del cigoto, en circunstancias normales, tiende a vivir todo el tiempo suficiente para que -en un proceso continuo, sin nuevas aportaciones ontogénicas alcance todas las fases de la vida humana. Hay pues una diferencia fundamental entre gameto y cigoto, que estriba en el fin a que están ordenados uno y otro. Los gametos tienen por fin la formación del cigoto; éste tiene ya en sí toda la finalidad de la vida humana" ⁴.

Así como establecer inicio de la personalidad -concepto jurídico formal- es competencia del Derecho y no de otras ciencias, el inicio de la vida humana escapa

³ Idem.

⁴ HERRERA JARAMILLO, Francisco José, El derecho a la vida y el aborto, Pamplona, 1984, pág. 154.

del ámbito de aquél y los juristas deben de apoyarse en otras ciencias -la Genética, la Biología y la Medicina- pues a ellas les corresponde dar una respuesta clara.

Las investigaciones realizadas en los últimos años sobre el inicio de la vida humana, han llegado a resultados ciertos y verificables y a ellos hemos de atenernos. La cuestión que debemos de aclarar es ésta: ¿el embrión es parte del organismo materno o es un ser totalmente distinto de la madre? o yendo un poco más a fondo: ¿es un individuo humano desde la fecundación?. A esta pregunta J. LEJEUNE; profesor de Genética Fundamental en la Sorbona respondió el 23-IV-81, ante una comisión especial de los Estados Unidos, de la siguiente manera: "¿Cuándo comienza el ser humano? Querría dar a esta pregunta la respuesta más exacta que la ciencia puede proporcionar en el momento actual. La moderna Biología enseña que los progenitores están unidos a sus descendientes con un ligamen de material continuo; ya que precisamente desde el momento de la fecundación de la célula femenina (el óvulo) por parte de la célula masculina (el espermatozoide) surge un nuevo miembro de la especie. La vida tiene una historia muy larga, pero cada uno de los individuos tiene un inicio bien determinado: el momento de la concepción"⁵.

La vitalidad del cigoto ciertamente está condicionada por el medio ambiente - sustancias, hormonas, etc.- que le proporciona la madre (ahora también la

⁵ Cit. por RODRIGUEZ LUÑO, Angel, LOPEZ MONDEJAR, Ramón, La Fecundación in vitro, Madrid, 1986, págs. 91 y 92.

"probeta") del mismo modo que los adultos estamos condicionados por la atmósfera. Más esta dependencia no confunde al cigoto con la madre (o a la probeta) ni a nosotros con la atmósfera, ni al astronauta con los tanques de oxígeno que necesita para vivir.

Los doctores L. ZAMORANO SANABRIA, J.L. VELAYOS JORGE Y F. REINOSO SUAREZ explican que: "La ontogenia, el desarrollo, es un conjunto de fenómenos que, desde que se instalan repentinamente en el momento de la fecundación no se interrumpirán hasta el momento de la muerte, sea ésta cuando y como sea, por un aborto o por un infarto, pongamos por caso. Se pasa de unos a otros períodos insensiblemente. No se puede olvidar que los períodos que por razones de estudio se establecen médicamente, tanto en el curso del desarrollo como a lo largo de toda la vida son simplemente, diferentes aspectos de lo que en esencia constituye la característica fundamental de todo ser vivo: la capacidad de adaptación a las necesidades del momento y del ambiente y la de reaccionar como un todo, como una unidad (...). La ontogénesis es un proceso continuo, homogéneo y sin fisuras" ⁶.

A mayor abundamiento expondremos, de modo sintético, otros elementos que ayudarán al lector a comprender que efectivamente, el inicio de la vida humana es la concepción, sea ésta **in vivo** o **in vitro**.

⁶ ZAMORANO SANABRIA L., VELAYOS, Jorge, J.M. REINOSO SUAREZ, F. El comienzo de la vida humana, Madrid, 1983, págs. 27 y ss.

El Dr. BERNARD NATHANSON, con especial autoridad sobre la materia, por haber rectificado públicamente, después de haber sido uno de los promotores más activos de la campaña pro-aborto en Estados Unidos declaró que: "(...) Hoy gracias a la inmunología se sabe con absoluta certeza que el feto no es una parte del cuerpo de la madre. Los glóbulos blancos de la sangre son capaces de reconocer cualquier cuerpo extraño al organismo y de poner en marcha los mecanismos de defensa para destruirlo. Cuando el feto se implanta en la pared del útero, el sistema inmunológico materno reacciona para expulsar al intruso, pero naturalmente, el feto está dotado de un delicado método de defensa ante esa reacción. En algunos casos la defensa no es tan eficaz como debiera, y el feto es expulsado y se malogra. Esto demuestra que el feto no es una parte del cuerpo de la madre. Simplemente está ahí como huésped de paso y ella no puede disponer de él"⁷.

En la Ley General de Salud, promulgada por el Diario Oficial de la Federación el 7-II-84, se habla en repetidas ocasiones del no nacido como de un sujeto independiente de la madre. Así, por ejemplo, señala en su artículo 326 fr.II que para realizar el transplante de órgano o tejido cuando se van a tomar de una mujer embarazada, solo puede hacerse "siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción". O sea, que no es lo mismo la salud de la mujer que la salud del producto, ya que biológicamente son dos personas distintas, y

⁷ Conferencia dictada en Camberra, Australia, en febrero de 1981

puede darse el caso de que se afecte la salud del feto sin afectar la salud de la mujer y viceversa, lo cual no podría ser si fuera la misma persona.

SERRA aduce los argumentos para evidenciar el carácter extrínseco de la dependencia que tiene el embrión respecto de la madre:

a) La capacidad del embrión para desarrollarse in vitro, en condiciones en las que el ambiente materno ha sido sustituido por un terreno de cultivo adecuado.

b) La capacidad de los blastocistos transferidos a órganos de un animal de sexo masculino -hígado, cerebro, riñón, etc.- pasa a desarrollarse en embriones y fetos hasta estadios bastante avanzados (...)”⁸.

Aunque el embrión precoz no responda todavía a la imagen figurativa evocada espontáneamente, según la asociación psicológica, por el concepto de hombre, todo ese conjunto de células son un ser humano, lleno de potencialidades que deben desarrollarse todavía, pero no un "ser humano potencial" en el sentido que algunos quieren dar a esa expresión ("no es todavía un ser humano").

En el mismo orden de ideas algunos han pretendido relacionar el comienzo de la vida humana con el desarrollo cerebral, pero este argumento carece de validez. Se sabe que a partir de la fecundación comienza a desarrollarse el

⁸ Cit. por RODRIGUEZ LUÑO y LOPEZ MONDEJAR, La fecundación ..., cit. págs. 95 y ss. Los mismos autores recogen datos que proporcionan SERRA, BILIGTON, GRAHAM, McLAREN según los cuales después de implantar 87 blastocistos debajo de la cápsula renal de individuos machos, el 20% se desarrolló para alcanzar el estadio de feto morfológicamente normal de 9 días de gestación. La misma conclusión se extrae de los experimentos sobre el paso temporal de embriones humanos por el útero de hembras de conejo, cerdo, oveja o chimpancé.

programa inicial que determina las características del ser humano. El sistema nervioso se desarrolla como una unidad; al respecto LOPEZ GARCIA comenta que: "todo indica que en los primeros meses y aún años de vida extrauterina, se producen profundos cambios en el sistema nervioso, pero lo importante es que el desarrollo se hace sin solución de continuidad y las capacidades funcionales, sensoriales y motoras, van apareciendo gradualmente (...). El sistema nervioso es el mismo, controlado por la potencialidad genética, tanto en los primeros días de desarrollo embrionario, como al cabo de unos meses o después del parto"⁹.

Con lo anteriormente expuesto se llega a una conclusión: la vida humana comienza a partir de la fertilización, y como bien apunta SERRA "En el estado de la ciencia actual, negar que la realidad biológica del embrión es totalmente humana es negar una evidencia científica. Aquí la ciencia goza de primacía sobre la imaginación, sobre el modo de sentir y sobre la disponibilidad social para reconocer ciertos hechos. La ontogénesis es un proceso continuo, donde no hay niveles que separen etapas de menor a mayor vitalidad o humanidad. Es todo uno, es una vida que se va desarrollando, y que ha comenzado con la fecundación. Ella es el único criterio científicamente fundado que permite decir hasta aquí no y a partir de aquí sí;

⁹ LOPEZ GARCIA, G. "Comienzo de la vida del ser humano", en Revista de Medicina de la Universidad de Navarra, vol. XXIX, No.1 4, Pamplona, 1985, pág. 230.

establecer otras líneas divisorias es, desde el punto de vista científico, una arbitrariedad injustificada" ¹⁰.

2.1 El fenómeno de los gemelos monocigóticos

Hay algunos - por ejemplo la Sociedad Ginecológica Alemana¹¹ que consideran que el embarazo empieza al final de la anidación, no con la fecundación, ya que, además de que mientras el embrión no está anidado no es posible diagnosticar el embarazo (no deja de ser curioso, el argumento ya que, se dirá que sólo existe, por ejemplo, el cáncer desde que se diagnostica). Cabe la posibilidad de que se produzcan gemelos monocigóticos, y, por tanto, en las dos primeras semanas, el embrión sería en todo caso vida humana, pero vida todavía no individual.

Primeramente, no se puede decir que la vida humana comienza con la implantación ya que el blastocisto es un ser humano -lo es desde la fecundación- y la anidación no le añade nada nuevo, sino una dependencia ambiental, extrínseca con su madre.

¹⁰ RODRIGUEZ LUÑO Y LOPEZ MONDEJAR, La fecundación ...cit. págs. 97 y ss.

¹¹ LACADENA, Juan Ramón, "Aspectos genéticos de la reproducción humana", en La Fecundación artificial, ciencia y ética, Madrid, pág., 16.

El fenómeno de los gemelos monocigóticos no parece estar suficientemente esclarecido y diversos experimentos hacen pensar que son dos los momentos en que puede producirse el fenómeno:

"a) En cuanto el embrión está en un estadio muy precoz (entre dos y ocho células, quizá hasta dieciséis).

b) En un estadio más avanzado (blastocisto), por división precoz de la masa celular interna en porciones, cada una de las cuales, después de reparar las pérdidas, es capaz de proseguir el desarrollo ya iniciado (...). No se tiene una idea exacta (...) de cual sea el elemento determinante en la formación de gemelos monocigóticos. Parece estar comprobada la existencia de un componente hereditario. En todo caso (...) no es científicamente correcto ni exacto afirmar que la posibilidad de gemelos sea inconciliable con la individualidad"¹².

Haciendo referencia a los fenómenos que algunos aducen y que ya hemos comentado -quimeras y gemelos monocigóticos-, LOPEZ GARCIA escribe: "En el supuesto embarazo gemelar, en el caso de que un óvulo fertilizado se originase más de un individuo, lo lógico sería enfocar el problema sobre bases más bien moleculares que morfológicas, suponiendo que, probablemente el íntimo proceso bioquímico que es lo decisivo, ya se había puesto en marcha en los primeros momentos de la fertilización, es decir, en la fusión nuclear habían empezado a funcionar los programas genéticos de dos embriones, ya que estarían

¹² RODRIGUEZ LUÑO, LOPEZ MONDEJAR, La fecundación...cit. págs. 98 y ss.

desarrollándose a la vez pero como distintos, cuando la morfología todavía no lo manifiesta" ¹³.

A mayor abundamiento, recogemos la explicación de LOPEZ MORATALLA que dice: "El principio ético, que exige salvar la identidad, se refiere primariamente a las manipulaciones del cigoto o de las primeras células embrionarias, donde el nuevo individuo ya está constituido. En el curso del establecimiento de las legislaciones abortivas y de difusión de las técnicas anticonceptivas, o para eludir la responsabilidad ante el elevado número de muertes de niños en fase de embriones precoces por la fecundación "**in vitro**" y el deseo de legitimar las investigaciones, y la experimentación, con esos embriones se han alzado voces que, sin ninguna base científica, intentan defender que la individualidad del embrión no se produce hasta su anidación; lo que querría significar para ellos que la vida de un ser humano no comienza realmente antes de esa fase y no con la fecundación como claramente establece la biología, puesto que es en ese momento cuando se constituye el programa genético. Para los defensores de esta idea, en esos primeros estadios del desarrollo embrionario antes de la anidación, no se podría hablar de humanidad sino considerar la mórula y la blástula simplemente como un conglomerado de células humanas sin identidad propia. Se basan en que algunas veces, en el caso del embarazo gemelar, un óvulo fecundado origina más de un individuo, y en que,

¹³ LOPEZ GARCIA, "El comienzo..."cit., pág. 230.

alguna vez, de forma muy extraordinaria, se forma un embrión por la fusión de dos embriones, antes del término de la anidación" ¹⁴.

Posteriormente señalaremos la perspectiva jurídica de este planteamiento ya que, además de los efectos jurídicos -Civiles y Penales principalmente- cabe decir que ningún país contempla en su legislación una definición del comienzo de la vida.

3. La esterilidad y las nuevas técnicas de reproducción

El Dr. PEDRO N. BARRI, ginecólogo del Instituto Dexeus de Barcelona hace una interesante declaración: "Un 10% de las parejas en edad fértil tienen problemas de esterilidad. A esta situación han contribuido el `stress`, diversos efectos de los anticonceptivos, y la difusión de enfermedades de transmisión sexual, que son los factores de riesgo en este terreno (...). A mi modo de ver, y de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, estamos obligados a buscar soluciones para estas parejas; es decir, para que cada cual tenga el número de hijos que desee tener" ¹⁵.

¹⁴ Cfr. LOPEZ MORATALLA, Natalia, "Manipulación del patrimonio genético humano con fines eugenésicos" en Deontología Biológica, Revista de la Facultad de Ciencias de la Universidad de Navarra, II, Pamplona, 1985, págs. 100 y ss.

Da la impresión de que se trata de satisfacer una demanda sin valorar suficientemente la consideración de las causas que provocan la infertilidad.

Los científicos que trabajan en las nuevas técnicas de reproducción humana ubican su origen en la búsqueda de la solución al problema de la esterilidad tubárica. "La idea original -escribe CITTADINI- era la de encontrar una solución para la esterilidad tubárica definitiva reconocida como una de las causas más frecuentes de la esterilidad conyugal" ¹⁶.

Los doctores FERRE Y MARTINEZ apoyados en prestigiosas publicaciones científicas explican que: "Ni la IA y ni la FIVET curan (la esterilidad) en el sentido propio de la palabra" y opinan "que en la FIVET se crean vidas que se sabe de antemano que tienen más de 90% de posibilidades de morir" ¹⁷.

Algunos se refieren al argumento -que por cierto es inexacto- de que el índice de fracasos en la FIVET no es mayor que el de las pérdidas espontáneas de embarazos producidos por la naturaleza, afirman que no son comparables los fenómenos naturales que siguen unas leyes propias, con los actos voluntarios humanos, que pueden ser responsables de la muerte de personas humanas.

¹⁶ Publicada en La Vanguardia, Barcelona, 25 de enero de 1985.

¹⁶ Cit. por RODRIGUEZ LUÑO, LOPEZ MONDEJAR, en La Fecundación...cit., pág. 13.

¹⁷ Cfr. FERRE, J., MARTINEZ DE ARTOLA, V., "Fecundación artificial: aspectos médicos y cuestiones éticas" en Revista de Medicina de la Universidad de Navarra, vol. XXIX, No. 3 julio-septiembre, 1985, pág. 205.

Con respecto al tratamiento, propiamente dicho, de la infertilidad hablan de que "existe una alternativa eficaz para los casos de infertilidad causados por patologías tubáricas: la microcirugía (...). En pacientes que previamente se han esterilizado mediante cirugía tubárica, el porcentaje de embarazos tras la cirugía de reparación oscila entre el 52 y el 100%.

Ciertamente, estas técnicas no cubren el tratamiento de otras causas de infertilidad de la pareja; sin embargo es preciso potenciar técnicas que, como ésta; producen una auténtica curación de la esterilidad, pues ni la IA, ni la FIVET, ni la TIG modifican el estado de infertilidad de la pareja, sino que, en todo caso, satisfacen su deseo de tener hijos. Aquí podemos preguntarnos si el médico está para curar o para satisfacer deseos personales"¹⁸.

Al respecto -afirma otro autor ¹⁹- que "durante estos últimos años se han ido desarrollándose métodos artificiales de concepción sobre la base de estas dos técnicas (IA, FIV) y se presentan como soluciones para vencer la esterilidad, en algunos casos, aunque lógicamente ninguna de ellas la cura; sin embargo, existen soluciones para eliminar la esterilidad, permitiendo por tanto posteriormente la posibilidad de una concepción natural: la microcirugía de trompas, el trasplante de trompas, e incluso el traspaso del óvulo a la zona posterior a la obstrucción de la

¹⁸ Op. cit.

¹⁹ LOPEZ MORATALLA, Natalia, "Manipulaciones de la reproducción: sexo-procreación-familia humana", en Deontología Biológica, Revista de la Facultad de Ciencias de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1985, pág. 112.

trompa. No obstante los esfuerzos de la práctica y de la investigación médica y biomédica se han centrado casi en exclusiva hacia el desarrollo de los métodos artificiales de la fecundación mucho más que ha conseguir la eliminación de estos tipos de defectos que producen la esterilidad".

Pero volvamos a las causas de esterilidad que aquejan a ese 10% de las parejas en edad fértil de las que tanto se ha hablado y que son mencionadas en los comentarios del Bishops Joint Committee on Bio-Ethical Issues a las recomendaciones del Informe WARNOCK "la primera forma de parcialidad es que en el **Report** (WARKNOCK) no se habla de las causas de infertilidad, y por consiguiente no se valoran suficientemente los medios con los que la política social podría intentar reducir la infertilidad a través de la curación de sus causas. La FIVET, usada como técnica clínica, está indicada para resolver los casos de infertilidad debidos a la oclusión tubárica. Pero las causas más comunes de oclusión tubárica (al rededor del 90% de los casos) son los abortos precedentes, el uso del DIU como dispositivo anticonceptivo²⁰ y las enfermedades transmitidas por vía sexual"²¹.

²⁰ Cabe mencionar que con el DIU se presenta en el mercado como un instrumento de efectos anticonceptivos, cuando su efecto real es abortivo, como científicamente se ha comprobado. Este procedimiento supone una clara violación a lo que establece el "Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Publicidad" (publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de mayo de 2000 en su artículo 6).

²¹ Cfr. "The Bishops' Joint Committee on Bio-Ethical Issues, Comments on the Warnock report", en Medicina e Morale, 1, 1985, págs. 138 y ss.

Ahora bien, dejando momentáneamente de lado el problema de la esterilidad y sus causas conviene señalar que las nuevas técnicas de reproducción humana -IA y FIVET- dada su eficacia tecnocrática sobrepasan actualmente los límites establecidos inicialmente para la FIVET -la esterilidad tubárica- para invadir una enorme casuística que excede con mucho a los móviles iniciales. Por ejemplo: impotencia del varón o de la mujer para realizar el coito ²² que, cuando es incurable es impedimento para celebrar el matrimonio, ²³ deseo de parejas homosexuales de tener un hijo; deseo de una madre o padre soltero de prohijar; deseo de una mujer de ser inseminada con el semen del marido **post-mortem**.

3.1 Indicaciones para llevar a cabo la IAM ²⁴

- a) Impotencia del varón anterior al matrimonio (nulo por haberse celebrado con un impedimento, siempre que no sea conocida y aceptada por el otro cónyuge).
- b) Impotencia superveniente del varón.
- c) Vaginismo de la mujer.

²² Impotencia: del latín impotentia. Incapacidad del hombre o de la mujer para la cópula carnal, apta de por sí para la generación.

²³ Cfr. art. 156 fr. VIII del Código Civil para el Distrito Federal. Este impedimento es dispensable siempre que sea conocida y aceptada por el otro cónyuge. No debe confundirse la impotencia con la esterilidad, la primera es impotencia para verificar la cópula carnal, la segunda es impotencia para generar, la cópula carnal puede tener lugar, pero sin posibilidad de fecundación

²⁴ Cfr. entre otros a BARRI, Pedro, "Aspectos médicos de las nuevas tecnologías en la reproducción humana", en Fecundación artificial ciencia y ética, Madrid, 1985, págs. 26 y ss.

d) Anomalías anatómicas de la mujer (hipoplasia valvular, hipospadias).

e) Alteraciones del cuello uterino de la mujer que no segrega el moco adecuado para recibir correctamente a los espermatozoides del varón.

f) Alteraciones en el semen que, por una reducción del volumen o del número o motilidad de los espermatozoides, no reúne las condiciones suficientes para la fecundación y se considera que las posibilidades de embarazo aumentan si se concentra el semen del marido o si se introduce directamente en el útero.

g) Incompatibilidad moco-semen que se produce en determinados casos en los que la presencia de anticuerpos en el moco endocervical de la mujer o en el plasma seminal del varón hace que los espermatozoides pierdan progresión y se dificulta o impide la aproximación.

h) Congelamiento del semen del marido antes de someterse a una intervención quirúrgica a realizar de donde se derivará su esterilidad. Otro caso consiste en el que el marido haya de someterse a un tratamiento de radioterapia o quimioterapia que puede derivar en esterilidad o daño en los testículos .

i) Incluimos también -impropiamente- el caso de que una mujer quiera ser inseminada con el semen congelado de su marido difunto. Decimos "impropiamente", porque ya no es su marido (el matrimonio termina con la muerte de uno de los cónyuges).

3.2 Indicaciones para llevar a cabo la IAD

a) Esterilidad masculina del marido médica o quirúrgicamente. Se trata de varones que presentan graves alteraciones en su semen que lo hacen totalmente estéril.

b) Que el varón sea portador de enfermedades hereditarias.

c) Isoinmunización materno -fetal por factor RH.

d) Anomalías físicas o mentales.

e) Impotencia eyaculatoria y eyaculación retrógrada incurable.

f) Exposición a radiaciones o agentes quimioterapéuticos.

g) Autoinmunización a los espermatozoides no superable clínicamente.

h) Pseudo-hermafroditismo femenino.

3.3 Indicaciones para llevar a cabo TIG

a) Factores masculinos como alteración del semen.

b) Factores cervicales, con imposibilidad del semen de atravesar esta barrera, en relación con el moco o con el rechazo inmunológico.

c) Síndrome del folículo no roto.

d) Fracaso de la IAM.

e) Causas desconocidas.

3.4 Indicaciones para llevar a cabo la FIVET²⁵

a) Endometriosis y esterilidad idiopática.

b) Presencia de anticuerpos antiespermatozoides en el moco cervical y la prevención de enfermedades genéticas o ligadas al sexo y, por otra parte, los defectos en el semen del marido, casos todos éstos para los que se ofrece la posibilidad de recurrir al empleo de semen de donador (FIVET heteróloga).

c) Inaccesibilidad al ovario; se ofrece la posibilidad a los pacientes para recurrir al empleo de óvulos de donadora.

d) Falta de útero y contraindicaciones graves al embarazo: en este caso se recurre a "madres sustitutas".

e) También se considera -es increíble- la esterilización voluntaria anterior como indicación médica para la FIVET.

f) Esterilidades sin diagnóstico: después de hacer el adecuado estudio hay parejas estériles que no revelan ninguna causa que explique su fallo reproductivo.

g) Por estar desplazándose constantemente su presencia no coincide con los períodos fértiles de la pareja.

²⁵ PERENAU CAÑELLAS, Francisco, Biomedicina y procreación humana: Estado de la cuestión y consecuencias en la temática del matrimonio y de la familia, Tesis Doctoral de la Universidad de Navarra, Facultad de Derecho Canónico, Pamplona, 1987, pág. 109.

4. La IAM, la TIG y la IAD: Técnica

La inseminación artificial consiste en la intervención médica para depositar el semen del varón en la vagina, en el cuello uterino o en el interior de la cavidad del útero por medios diferentes al coito. El procedimiento es sencillo. El semen se introduce en la parte superior de la vagina, próximo al cervix, o se puede inyectar en el útero a través de un fino catéter. La inseminación se efectúa en la época de ovulación prevista, que es el momento del ciclo menstrual de la mujer.

Se puede monitorizar la ovulación con la finalidad de establecer el momento óptimo en que deba procederse a la inseminación para que el óvulo pueda encontrarse con los espermatozoides en el interior de los órganos genitales femeninos.

Se procede a la recogida del semen del varón que se obtiene por masturbación ²⁶, cabe mencionar que existen métodos de obtención del gameto masculino que prescinden de la eyaculación. En algunos casos el semen del varón no es adecuado para garantizar que se produzca la fecundación del óvulo y debe procederse en el laboratorio a su preparación y capacitación, seleccionando los espermatozoides; para ello se eliminan fluidos, plasma seminal o los factores que puedan ser origen de su incapacidad o rechazo por parte de la mujer y, también se

²⁶ Informe de la Comisión investigadora sobre la fertilización humana y embriología, Presidente Mary WARNOCK, Capítulo cuarto, 4.1, Gran Bretaña, 1984.

filtra el semen con determinadas sustancias a fin de que la muestra filtrada contenga solo los espermatozoides más vitales y penetrantes, o sea, los de mayor movilidad lineal y por ello los más fecundantes. En caso en el que se utilice el semen del donante, éste procederá generalmente de los bancos de gametos y habrá de reunir similitudes fenotípicas con el varón de la pareja receptora. Es necesario -igual que en la fecundación " **in vitro**"- que la concentración de espermatozoides sea muy alta. Por ello, se pide al varón un período de abstinencia que oscila entre 3 y 7 días.

Respecto de la IAD, los donantes deben de pasar por una serie de controles para descartar que no sean portadores de enfermedades hereditarias o adquiridas.

4.1 La TIG: Técnica

"La TIG -escribe ANSON ²⁷- solo impropriamente puede considerarse como una modalidad de la IA. En efecto, la TIG consiste en introducir espermatozoides y óvulos en la Trompa de Falopio de la mujer de forma que la fertilización o fecundación del óvulo se produce de manera natural en la propia Trompa de Falopio, así como la posterior implantación y anidación del embrión en la mucosa del útero o endometrio. La razón de incluir la TIG dentro de las modalidades de IA quizá

²⁷ ANSON, Francisco, Se fabrican hombres, Informe sobre la genética humana, Madrid, 1988, págs. 88 y ss.

se deba a que la fecundación no se hace "in vitro" como es el caso de la FIV, sino que se realiza dentro de la futura madre, en su aparato reproductor.

Se observa pues una ampliación progresiva del concepto de IA. En un principio la IA se reducía a inseminación de la mujer con espermatozoides, después se amplió a la introducción en el órgano reproductor de la mujer del ovocito u óvulo de una donante, y en la actualidad la IA también comprende la inseminación con espermatozoides y óvulo de una donante, y en la actualidad la IA también comprende la inseminación con espermatozoides y óvulos, es decir la TIG".

"Se aplicó por primera vez en el año de 1984 por un grupo de científicos pertenecientes al Programa de Investigación de la reproducción del Centro de Ciencias de la Salud de la Universidad de Texas, en San Antonio" ²⁸.

Esta técnica -más sencilla y menos costosa que la FIVET, puesto que prescinde de una serie de pasos de laboratorio- consiste en:

- Control de la ovulación
- Obtención del esperma y capacitación
- Obtención del óvulo
- Colocación de los óvulos y los espermatozoides juntos en la ampolla de las Trompas de Falopio, en la misma operación y captación del óvulo.

²⁸ PERENARAU CAÑELLAS, Biomedicina... cit., pág. 108 y ss.

5. La FIVET: Técnica²⁹

Antes de iniciar la preparación de la paciente es necesario practicar una laparoscopia. Esta es una técnica ideada para la visualización directa de la cavidad abdominal. Con palabras sencillas, consiste en la introducción de un endoscopio, a través de una incisión en la cavidad abdominal, y en la inyección de gas (anhídrido carbónico) para distender el abdomen y permitir la visualización y manipulación del contenido abdominal. El objetivo de esta exploración es determinar si es posible llegar a los ovarios para la recogida del óvulo.

Se comprueba que existe un ritmo normal de ovulación en la paciente, así como la adecuada funcionalidad del cuerpo lúteo, midiendo en la fase medio-luteal los niveles plasmáticos de la progesterona.

La recogida de los óvulos en el estadio de madurez conveniente ha sido una de las empresas técnicamente difícil que la FIVET ha debido superar, fundamentalmente por tres razones:

- a) Determinación del momento exacto de la ovulación.
- b) Las dimensiones pequeñísimas del óvulo (60-180 micras de diámetro sin la zona pelúcida).

²⁹ En el desarrollo de la descripción técnica de la FIV la hemos recogido, de modo casi literal la explicación que hacen RODRIGUEZ LUÑO, LOPEZ MONDEJAR, La fecundación... cit.,pág. 39 y ss;

c) El limitado número de óvulos liberados en cada ovulación (normalmente uno).

Se ha tratado de conseguir, en primer lugar, un tiempo adecuado de ovulación, necesario para determinar el momento exacto de la recogida. El error por defecto llevaría a recoger óvulos demasiado inmaduros; el error por exceso implica la pérdida del óvulo. Los diversos equipos médicos han ido demostrando sus preferencias: algunos se esfuerzan por determinar con mayor exactitud el momento de la ovulación; otros, por el contrario, mediante el control de dicho proceso a través de una terapia endócrina. De este modo alcanzan mayor precisión, y se facilita la organización del trabajo del equipo médico y de laboratorio.

En síntesis, se puede trabajar para recoger los gametos femeninos, en el ciclo espontáneo de la mujer o sobre un ciclo inducido.

5.1 Ciclo espontáneo

Para predecir el momento de la ovulación se utilizan los siguientes criterios: estudio de la secreción del moco cervical, medición del diámetro del folículo de Graaf con ecografía (ultrasonido); control de sangre u orina de la tasa de secreción de estrógenos por parte del folículo: el tiempo que separa la secreción de estrógenos de la ovulación no es suficientemente constante, por lo que algunos

estiman que el único criterio está constituido por el pico de LH, que comienza 36-40 horas antes de la ruptura del folículo.

Trabajar con el ciclo espontáneo plantea al equipo médico algunos problemas. El primero es que solo se dispone de un óvulo en fase preovulatoria, de forma que cualquier dificultad o condición patológica en el ovario o abdomen puede hacer imposible la recogida; durante algún tiempo se estimó que tal inconveniente se veía compensado por la facilidad para la implantación derivada del hecho de que el equilibrio hormonal del ciclo menstrual quedaba inalterado. El segundo reside en que la subida del LH en el ciclo espontáneo es menos predecible que cuando se estimula con la hormona gonadotropina coriónica (HGC), por lo que tanto el equipo de laboratorio como el equipo quirúrgico deben permanecer en estado de alerta las 24 hrs. del día. En la práctica, si la subida del LH no comienza por la mañana temprano, como suele suceder en las tres cuartas partes de los casos, se termina por recoger el óvulo antes de las 24 hrs. previstas (si la hora en que correspondiera hacerlo teóricamente resultase muy incómoda para el equipo médico), tratando de que se complete **in vitro** su maduración.

5.2 Ciclo inducido

Consiste éste en estimular el ciclo mediante la administración de la hormona gonadotropina menopáusica humana (HMG), con la cual se obtiene la maduración

de varios folículos al mismo tiempo. Una variante de este segundo método es el ciclo ovulatorio controlado, en el que, además de la estimulación mencionada, se pretende controlar el estadio final de la maduración múltiple (inducción de la ovulación), con objeto de facilitar al personal del laboratorio y al equipo médico el trabajo de controlar la subida del L.H. Este control se logra suministrando la hormona gonadotropina coriónica humana (HCG).

El punto delicado es determinar el momento exacto en que debe suministrarse esa hormona. Una inyección prematura de HCG lleva a una maduración anormal del óvulo, que queda con una reducida capacidad de ser fertilizado y de desarrollo embrional. Sin entrar en más detalles técnicos, queremos notar solamente que la inducción de la ovulación no está exenta de problemas médicos, algunos de ellos capaces de hacer imposible el embarazo.

Se ha comprobado que el porcentaje de embarazo en pacientes sometidas a estimulación y control de la ovulación es superior. La razón es que al haber más de un folículo de maduración, es posible la recogida de varios óvulos, lo que significa, en última instancia, disponer de más embriones para el **transfer** al útero materno.

"Así -señala URBANO ISPIZUA- lo normal es inducir por vía de medicamentos una `superovulación` con dos finalidades claves: obtener la ovulación en el momento adecuado y -más importante- no cosechar un solo ovocito sino un número mayor entre cuatro y ocho que aumente la posibilidad de éxito. El `plus` hormonal hace por

tanto las cosas más sencillas, pues las variaciones en el ciclo, los exámenes de sangre y orina frecuentes para controlarlo, y la inseguridad que esto producía, era fuente de tensión nerviosa, tanto para la paciente, como para el personal sanitario, problema ahora superado. Este hecho tiene efectivamente ventajas desde el punto de vista operativo, pero abre el problemático capítulo de los embriones sobrantes y del creciente número de abortos"³⁰.

Una vez determinado el momento, se procede a la recogida del óvulo o de los óvulos, según se trabaje sobre ciclo espontáneo o sobre un ciclo inducido. Los métodos que se utilizan actualmente para recoger los gametos femeninos son dos: la laparoscopia y la recogida por vía percutánea con control ecográfico³¹.

5.3 Laparoscopia

"Para realizar la técnica de la laparoscopia -escriben RODRIGUEZ LUÑO y LOPEZ MONDEJAR -se requiere en primer lugar, distender el abdomen de la paciente, inyectando 2-3 litros de gas (anhídrido carbónico) en la cavidad abdominal (...). Con esta maniobra se consigue ampliar el espacio operatorio, facilitando la individualización y manipulación de las vísceras abdominales.

³⁰ URBANO ISPIZUA, Fecundación... cit., pág. 66.

³¹ RODRIGUEZ LUÑO, LOPEZ MONDEJAR, La Fecundación... cit., págs. 55 y ss.

Se introduce después por vía umbilical el laparoscopio para la visualización del aparato genital (...) se ven claramente los ovarios, el aspecto y tamaño de los folículos. Acto seguido se hace pasar una cánula-aguja a la cavidad peritoneal con la que se inyecta el folículo para aspirar su contenido"³².

La aspiración se interrumpe cuando se ve una pequeña masa opaca que pueda contener el óvulo. En la actualidad se utilizan aparatos electrónicos de aspiración, con lo que se reduce el riesgo de posibles alteraciones de la granulosa y en la función celular.

5.4 Obtención del gameto femenino por vía percutánea con control ecográfico

Este método de aspiración folicular está despertando gran interés. A veces el óvulo no se recoge a la primera aspiración, y hay que hacer un lavado de la cavidad folicular con el medio de cultivo para asegurar la recogida del óvulo. Las interrogantes que existen sobre este método dicen relación a dos órdenes de problemas: a) cualidad del óvulo, ya que el diámetro de la aguja utilizada es muy pequeño; b) posibilidad de infecciones.

³² Op. cit., pág. 55.

5.5 Procesos relacionados con la obtención y preparación de los gametos masculinos

Para hacer posible la fecundación se requiere que los espermatozoides experimenten lo que se llama capacitación. Para hacer factible la FIV se crean artificialmente las condiciones que hagan posible la fertilización. La capacitación se consigue sometiendo el semen a un período de preincubación de 5 horas en su medio químico. Las posibilidades de éxito aumentan si se pospone unas horas la fertilización, con el objeto de que el óvulo complete su maduración.

El espermatozoide obtenido se limpia de plasma seminal y se concentra para que, posteriormente, una vez transcurrido el tiempo previsto, se añada al cultivo de los óvulos que están incubados a 37 grados, en un PH de 7.6, durante un período de 6-18 horas. El espermatozoide penetra al óvulo entre 3 y 6 horas más tarde ³³.

5.6 Cultivo y transferencia del embrión

Después de que el espermatozoide ha penetrado en el óvulo, los dos pronúcleos se pueden identificar en unas cuantas horas. Cuando esto ocurre, el embrión en esta primerísima etapa de su desarrollo se coloca en un medio de cultivo

³³ RODRIGUEZ LUÑO Y LOPEZ MONDEJAR, La fecundación... cit., pág. 59.

llamado Ham FIO; cuando los pronúcleos se funden se considera que la fertilización ha concluido y empieza la división celular.

El Informe Warnock ³⁴ reconoce que la transferencia del embrión al útero "sigue constituyendo la parte más azarosa del procedimiento", por lo que lo "normal es transplantar más de un embrión a la posible madre" y así " la mujer tendrá más posibilidades de quedar embarazada".

En el mismo sentido, otros autores ³⁵ afirman que: "muchos equipos médicos especializados tratan de soslayar esta dificultad transfiriendo más de un embrión al útero de la paciente. Este problema origina obviamente un mayor número de abortos después del **transfer** problema que se suma (...) al de los embriones sobrantes".

El Dr. HANS-BERNHARD WUERMELING, Presidente del Instituto de Medicina Legal de la Universidad de Erlangen-Nuremberg, escribe en el Frankfurter Allegermeine Zeitung sobre los problemas morales de estas técnicas y afirma que "cuanto más tiempo pasa entre la inseminación artificial y la transferencia, mayores son los riesgos para el niño" ³⁶.

³⁴ Informe WARNOCK, Capítulo quinto, 5.2, 5.3, 5.4.

³⁵ RODRIGUEZ LUÑO Y LOPEZ MONDEJAR, La fecundación...cit., pág. 61..

³⁶ Información tomada de ACEPRENSA, boletín Serv. 68/186 (258), Madrid, pág. 2.

Los doctores RODRIGUEZ LUÑO y LOPEZ MONDEJAR ³⁷ explican que el **transfer** del embrión se puede realizar por dos vías:

a) Transcutánea: se realiza a través de la pared del útero; requiere anestesia; presenta mayores posibilidades de introducir sangre en la cavidad uterina. Cuando se ha utilizado este método se han obtenidos resultados más bien negativos.

b) Transcervical: se suministra a la paciente un sedativo para tranquilizarla. Si el catéter no pasa a través del orificio uterino, se realiza antes de la FIVET una dilatación cervical por medio de anestesia. Cuando el paso del catéter ha encontrado alguna dificultad, se suele esperar algunos minutos, para que cesen las contracciones uterinas (estimuladas por el catéter) y el embrión no sea expulsado inmediatamente. El catéter no se retira inmediatamente, y al final se le examina al microscopio, para comprobar que el embrión ha sido depositado efectivamente en el útero.

5.7 Resultados ³⁸

No existe, en absoluto, una relación directa entre el número de transferencias y el de embarazos conseguidos, o menos aún, el número de éstos que lleguen a término. Algunos argumentan que en el proceso de fecundación natural no llegan a anidar en el endometrio una gran cantidad de embriones, pero la realidad es que no

³⁷ RODRIGUEZ LUÑO Y LOPEZ MONDEJAR, La fecundación...cit., págs. 60 y 61.

³⁸ FERRE JORGE, MARTINEZ DE ARTOLA, Fecundación...cit., págs. 202 y ss.

pasan del 8%. También hay que tomar en cuenta que únicamente un 40% de los embriones producidos manifiestan suficiente capacidad para intentar implantarlos: el resto son "descartados" desde el principio.

Hay que recalcar lo engañoso de los datos: en la fecundación natural, el óvulo fecundado que pretende anidar es normalmente uno, en cambio en la FIVET, son varios los embriones utilizados en cada transferencia: entre cuatro y seis. Por otro lado parece ser que el número de abortos espontáneos que se dan una vez que el embrión ha anidado en el útero es superior que al normal.

Proporcionamos a continuación, sin ánimo de ser exhaustivos, algunos datos que se pueden aproximar más a la realidad y que nos darán una idea de los porcentajes de éxito ³⁹.

Tabla de embarazos clínicos y tasa de nacimientos vivos por FIV (incluye micromanipulación, excluye reemplazos de embriones congelados)			
(datos tomados de tablas de la HFEA, del período 1/abr./1992 al 31/mar./1999)			
Período	Ciclos de tratamiento Número	Embarazo clínico por ciclo de tratamiento %	Nacimientos vivos por ciclo de tratamiento %
1/abr./92 al 31/mar./93	17.031	17,3%	13,2%
1/abr./93 al 31/mar./94	19.376	18,3%	14,5%
1/abr./94 al 31/mar./95	22.153	18,4%	14,9%
1/abr./95 al 31/mar./96	25.494	19,2%	15,8%
1/abr./96 al 31/mar./97	27.288	21,5%	17,9%
1/abr./97 al 31/mar./98	28.550	21,0%	17,6%
1/abr./98 al 31/mar./99	28.689	23,4%	19,6%

³⁹ Recogemos los siguientes datos de The Human Fertilisation and Embriology Authority (HFEA), institución que regula, autoriza y recaba información de tratamientos de fertilidad y de investigación sobre embriones humanos, en la Gran Bretaña (cfr. www.hfea.gov.uk).

Tabla con la relación entre pacientes, ciclos, embarazos y nacimientos por técnicas de reproducción asistida

(datos tomados de tablas de la HFEA, del período 1/abr./1998 al 31/mar./1999)

	Fecundación in vitro (FIV)										Inseminación artificial	
	Embriones no congelados					Embriones congelados		Micromanipulación				
	Ovulo propio		Ovulo donado		Embrion donado							
	Núm.	%	Núm.	%	Núm.	%	Núm.	%	Núm.	%	Núm.	%
a) Pacientes	23,006		1,161		104		5,726		9,776		4,903	
b) Ciclos de tratamiento	27,325	100	1,253	100	111	100	6,674	100	12,109	100	11,035	100
c) Embriones transferidos	23,213	85.0	1,166	93.1	106	95.5	6,035	90.4	11,481	94.8	-	-
d) Embarazos clínicos	6,349	23.2	345	27.5	31	27.9	1,037	15.5	2,997	24.8	1,332	12.1
e) Nacimientos vivos	5,306	19.4	282	22.5	28	25.2	834	12.5	2,522	20.8	1,087	9.9

Observación:

El 46.5% de los embarazos clínicos son múltiples (con dos o más sacos o bolsas en la gestación)

Notas:

- 1) Micromanipulación es cuando se usa cualquier técnica en la FIV, para introducir espermatozoides en la zona pelúcida del óvulo (fecundación)
- 2) Inseminación artificial, con esperma donado
- 3) Embarazo clínico, se considera cuando existe evidencia, por medio del ultrasonido, de la existencia del corazón en el feto
- 4) Se considera "Ciclo de tratamiento":
 - a) FIV con embriones no congelados. - Cuando se produce una ovulación (estimulada o no) en la mujer
 - b) FIV con embriones congelados. - Cuando se descongela un embrión para transferirlo
 - c) Micromanipulación. - Cuando se utiliza esta técnica para fecundar el óvulo
 - d) Inseminación artificial. - Cuando se hace una inseminación con esperma del donador

Del análisis de la información contenida en las tablas anteriores, se desprende que el porcentaje de los embriones perdidos es muy elevado, sea por incapacidad de desarrollarse debidamente, por no poderse implantar en el útero o por aborto posterior a la implantación (aproximadamente un 80%).

Por su parte el DR. HERRANZ ⁴⁰ catedrático de Histología y Embriología y presidente de la Comisión Deontológica de la Organización Médica Colegial

⁴⁰ Cfr. Diario El Alcázar, Madrid, 11 de noviembre de 1985.





Española señala que: "muchos problemas de esterilidad pueden resolverse por procedimientos que no son la fecundación **in vitro**. Precisamente la utilización de ésta ha provocado que se abandone el campo de la microcirugía". Así mismo resaltó: "La FIV conlleva una gravísima cuestión ética: se sacrifican vidas humanas inocentes en comparación de las cuales ningún beneficio para otro tiene justificación. Solo su equiparación a los ratoncillos de laboratorio haría admisible una investigación que conllevara su destrucción o lesión, pero los seres humanos, aún embrionarios, son de categoría diferente a los ratones y no puede admitirse nunca su destrucción deliberada".

Más adelante añade: "el acostumbramiento a ver destruir vidas humanas inocentes crea una falsa impresión: la que el embrión o feto es propiedad de la mujer y constituye una parte de su cuerpo, del que ella hace lo que le viene en gana. Esto es una herejía biológica y un error social de repercusiones incalculables. La FIV no hubiera sido posible sin la depreciación del valor de la vida humana que ha traído consigo la práctica del aborto".









Antes de continuar copiamos una tabla en la que se contienen las posibles combinaciones que ofrece la IAD y la FIVET ⁴¹.







⁴¹ Tomada del Time, 10-IX-1984.

IAD: Inseminación Artificial por donante

<p>1. Padre infértil</p> 	<p>3. Ambos padres infértiles, madre capaz de mantener el embarazo</p> 
<p>2. Madre infértil e incapaz de mantener el embarazo</p> 	<p>4. Madre infértil pero capaz de mantener el embarazo</p> 

FIV: Fecundación "in vitro"

<p>5. Madre fértil pero incapaz de concebir</p> 	<p>9. Madre infértil e incapaz de mantener el embarazo</p> 
<p>6. Padre infértil, madre fértil pero incapaz de concebir</p> 	<p>10. Ambos padres infértiles, madre incapaz de mantener el embarazo</p> 
<p>7. Madre infértil pero capaz de mantener el embarazo</p> 	<p>11. Madre incapaz de mantener el embarazo, ambos padres fértiles</p> 
<p>8. Ambos padres infértiles, madre capaz de mantener el embarazo</p> 	<p>12. Madre fértil pero incapaz de mantener el embarazo, padre infértil</p> 

 <p>Ovocito de la madre</p>	 <p>Esperma del padre</p>	 <p>Niño nacido de la madre</p>
 <p>Ovocito de donante</p>	 <p>Esperma del donante</p>	 <p>Niño nacido de portadora</p>

6. Donación de gametos (óvulos y espermatozoides)

Prescindiendo por ahora de su valoración jurídica y la problemática que en este sentido se presenta, cuestiones que serán tratadas más adelante, nos limitaremos a proporcionar algunos detalles técnicos y estadísticos.

En estas técnicas de reproducción humana el recurso a los donadores de esperma se presenta cuando ha de hacerse una IAD o una FIVET en los supuestos 1, 3, 6, 8, 10 y 12 de la tabla anterior.

Los gametos tienen la ventaja de que se pueden congelar. El semen congelado conserva su poder fecundante durante una decena de años por lo menos⁴². Así afirman RODRIGUEZ LUÑO y LOPEZ MONDEJAR⁴³ "que el personal sanitario especializado sabe que la unidad FIVET no puede considerarse operativa mientras no disponga del equipo de congelación".

Aunque existen métodos para recoger el semen que prescinden de la eyaculación, el más socorrido es la masturbación (así lo señalan tanto el Informe WARNOCK, como el Informe PALACIOS de la Comisión Especial de Estudio de la FIV y la IA humanas al Congreso de los Diputados de Madrid, pág. 135).

⁴² MORETTI, Jean Marie, DE DINECHEN, Oliver, El desafío genético, Barcelona, 1985, pág. 107.

⁴³ RODRIGUEZ LUÑO Y LOPEZ MONDEJAR, La Fecundación... cit., pág. 202.

Hoy en día el número de donantes (que ya no son remunerados, y suelen estar casados e incluso tener ya un hijo y haber pasado la encuesta genética) no es el idóneo. Esta distorsión entre la oferta y la demanda lleva, a que los centros desarrollen programas para lanzar campañas nacionales para encontrar donantes⁴⁴.

FIORES⁴⁵ denunció, hace tiempo, un "mercado negro" de semen en Italia. Hay bancos que obtienen el semen de muchachos de 13 y 14 años y de toxicómanos. Otros bancos ofrecen a los donantes anónimos entre 30,000 y 50,000 liras. De cada donador se obtienen de 20 a 40 ampollas para la inseminación que luego venden a un precio que oscila entre las 150,000 y 300, 000 liras.

Sin que de momento analicemos la cuestión de fondo, señalaremos ahora algunas de las evidentes reservas que presenta la realidad.

- a) Comercialización de los gametos.
- b) La inmoralidad pública.
- c) Peligro de incesto involuntario entre hombres y mujeres nacidos del mismo esperma anónimo.
- d) Peligro genético debido a la variabilidad de la resistencia de los diversos espermias y óvulos a la congelación.

⁴⁴ FERRE JORGE, MARTINEZ DE ARTOLA, La Fecundación...cit., pág. 202 y ss.

e) Selección biológica que darían a esta práctica un carácter terriblemente zootécnico y racista.

El Centro procede a un interrogatorio sobre los antecedentes familiares del donante, al objeto de detectar, en la medida de lo posible, la presencia de una tara hereditaria.

Se examina la calidad de los gametos. Se investiga mediante un cariotipo la presencia eventual de cromosomas anormales. Los gametos se introducen en pequeños tubos de plástico y se congelan en nitrógeno líquido (-190 °C).

La pareja que desea una IAD formula su petición por escrito (el Centro mantiene la más absoluta reserva respecto de la identidad de los donantes y los solicitantes). Una entrevista con un psicólogo permite averiguar los verdaderos motivos de la pareja solicitante y su acuerdo o desacuerdo al respecto de la IAD.

La mujer es observada por el médico, que le ayuda a prever el día más favorable para la inseminación. Es frecuente que, por motivos psicológicos, el ciclo de la mujer se vea perturbado cuando se acerca el momento de la IAD. De ahí que haga falta realizar por término medio 2 o 3 inseminaciones antes de obtener el embarazo deseado.

⁴⁵ Cit. por RODRIGUEZ LUÑO Y LOPEZ MONDEJAR, La Fecundación... cit., pág. 30.

La muestra de semen es vendida para cubrir los gastos de funcionamiento del Centro.

Un donante de semen, entrega éste de 5 a 6 veces en varios meses. Sirve para procrear un máximo de cinco niños. De este modo se elimina el riesgo ulterior de unión consanguínea.

La donación de óvulos presenta algunas "desventajas técnicas", entre las que podemos señalar:

a) La dificultad de la donación: en condiciones normales la mujer produce un óvulo cada mes y no es posible obtenerlo sin las técnicas ya descritas; por ello lo indicado sería inducir una ovulación.

b) La fecundación de un óvulo donado no admite la IA a menos que se haga **in vivo** en la donante por lo que generalmente se recurre a la FIVET.

Las hipótesis previstas para conseguir la donación de óvulos son:

a) Cuando una mujer fértil se somete a una intervención por ejemplo para ser esterilizada: se le extrae un óvulo maduro (o varios si el ciclo es inducido).

b) Cuando una mujer está recibiendo tratamiento contra la esterilidad y se han extraído varios óvulos de ella, puede encontrarse preparada para donar uno o más óvulos a otra mujer.

La donación de óvulos está prevista para realizarse a :

- a) Mujeres con ovarios no funcionantes y con útero normal.
- b) Mujeres que carecen de ovarios, de origen congénito o quirúrgico.
- c) Mujeres que pueden transmitir anomalías genéticas.
- d) Mujeres con procesos ováricos infecciosos, que producen adherencias y deformaciones que impiden la extracción de los óvulos.
- e) Para la maternidad biológica de sustitución.

7. Donación de embriones

Es éste otro de los problemas fundamentales que plantea la FIVET y se ubica en una escala de valores diversa: no es lo mismo un gameto (célula sexual) que un embrión (ser humano).

Por ahora haremos algunas consideraciones. Son muchos los autores - algunos de ellos, a nuestro entender, con poca fortuna- que se han planteado el estatuto del embrión humano antes de la implantación.

Nos estamos refiriendo a una problemática que es absolutamente verídica y que ya ha presentado problemas reales de difícil solución. Por ejemplo el conocido caso del matrimonio Ríos ⁴⁶.

⁴⁶ ALAMIGEON, Pierre, Los métodos artificiales de reproducción humana, tesis doctoral, Facultad de Derecho Canónico de París, París, octubre de 1985, pág. 59.

Mario Ríos y su mujer Elisa, millonarios chilenos, no pudiendo tener hijos por medios naturales, se dirigieron al Dr. Wood en Melbourne, quien, transfiriendo embriones congelados había obtenido, en 1984, el nacimiento de Zoe. Varios óvulos extraídos de Elisa Ríos habían sido fecundados con espermatozoides de su marido (FIV homóloga); entre los embriones así obtenidos, algunos habían sido reimplantados sin éxito en el útero de Elisa, pero otros embriones congelados estaban a la espera de ser implantados. La pareja murió en un accidente de aviación dejando una herencia de dos millones de dólares, parte de la cual era legada a Miguel Ríos, hijo del primer matrimonio de Mario.

Los juristas australianos se preguntaron sobre la suerte de los "embriones huérfanos" y sobre sus eventuales derechos patrimoniales: ¿A quién pertenecían esos embriones?, ¿Podían ser reimplantados en el útero de una mujer fértil?, en caso afirmativo, ¿Cómo se escogería ésta?, ¿De qué filiación gozarían, en caso de éxito, unos niños así procreados y qué apellido llevarían?, ¿Cuál serían su vocación hereditaria?, ¿Se conservarían los embriones?, ¿Cuánto tiempo?, si no es así ¿Habría que destruirlos?, etc.

Dado el número de preguntas que se plantearon de este modo, el Parlamento australiano votó un texto de ley que autorizaba a toda mujer estéril para adoptar embriones. Pero, teniendo en cuenta la afluencia de demandas para adoptar aquellos embriones huérfanos (pero millonarios), la ley tuvo que ser enmendada y

complementada con una disposición que prevería que la adopción de embriones implicaba la renuncia de los adoptantes a toda prerrogativa de orden patrimonial referente a ellos.

Por otra parte, incluso cuando los padres de un embrión crioconservado siguen vivos -uno y otra- el problema puede plantearse con agudeza si, por ejemplo, los esposos deciden divorciarse y uno de ellos insiste en que el embrión sea implantado, mientras que el otro se opone a ello.

Nos gustaría establecer unas diferenciaciones que facilitarían, en su momento, la aplicación de criterios jurídicos en el tema que nos ocupa:

1) No es lo mismo la donación de gametos para fecundarlos y dar origen a un embrión, que un embrión resultado de la fusión de los gametos. En su caso se trata de donación de gametos -que tiene una diferente calificación jurídica- y en otro caso se trata de un embrión (ser humano).

2) Así, las técnicas empleadas merecen calificaciones diferentes tomando en cuenta que la donación de embriones "ayudaría" a los mismos grupos de mujeres que pudieran beneficiarse de la donación de un óvulo y, más especialmente, a un número más reducido todavía cuyos maridos son estériles.

a) Una técnica implica la donación del óvulo por parte de una mujer donante obtenido por los métodos ya descritos y del semen por parte de un varón ajeno a la pareja. El óvulo entregado es fecundado **in vitro** con el semen donado y el embrión transplantado:

- A la mujer que no puede producir óvulos por sí sola y cuyo marido sea estéril.
- A otra mujer -madre subrogada- que lleve a cabo la gestación para entregar al hijo a la pareja solicitante.

Tómese en cuenta que el solo empleo de esta técnica implica la fecundación de varios óvulos y por tanto, embriones sobrantes con toda la problemática que esto encierra.

b) El segundo método -denominado "lavado"- no entraña la extracción del óvulo mediante intervención quirúrgica: el óvulo se desprende de manera natural del ovario en el momento normal del ciclo mensual de la donante. En el instante predicho de la ovulación, la mujer es inseminada artificialmente con semen del marido de la mujer estéril (o de un donante si el marido también es estéril). Unos tres o cuatro días después, antes de que empiece la implantación, se "lava" el útero de la donante y el embrión localizado es transplantado entonces al útero de la mujer estéril (o de la madre subrogada). Si el embrión es transplantado con éxito -tómese

en cuenta el enorme peligro de provocar un aborto, tanto en el "lavado", como en el intento de transplante-,⁴⁷ la receptora llevará el embarazo hasta su término.

8. La subrogación

El tema de la subrogación o madres subrogadas tiene lugar en los casos 2, 9, 10, 11 y 12 de la tabla presentada.

La subrogación es en términos generales, la práctica por la cual una mujer que ha sido inseminada artificialmente o en cuyo útero se ha efectuado el **transfer** de una FIV, lleva en su seno a un niño por otra, con la intención de entregarlo después del nacimiento. Esta figura nace desde que ha sido posible eliminar la cópula sexual para conseguir el embarazo.

El Informe WARNOCK⁴⁸ dice que: "la subrogación equivaldría a una opción destinada a aliviar la carga de la esterilidad. Así, por ejemplo, una mujer, con una grave enfermedad de la pelvis que no puede tratarse quirúrgicamente, o bien que no tiene útero. También cabe recurrir a la subrogación como ayuda a las mujeres que han sufrido problemas de aborto en repetidas ocasiones. Quizá existan también

⁴⁷ Nos ha sido imposible obtener un dato estadístico que señale las posibilidades de éxito de este método. De todas maneras parece que le son aplicables, en términos generales, los porcentajes de éxito en lo que se refiere al **transfer** del embrión.

circunstancias en las que la madre genética, aunque no sea estéril podría beneficiarse con la coyuntura de que fuera otra mujer la que llevara el embarazo. Un ejemplo de ello sería el que una madre genética perfectamente preparada para cuidar un niño después de su nacimiento, pero que sufre una afección que desaconseja el embarazo desde un criterio médico.

Esta figura presenta una problemática notable: citamos, por ejemplo, el caso de las gemelas Sevault en Francia: Magali aborta espontáneamente como consecuencia de un accidente y queda imposibilitada para tener más hijos. Así pide a su hermana Christine que acepte ser fecundada con el semen del marido de Magali y como producto de esa IAD (cfr. tabla presentada, número 2) nace en abril de 1983 Sephane y con él, los problemas: Christine dice que era una vida infernal, ella quería alimentar a Stephane pero su hermana se lo impidió para evitar que la criatura se vinculara con Christine. Terminó odiando a su hermana y tuvo que acudir al psiquiatra.

Conocemos el caso de un niño nacido con una grave malformación que fue rechazado tanto por la madre portadora como por la pareja, que contrató sus servicios por 10,000 dólares estadounidenses (caso 2 de la tabla presentada). El resultado es que el niño se encuentra solo y los médicos no saben a quien pedir permiso para realizar la operación quirúrgica necesaria ⁴⁹.

⁴⁸ Informe WARNOCK, cit., capítulo séptimo, 7.3.

⁴⁹ Cfr. RODRIGUEZ LUÑO Y LOPEZ MONDEJAR, La Fecundación... cit., pág. 34.

Otro de los casos más recientes⁵⁰ es el de Helen Beasley, una madre de alquiler británica, quien fue contratada por los Wheeler, matrimonio norteamericano formado por Charles de 50 años y su esposa Martha de 47 años. Los Wheeler conocieron a Helen a través de una página de internet para madres de alquiler, a la cual ofrecieron pagarle \$ 19,000 dólares, por implantarle un óvulo (donado por una tercera) fecundado por Charles. Una cláusula del contrato firmado por los tres estipulaba que se realizaría una "reducción selectiva" en el caso de producirse un embarazo múltiple.

A los dos meses de embarazo el médico le informó a Helen, que esperaba unos gemelos, ella se los comunicó a los Wheeler, ya que por un acuerdo verbal se pacto, que en caso de ser necesario, el aborto se llevaría a cabo dentro de las doce primeras semanas. Pero el matrimonio se tardó más de lo previsto en tomar la decisión y finalmente le pidió que se deshiciera de uno de los fetos, a la décimo tercera semana de embarazo. Helen se negó, alegando que peligraba su vida y la de los niños.

La pareja retiró el trato y amenazó a Helen con llevar el caso a los tribunales de San Diego, California, pero ella se adelantó e interpuso una demanda por fraude, ya que los Wheeler le reclaman \$65,000 dólares, por transferir los derechos de paternidad a otra pareja, ya que ellos no quieren hacerse cargo de los gemelos. Helen no se puede hacer cargo de ellos pues afirma que "no son míos"; ella los

⁵⁰ Crf. Diario EL País, 16 de agosto de 2001, Madrid, pág. 17

quiere dar en adopción, pero según las leyes de California los niños pertenecen a los Wheeler.

Queremos subrayar que este tipo de problemas no son hipotéticos aunque bastaría la sola hipótesis para que el Derecho tuviera que intervenir: Mary Beth Whitehead, estadounidense (New-Hersey) de 29 años ha provocado una auténtica tormenta judicial al negarse a entregar la criatura que tuvo por encargo, amparándose en que el padre podría ser en realidad su marido y no del hombre de quien fue inseminada ⁵¹.

Este tipo de situaciones abre una casuística muy grande: ¿Qué pasaría con el niño si la madre que lo encargó muere?, ¿y si se divorcian? ¿y si la madre subrogada decide abortar?. Así la nueva criatura ha sido un mero instrumento: de ganancia económica para unos; y de satisfacción afectiva para otros.

Podría darse el caso de una mujer capaz de gestar que no quiere soportar el embarazo y acude a otra para que la "sustituya".

Así, aunque el Informe WARNOCK ⁵² recomienda (recomendaciones 57, 58 y 59) que no se comercialice la "maternidad", en realidad ocurre lo contrario: los

⁵¹ Cfr. Diario ABC, 24 de agosto de 1986, Madrid, pág. 33

⁵² Informe WARNOCK, capítulo octavo, 8.18, 8.19.

úteros de "alquiler" cuestan entre 5,000 y 20,000 dólares estadounidenses y en muchos periódicos de ese país se encuentran anunciados.

Se han dado casos de que "madres sustitutas" se han negado a entregar a la madre genética al niño que llevaron en el vientre durante nueve meses (California, 1981), así como madres genéticas se han encontrado, al producirse el nacimiento, psicológicamente incapaces de aceptar al niño tan ardientemente deseado unos meses antes: ¿Qué hacer en casos como éstos? ⁵³.

9. Congelación y almacenamiento de semen, óvulos y embriones humanos

SEMEN: ya hemos dicho que en una unidad FIVET es necesaria la existencia de bancos de semen para disponer de éste, después de congelado y preparado, para realizar una IA o una FIVET.

Interesa subrayar que la malicia principal de este sistema no se encuentra, fundamentalmente, en el modo de obtener el semen - normalmente por masturbación- que es, ciertamente, un acto inmoral, sino en otras consideraciones también aplicables a los óvulos, como son:

⁵³ RODRIGUEZ LUÑO Y LOPEZ MONDEJAR, La Fecundación... cit., pág. 34.

a) Posibilidad de que el proceso de congelación y descongelación dañe a las células.

b) Valoración jurídica de la donación de un gameto que tiene, evidentemente una categoría diferente a la donación de células somáticas, tejidos u órganos ya que, en el caso que nos ocupa, se ésta donando la paternidad.

LOPEZ MONDEJAR y RODRIGUEZ LUÑO⁵⁴ siguiendo el pensamiento de AMBERT consideran que: "la figura del donador de esperma no es equiparable a la del donador de un riñón o de la córnea y, por consiguiente, en que los bancos de esperma no son equivalentes a los bancos donde se conservan órganos vitales para ser transplantados.

En primer lugar el trasplante de un órgano vital es necesario en ciertos casos para salvar la vida de una persona humana. Al margen de los problemas que en ciertas circunstancias pueden plantearse, es indudable que constituye una intervención verdaderamente terapéutica. No puede decirse lo mismo de la IAD o FIV heteróloga. En estos dos últimos supuestos se trata de satisfacer un deseo, una demanda cuya racionalidad debería discutirse detenidamente. En todo caso, no se da una necesidad vital grave y urgente para la existencia personal. Se da a lo más una necesidad psicológica -no siempre psicológicamente normal y equilibrada-, que también podría resolverse a través de la adopción. Pero fundamentalmente se debe notar que un órgano vital (como el riñón) no es en sí mismo comparable con el

⁵⁴ Idem págs. 30 y 31.

esperma. El órgano vital es una parte del "soma", del organismo viviente individual, cuyo funcionamiento es indispensable para la vida humana. La función de la célula espermática no es mantener la vida de quien la recibe, sino la creación de una genealogía que escapa al dominio del individuo que la recibe en su organismo. Estructuralmente y funcionalmente no son casos equiparables. La diferencia se aprecia intuitivamente atendiendo al modo como es vivida por el hombre. ¿Por qué en una donación de esperma la exigencia del anonimato tiene una urgencia y unas características que no existen en los demás casos?, ¿por qué el conocimiento de la identidad del donador pasa a generar un imborrable sentimiento de gratitud a provocar -en los padres y en los hijos- traumas psicológicos difíciles de reparar, que incluso pueden arruinar el matrimonio cuyo equilibrio se quería asegurar?".

c) Complicidad en procedimientos como IA o FIVET con todas las implicaciones morales y jurídicas a las que más adelante nos referiremos.

OVULOS: Le son aplicables a ellos los mismos criterios expresados para los espermatozoides.

EMBRIONES: La congelación de embriones humanos es una "exigencia" derivada de dos realidades: los embriones sobrantes de la FIVET y la producción de embriones para estudios científicos.

9.1 Embriones sobrantes en los procedimientos de FIVET

Hemos visto que por la necesidad de aumentar las posibilidades de conseguir el embarazo deseado, los equipos médicos suelen recurrir al ciclo inducido para poder fecundar **in vitro** varios óvulos e intentar el **transfer** simultáneo de varios embriones al útero materno y puedan conservarse, además, otros embriones de reserva que se congelan para utilizarlos más adelante en la misma paciente o en otra pareja (donación de embriones) o en la investigación.

Esta posibilidad, amén de sus implicaciones morales, presenta serias dificultades en el terreno jurídico:

a) Supongamos que el Derecho vigente de un país prohíbe estos procedimientos, pero, por determinadas causas se presenta el caso de un embrión congelado: ¿qué hacer?, ¿quién está obligado a transferirlo?, ¿a quién se le transfiere?

b) Si el Derecho lo permite, ¿qué pasaría, por ejemplo, en el caso de que haya un desacuerdo entre los cónyuges que aportaron los gametos?, ¿o en caso de muerte de ella?, ¿o en el caso de divorcio?

c) ¿Qué responsabilidad -civil y/o penal- incurren los que aportaron los gametos; los que realizaron la FIVET; o los que se niegan al **transfer**, etc.?

El Dr. LOPATA que encabeza el equipo médico de Australia se expresa de la siguiente manera: "El beneficio del transferimiento de múltiples embriones consiste en la mayor probabilidad de conseguir un embarazo; el riesgo está en una mayor incidencia de embarazos múltiples y en la posibilidad de embarazos ectópicos. El destino de los embriones sobrantes es el dilema moral"⁵⁵.

Las estadísticas que dan algunos autores⁵⁶ señalan que si se hace el **transfer** de un solo embrión, la posibilidad de conseguir un embarazo es del 11%; este porcentaje aumenta progresivamente hasta llegar a un 38% cuando el **transfer** es de 4 embriones a la vez.

Todo esto nos lleva a considerar:

a) La sobreabundancia y por tanto el destino de los embriones no transferidos (en la actualidad se recogen 5 ó más óvulos en las laparoscopias).

b) El elevado número de abortos antes de **transfer**.

⁵⁵ LOPATA, A., "Concepts in human vitro fertilization and embryo transfer" en Fertility and Sterility, 40/3, 1983, pág. 298.

⁵⁶ Los autores RODRIGUEZ LUÑO Y LOPEZ MONDEJAR recogen diversas fuentes: LOPATA, SPEIS, GRONOW, KELLOW, JOHNSTON, etc., reflejan todos ellos, el altísimo índice de mortalidad que sufren los embriones que se pretenden implantar. Cfr. RODRIGUEZ LUÑO Y LOPEZ MONDEJAR, La fecundación... cit., pág. 45.

c) El elevado número de abortos después del **transfer** y antes de la implantación.

d) El aumento en el índice de abortos espontáneos después de la anidación de los embriones cultivados **in vitro**.

Es obligatorio añadir que, en ocasiones, las técnicas FIVET sirven de pretexto para que, al tiempo que se busca "remediar la esterilidad", se consigan embriones para fines de investigación.

Este hecho lo constata la denuncia que en 1983 hizo el Colegio Nacional de Médicos de la Gran Bretaña a los Dres. EDUARDS y STEPTOE -iniciadores de la aplicación a la reproducción humana de la FIV- por haber comenzado a cultivar los embriones sin intención de hacer el **transfer** pues el objetivo de sus trabajos era, además de "solucionar" la esterilidad de los padres; disponer de embriones humanos para una experimentación de la que se obtendrían "innumerables beneficios" : la contracepción inmunológica, el uso de tejidos embrionarios para transplantes, los estudios sobre el cáncer, la posibilidad de elegir el sexo de los futuros niños, el diagnóstico precoz de anomalías genéticas, la posibilidad de hacer clonaje, etc.

Se tiene conocimiento, además, que se están dedicando esfuerzos para desarrollar etapas de la técnica de reproducción artificial, como el intento de cultivar ovarios y el desarrollo de placentas artificiales, que permitirían el desarrollo

embrionario fuera del claustro materno, lo que aumentaría la disponibilidad de seres humanos al servicio de la experimentación ⁵⁷.

EDUARDS ha hecho patente la necesidad de embriones humanos para la experimentación cuando en 1981 dijo que: "si se usa la estimulación ovárica se pueden tener **spare-embryons** para estudios embriológicos" y, de modo más explícito en 1982 que "pronto la estimulación ovárica permitiría tener tres, cuatro o más embriones: dos serán transferidos a la madre y los otros dos podrán ser desarrollados hasta el estado post-implantación" ⁵⁸.

La posibilidad de "utilizar" embriones humanos puede tener repercusiones insospechadas: los periódicos han hablado de una pareja en los Estados Unidos que ha pedido comenzar un embarazo con el objeto de utilizar los riñones del feto para el padre, que es gravemente nefrítico ⁵⁹.

No queremos terminar este epígrafe sin mencionar la utilización de embriones y fetos humanos para fines comerciales (cosméticos) que los periodistas LITHFIELD y KENTISH denunciaron en 1974. Diez años después, en 1984 el mismo suceso fue probado por JACQUINOT y DELAY. El diputado del parlamento belga

⁵⁷ Dato tomados de LOPEZ MORATALLA, Natalia, "Experimentación en fetos humanos", en Deontología Biológica, Revista de la facultad de Ciencias de la Universidad de Navarra, II, Pamplona, 1985, pág. 68.

⁵⁸ Cfr. RODRIGUEZ LUÑO Y LOPEZ MONDEJAR, La fecundación...cit., pág. 49.

⁵⁹ Idem pág. 50.

GEYSELINGS intervino con claridad ante este organismo: "todos lo sabemos: algunas mujeres embarazadas que no desean la prole son pagadas para prolongar el embarazo hasta el sexto o incluso hasta el séptimo mes, de modo que puedan ceder un feto lo más desarrollado posible a la investigación científica y a la industria de los cosméticos. El comercio internacional es un dato de hecho" ⁶⁰.

10. Empleo más extendido de estas técnicas

Las figuras hasta aquí descritas -IA, FIVET, TIG, donación de gametos, madres subrogadas- tienden a "paliar" la esterilidad, sin embargo, quedan abiertas las posibilidades de continuar las investigaciones -dejando la esterilidad- para proyectar los resultados en el empleo de otras técnicas. Nos limitaremos a mencionar la eventual extensión de estas técnicas sin el propósito de explicar el desarrollo de la misma técnica científica en la calificación moral y jurídica de la misma ya que les son aplicables las mismas razones de antijuricidad propias de la IA, FIVET, TIG y aborto.

En cuanto a la transmisión de enfermedades genéticas podríamos afirmar que los descubrimientos y avances científicos en la genética hacen que se puedan conocer, en términos generales, los principios que rigen la transmisión de las enfermedades genéticas y la probabilidad de transmisión de una enfermedad

⁶⁰ Idem pág. 53.

hereditaria. De ahí que, en ocasiones, se recurra al estudio de un diagnóstico prenatal (cuando se trata de un embrión que ya se encuentre implantado en el útero de la madre) o de un diagnóstico genético de preimplantación (a embriones que no se encuentran implantados) que faciliten y sean un medio de detección de anomalías o trastornos genéticos, lo que en algunos países confiere a los padres el "derecho" de abortar, en el primer supuesto, o de desechar embriones en el segundo, pudiendo con el consentimiento de los donadores, ser utilizados para la investigación.

El Informe WARNOCK ⁶¹ recomienda "una técnica que dé paso a la donación de óvulos o semen sin material genético ligado a la enfermedad hereditaria", por lo que afirma, "recomendamos que debería constituir una práctica aceptada; ofrecer gametos y embriones a las personas en peligro de transmitir enfermedades hereditarias".

Como se puede observar es ésta una ampliación de las técnicas de IA y FIVET que recomienda ya no sólo la donación de gametos sino que, en algunos casos, sugiere la donación de embriones.

Otra extensión de estas técnicas serían la identificación del género y la selección del sexo.

⁶¹ Cfr. Informe WARNOCK, cit., capítulo noveno, 9.3.

En cuanto a la primera consiste en que cuando se sabe que uno de los miembros de la pareja es portador de una afección hereditaria relacionada con el sexo (hemofilia, distrofia muscular de Duchenne, daltonismo), se realizan una serie de procedimientos médicos con los cuales se puede identificar el sexo del embrión antes de ser implantado, lo que no llevaría consigo implicar a la madre en un proceso abortivo, ya que el embrión perteneciente al sexo en el que se manifiesta la afección incapacitante no serían implantados al útero sino que se destruirían ⁶².

Es obligado aclarar que en esta hipótesis la tara no se transmite siempre, sólo es posible hablar de probabilidad de transmisión la cual es variable según el caso que se considere.

En cuanto al segundo procedimiento -selección del sexo- se trata de una suerte de centrifugado de esperma que separa el componente masculino del componente femenino, lo que hará posible, al parecer, utilizar el gameto elegido para la fertilización que se realizaría mediante IA, TIG o FIVET; por lo cual la pareja podrá seleccionar el sexo deseado.

⁶² Cfr. Informe WARNOCK, capítulo noveno, 9.6, 9.7 y 9.8.

11. Posible evolución futura de la investigación

A continuación solo nos limitaremos a mencionar la posible evolución futura de estas técnicas:

a) Fecundación entre especies - actualmente se utiliza en el test de **Hámster** consistente en analizar la fertilidad del varón fecundando el óvulo de un **hámster** con el esperma de éste. El embrión resultante no ha podido desarrollarse más allá de la fase bicelular. Sin embargo existe la posibilidad de fecundación en otras especies, por lo que se crearían criaturas híbridas semihumanas. Consideramos que es impropio e indigno para la persona humana el que se realice una fecundación inter-especies, pero también consideramos que el embrión que eventualmente pueda resultar no es un embrión humano en sentido estricto. La ilicitud de estas combinaciones radica en la dignidad de la persona humana y en la moral natural.

b) Ectogénesis - hay quienes afirman que según se vayan desarrollando las técnicas actuales podría llegar un momento en el que, por períodos de tiempo progresivamente mayores, se consiga desarrollar los embriones y los fetos en un medio ambiente artificial, hasta lograr la procreación total de un niño **in vitro**. La ectogénesis haría posible un estudio detallado del desarrollo humano en sus fases embrionica y fetal.

c) Utilización de embriones humanos para comercializarlos - cabe la posibilidad de realizar, con fines comerciales, una producción masiva de embriones **in vitro**.

d) Gestación de embriones humanos en otras especies - esto es en realidad, al igual que la ectogénesis una utilización de embriones humanos para la experimentación.

e) Biopsia del embrión – actualmente es posible descubrir, en una fase inicial del desarrollo del embrión, ciertos defectos genéticos y si cabría la posibilidad de introducir un gen de sustitución que remediara ese fallo, entonces se produciría un embrión genéticamente normal.

f) Racismo - cabría la posibilidad de selección biológica que podrían conducir a dar a estas prácticas un carácter terriblemente zootécnico y racista.

g) Clonación - es la producción de dos o más individuos genéticamente idénticos, los gemelos humanos son el resultado de una clonación natural. Un posible proyecto es el siguiente: separación de unas células de una mórula de sexo femenino antes de ser implantados para completar su gestación, desarrollo de estas células hasta blastocisto y congelación. Cuando haya llegado a la edad adulta tendrá la posibilidad de completar en su útero su propia copia; una hermana gemela

con 15 o 20 años de diferencia⁶³. Estos experimentos son ya una realidad en animales.

h) Utilización de óvulos de fetos abortados para tratamientos de infertilidad – el cual permitiría el nacimiento de una persona creada a partir de una persona proveniente de una madre que nunca existió para el Derecho, pues se utilizaron sus óvulos cuando ésta se encontraba en estado fetal. Esta técnica ha sido probada con resultados satisfactorios en ratas de laboratorio y los investigadores opinan que podría ser aplicada a humanos con garantía de éxito.⁶⁴

i) El trasplante de células de testículos humanos a ratones- el fin es crear ratones productores de semen humanos.⁶⁵

⁶³ Hemos tomado este ejemplo de LOPEZ MORATALLA, "Manipulación...cit., págs. 118 y 119.

⁶⁴ Cfr. Diario El Financiero, México 4 de enero de 1994.

⁶⁵ Cfr. <http://www.el-mundo.es/salud>.

CAPITULO II

PRINCIPIOS QUE RIGEN A LA MATERIA

1. Algunas consideraciones preliminares

Nos parece que antes de abordar el tema desde la perspectiva del Derecho mexicano, es preciso determinar nuestra postura personal en torno a los principios que se ven seriamente afectados al emplearse las técnicas a que nos hemos referido. Si bien es verdad que el dictamen de un jurista no debe abarcar los aspectos biomédicos de la cuestión y sus implicaciones morales¹, también es igualmente cierto que tales aspectos e implicaciones están extraordinariamente interrelacionadas. En efecto, el jurista ha de partir de referencias biológicas que le vienen dadas y no puede, evidentemente, desprenderse de sus convicciones morales y menos aún cuando éstas encuentran su **ratio** en la naturaleza del hombre (que por cierto nos viene dada de modo tal que ninguna autoridad civil o confesional puede disponer de ella).

No podemos, en suma, adoptar una postura relativista como lo que proponen los textos legislativos de la regulación española en esta materia ².

¹ SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, Informe para la Comisión Especial de estudio sobre la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas, presentado al Congreso de los Diputados, Cizur, 1985, pág. 1.

² Cfr. Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, aprobada y publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 31 de octubre de 1988, Madrid. En la cual se adopta lo que se denomina "ética Civil" que se define como "aquella cuya validez radica en una aceptación de la realidad con una cedencia al servicio del interés general" si bien reconoce que "queda entonces por definir qué

El estudio de estas cuestiones nos ha resultado, a veces, un tanto cuanto sorprendente, al menos en algunos de sus planteamientos. No es fácil asimilar que en razón de que algunas "parejas" en edad fértil no pueden tener hijos hayan de cuestionarse instituciones fundamentales tales como la familia y el matrimonio; los conceptos mismos de paternidad y maternidad; el valor de la vida humana; etc. Se habla también de un "derecho a tener hijos", de un "derecho patrimonial" sobre los embriones. La disponibilidad de los gametos y del cuerpo humano (útero), así como la disociación antropológica de la sexualidad, contribuyen también a una cierta turbación. Creemos, en definitiva, que se está perdiendo el rumbo: el solo cuestionamiento atinente a si una mujer sola, o más aún, si una pareja homosexual debe de tener acceso a estos medio de reproducción asistida, avalan, a nuestro juicio, esta afirmación.

Es prácticamente unánime la preocupación de la doctrina y de los textos prelegislativos, comisiones **ad hoc**, reportes, proposiciones de ley, etc., que se han dado en muchos países, por el bienestar del hijo. Entendemos que su bienestar está, precisamente, en evitar estas manipulaciones. No es posible formular una

critérios de la ética o de los diversos modelos éticos (iusnaturalista, evolucionistas, utilitaristas, consensualista, etc.) de forma seguramente interrelacionada, bien sea los que estimen aceptados y asumidos en la Constitución o los que la contradicen y hayan de rechazarse, bien aquellos que sin derivarse expresamente de ella ni contradecirla podrían representar el "sentir de la mayoría" o que, no deja de constituir un comodín ideológico, ambiguo y peligroso". Cfr. SANCHO REBULLIDA, francisco de Asís, los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T.I., Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, págs. 4 y 5.

legislación justa (por ejemplo, la adecuada regulación de las relaciones paterno-filiales), cuando los presupuestos originarios (IA, FIVET, TIG, etc.) son permitidos y resultan, a todas luces, injustos.

No pretendemos, desde luego, elaborar un dictamen moral de cada una de las cuestiones implicadas, pero tampoco es posible una neutralidad ideológica. La solución que el jurista proponga ha de presuponer unos criterios éticos que serán, evidentemente, los propios y cuya idoneidad será más adecuada en tanto y cuanto sean derivados de la naturaleza humana.

A nadie debe sorprender un planteamiento así³. Los propios textos prelegislativos, informes, reportes, etc.⁴ contienen un sinnúmero de cuestionamientos éticos, aunque casi siempre convencionales: véase, por ejemplo, las propias Recomendaciones del Comité de Expertos para los Estados miembros del Consejo de Europa⁵.

Si bien es verdad que estos textos prescinden, a mi juicio, de cualquier sentido ético trascendente, no deja de notarse que los principios recomendados

³ Porque el decir de SANCHO REBULLIDA, " Particularmente delicada es la relación de Moral-Derecho. Pues en definitiva, cuando la moral natural se proyecta sobre una realidad social necesitada de ordenación jurídico-positiva, se manifiesta, en buena parte, como Ley Natural. No olvidemos que el orden natural y el orden jurídico se han representado como dos círculos concéntricos, de distinta longitud de radio - mayor el moral- determinado por el respectivo fin moral y jurídico. (Cfr. SANCHO REBULLIDA, informe ...cit, pág. 6).

⁴ Véase, por ejemplo, WARNOCK, Mary, Informe de la Comisión Investigadora sobre la fertilización Humana y Embriología, Reino Unido, 1984.

⁵ Cfr. DIEGO LORA, Carmelo de, Información sobre futuras normas jurídicas relativas a la fecundación in vitro y la Inseminación Artificial humanas, Pamplona, 12 de febrero de 1986, artículo mecanografiado, págs. 3 y ss.

tienden a restringir la aplicación práctica de los fenómenos en los que se manifiesta la procreación artificial. Esta se muestra casi siempre como un remedio subsidiario, para cuando hubiera fallado cualquier otro método de solución de la infertilidad, y haya desaparecido perspectiva alguna de éxito, o cuando se trate de evitar transmitir al niño una enfermedad hereditaria (ctr. principio n.2). Asimismo se prohíbe el uso de la procreación artificial para la selección del sexo del futuro niño (principio n. 3). Se estima que no debe permitirse la procreación artificial con semen de su marido o compañero muerto (principio n. 11). Y, porque se considera al embrión ya un ser humano, se recomienda a los estados miembros que en la fecundación *in vitro* el número de embriones quede estrictamente limitado al número necesario para conseguir el éxito de la procreación; a esto se añade por un grupo de la Comisión de Expertos que, si es posible, deben ser implantados todos los embriones (principio n. 17.1) etc.

Abordaremos pues aquellos temas de contenido ético que por su inmediata derivación de la naturaleza humana, corresponden a convicciones nuestras arraigadas y no susceptibles de transacción en aras al consenso.

Son tres los principios fundamentales que, a mi juicio, deben regir esta materia: el principio pro-vida, el principio de familia, y, por último, el principio de la verdad biológica.

2. El principio Pro-Vida

En el capítulo I y al amparo de muy solventes conclusiones científicas nos hemos pronunciado con claridad y firmeza en favor de la vida desde el instante mismo de la fertilización sin que resulte necesario cualquier ulterior desarrollo. Y esto no puede ser de otra manera. Aunque en su momento estudiaremos la condición y el estatuto civil del **nasciturus**, queremos ahora enfatizar que el llamado derecho a la vida no es asunto que derive ni de las leyes ni de la democracia: deriva de Derecho Natural por lo que las construcciones jurídicas o doctrinales -"bien protegido constitucionalmente" o "persona civil" (artículos 22 y 337 del Código Civil)- y otras consideraciones, también biológicas -preembrión, línea primitiva, implantación, embrión, blástula, etc.- no añaden ni modifican el derecho a vivir. "Solo el auténtico derecho natural y no la política es la base inmovible de los derechos humanos ⁶. -y el derecho a la vida es el primero y fundamental de ellos-. "En política basta una votación o la fuerza de un grupo para que un derecho o muchos en bloque se esfumen". De aquí que, partiendo de la tesis que sostiene la ciencia más autorizada ⁷ y en la que el jurista no está capacitado para definir ni acotar porque no cuenta con los medios que su técnica le proporciona, éste debe

⁶ HERVADA, Javier, " El comienzo del Derecho a la vida en la Declaración Universal de Derechos Humanos" en Escritos de Derecho Natural, Pamplona, 1986, pág. 643.

⁷ El Congreso Suizo (CONGRES SUISSE DE BIOETHIQUE, " L' Embryon: Un Homme" en Actes du Congress de Lausanne, Lausanne Chuv, 8-9 de noviembre de 1986 (sesiones), 1987 (libro) ha definido con toda claridad que la vida empieza en la fertilización.

ser honesto para no desvirtuar y acomodar a sus intenciones -o a las intenciones de los científicos- una realidad que le viene dada.

DE LA OLIVA, contempla el asunto desde el expreso punto de vista de la verdad, objeto de la razón y afirma que "la verdad es que el aborto -y la FIVET según lo expuesto, conlleva una multiplicidad de ellos-, no solo acaba con la vida de seres humanos, sino que lleva camino de construir la muerte del Derecho verdadero...". Considera que: "en ningún otro tema o asunto como en el de la muerte voluntaria de seres vivos, aún no nacidos, se ha ensañado más la mentira, el disimulo y ocultamiento de la verdad -casi peor que la mentira- y la destrucción constante del conocimiento racional".⁸

El aborto voluntario y las campañas pro-aborto o la aceptación del aborto son de obligada referencia y se engendran por el egoísmo, "pero su otro gameto", dice el mismo autor, -"sí se me permite el simil- no es sino una negativa, en muchos casos inmersos en lo patológico, a reconocer la verdad. O se niega la verdad de que el embrión o el feto es un ser humano, o conociendo tal verdad y reconociendo como tal, se niega que sea reprobable poner fin a la vida de ese ser humano"⁹. A partir de la negación de la verdad, tienen que encadenarse las mentiras, intentando cubrir la

⁸ OLIVA SANTOS, Andrés de la, "¿ Nasciturus o Moriturus ?", en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, No. 4, Madrid, julio-agosto de 1986, págs. 1 y ss.

⁹ Así parece que ocurre en la práctica. Hay algunos autores que al tratar el tema reconocen la verdad y después de afirmar que el inicio de la vida empieza con la fertilización no parece lo suficientemente manifiesta su interpelación a la FIVET. (por ejemplo LLEDÓ YAGUE, Francisco, Fecundación Artificial y Derecho, Madrid, 1988, págs. 81 y ss.).

gran mentira primera, intelectual (el embrión no es un ser humano), o moral (matar al embrión no es malo)" ¹⁰.

Cabe afirmar con HERVADA que, "dentro de la que pudiéramos llamar geografía de los Derechos Humanos, los países donde están implantados, hay todavía unos grandes marginados: los no nacidos. Un sector de la humanidad no reivindicadora, porque es una humanidad silenciosa, sin poder hacer más ruido que el que haga la propia conciencia de los nacidos. Ahora el grupo que reclama y disfruta de los derechos humanos, poniéndolos a su servicio, con frecuente olvido de otro gran grupo, es el de los que han conseguido nacer. Sigue persistiendo la extraña paradoja ¿No oímos y leemos de qué forma los derechos humanos son enarbolados por algunos como bandera para defender el más brutal ataque a la vida del no nacido? ¿No se está defendiendo la interrupción mencionada de la gestación con apoyo de falsos derechos humanos? Y son falsos porque, ni existen por Derecho Natural -del cual suelen aborrecer quienes tal cosa hacen; ya se cuidan ellos de negar que ese derecho exista-, ni aparecen por ningún lado en las declaraciones de derecho. Por el contrario, un análisis riguroso de la Declaración Universal de Derechos Humanos nos muestra que allí donde hay un ser humano, allí existe el derecho a la vida. Y ese derecho a la vida debe ser protegido por las leyes estatales" ¹¹.

¹⁰ OLIVA SANTOS de la, " ¿Nasciturus ...cit, págs 1 y ss.

¹¹ Cfr. HERVADA, Javier, " El comienzo del derecho a la vida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos", en Revista de medicina de la Universidad de Navarra, XXI, No 1, Pamplona, 1977, págs. 91 y ss.

El principio pro-vida comporta el compromiso legal de que al embrión se le permita, llegar al nacimiento. Por tanto, también, la prohibición de cualquier intervención sobre el mismo que no sea realizada exclusivamente en beneficio suyo.

La equiparación entre **nasciturus** y embrión es estudiada por MORO ALMARAZ¹² quien, después de algunas apreciaciones, concluye que "la realidad del concebido y no nacido, dentro o fuera del útero materno, es la misma, los fines idénticos y la intervención del Derecho se fundamentan en su condición humana cualquiera que sea el grado de la evolución de la ciencia".

Cualquier ley que permitiera el empleo de las técnicas descritas, (como lo es en la actualidad el Código Civil para el Distrito Federal) sería un cuerpo extraño en el ordenamiento jurídico mexicano, una contribución importante en la esquizofrenia del Derecho que conduciría a conflictos teóricos y prácticos. Y esto es así porque el recurso de la FIV significa que hay en el Derecho positivo valores (?) superiores a la vida humana, lo que supondría en palabras de ANDRÉS DE LA OLIVA, "una subversión regresiva del Derecho. Y sería un cambio retardatorio de tal magnitud que, por ejemplo, la muerte dejaría de ser un hecho jurídico (casi el hecho jurídico típico) para ser, en numerosas ocasiones, un acto jurídico"¹³.

¹² MORO ALMARÁZ, Ma. de Jesús, Aspectos civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro, Barcelona, 1988, págs. 126 y ss.

¹³ OLIVA SANTOS de la, ¿Nasciturus ...cit, pág. 185.

Es evidente que frente al valor-vida no se alza en el caso de FIVET ningún otro valor (o bien jurídico) ante el cual pueda el primero claudicar. Nos resulta incuestionable que el "valor vida humana", sea superior al "derecho a la protección a la salud", que pudiera alegar -admitiendo a efectos dialécticos que la FIVET es una terapia curativa de la infertilidad- una pareja o una mujer sola. Es, pues, indefendible que tener un hijo -incluso si fuere con gametos de la pareja- deba prevalecer respecto de la pérdida de vidas humanas.

No caben otros derechos fundamentales cuyos fines como la investigación científica, justifiquen el sacrificio deliberado de vidas humanas, por tanto, la producción artificial de embriones, a partir de la manipulación de gametos, es contraria a este principio informador de nuestro Derecho.

Y ésto porque se trata de producir vidas humanas ¹⁴ destinadas antes de nacer, a morir, sin que la intención diferente del agente médico pueda impedirlo: simplemente así es. En el capítulo I se contienen los resultados de la FIVET de donde se concluye que cualitativamente el porcentaje de embriones perdidos es muy superior a los que puedan perecer mediante su producción natural¹⁵. Y,

¹⁴ ZANNONI, Eduardo, La genética actual y el Derecho de Familia, ponencia presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, abril de 1988, pág. 51.

¹⁵ El Informe de la Comisión de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas (presentado al Congreso de los Diputados cit. pág. 100) aduce en contra que: " tal y como en día se realiza la FIV y con la congelación de embriones en márgenes de mucha seguridad, estimamos que no han de producirse pérdidas de embriones sistemáticamente, ni mayores que la producidas en el embarazo natural (...)" . " Con todos los aspectos -afirma SANCHO REBULLIDA- digo que esto es científicamente insostenible: científicos de toda solvencia aseguran que es imposible conocer -y sin conocer es imposible comprobar- la pérdida de embriones que se producen en los embarazos naturales. Pero, además, en todo caso estas pérdidas no son muertes causadas por el hombre, sino por un accidente puramente natural: el argumento justificativo evoca, en alguna

cuantitativamente, porque se producen, siempre, voluntariamente, a ciencia y conciencia de grave riesgo de perecimiento; y en hipótesis frecuentes (embriones sobrantes, defectos o enfermedad congénita, etc.) destinado de antemano a ser destruidos por quien los originó con su manipulación.

Y ello, incluso limitando la manipulación a los catorce primeros días en último término existe la duda (solo admitida a efecto dialéctico) de que se trata de un ser humano para que, el Derecho prohíba atentar contra la "posible" vida de un ser humano, lo que sería suficiente argumento para excluir toda intervención destructiva o instrumentalizante -nunca se debe de admitir y autorizar el riesgo de matar a un hombre- del mismo modo que uno debe de abstenerse de disparar en la oscuridad a una figura que no se distingue bien pero que pudiera ser hombre.

Por su parte, HORTAL ALONSO¹⁶ dice que: "de las características que van apareciendo en el proceso de la gestación que va de la fecundación al parto, el momento de la implantación y formación de la cresta neural, a partir de la cual ya no es posible ni la gemelación ni la fusión de embriones, merece una consideración atenta, ya que en este momento se producen modificaciones importantes respecto a la viabilidad y a la individualidad del embrión. Sacar de aquí la consecuencia ética

medida, al que tratara de legitimizar la guerra de agresión con referencia a las inundaciones y terremotos; en el mejor de los casos a los accidentes de circulación". (Cfr. SANCHO REBULLIDA, Los estudios ...cit., pág. 17).

¹⁶ HORTAL ALONSO, AUGUSTO, "Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro. Aspectos Éticos", en Revista de Teología y ciencias Humanas; Universidad Pontificia de Comillas, vol. 44, No 84, Madrid, enero-julio de 1986, pág. 80.

de que es lícita la experimentación con embriones humanos en los primeros catorce días que siguen a la fecundación responde más a los deseos de investigar experimentalmente con embriones humanos que al hecho de que en cualquier caso se trata de una vida humana que en circunstancias normales evolucionará hacia el nacimiento de al menos un ser humano".

"De aquí que- como muy bien razona MORO ALMARAZ¹⁷- es muy peligroso haber llegado el momento en que, no sólo se delimita el 'derecho' a la vida del concebido por la concurrencia de otros intereses en conflicto, sino que se realizan divisiones, no unánimemente aceptadas, que no pretenden sino reservar algunos estadios en el crecimiento del cigoto para realizar operaciones que suponen en un quebrantamiento de su integridad, de su capacidad u oportunidad de desarrollo e implantación y, en consecuencia, la posibilidad de su posterior nacimiento".

Por su parte y desde otra perspectiva, ALBIN ESER¹⁸ afirma que "incluso quien llegue a estimar que es rechazable la existencia de un derecho autónomo a la vida cuando se trata de la vida humana dependiente, es decir, cuando todavía no se ha producido el nacimiento, tendrá que admitir que hay una forma peculiar de una vida (y no poco más que puramente vegetativa) en el óvulo de una mujer que ha sido fecundado con el semen de un hombre. Y si esto es así, ¿Deberá permitirse que se

¹⁷ MORO ALMARAZ, Aspectos...cit, pág. 361 y ss.

¹⁸ ESER, Albin, " ¿ Genética gen-ética, Derecho genético? ", en La Ley, año VII, No 1397, Madrid, 25 de febrero de 1986, pág. 3.

manipule o, incluso, destruya a capricho? Quien aún así, considerarse la respuesta afirmativa, basándose en que dicha vida no cuenta con un portador del bien jurídico, debería pensar que en otros casos el ordenamiento jurídico protege algunos bienes materiales incluso contra sus propietarios, en el supuesto de que parezcan suficientemente valiosos, como sucede, por ejemplo, con los objetos integrantes de una colección artística. Una buena explicación parcial de por que, por el contrario, tenga que quedar en la práctica "fuera de la ley" el embrión fecundado artificialmente, y que de esta forma pueda ser objeto igualmente de cualquier experimentación, estaría en creencia de que lo que ha creado se puede también destruir libremente"

No desconocemos ni la sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania del 25 de febrero de 1975 que establece que "según los conocimientos fisiológicos y biológicos la vida humana, existe desde el día catorce que sigue a la fecundación", ni la reunión que bajo los auspicios de la Fecundación Europea de la Ciencia, se verificó en Londres los días 5 y 6 de junio de 1986 en la que presentaron una comunicación suscrita por los Consejos Médicos de Dinamarca, Finlandia, República Federal de Alemania, Italia, Suecia, Reino Unido, Austria y Bélgica, en el que se propician por la diferenciación entre el preembrión y el embrión que no supone, a nuestro juicio, novedad alguna como tampoco la supone, la diferenciación entre mórula y blástula. "Embrión -dicen-, es el término tradicionalmente utilizado para designar el estadio de desarrollo marcado por el

principio de la organogénesis, que se caracteriza por la aparición de la línea primitiva, momento en que se sabe con certeza si se está en presencia de un individuo único o, por ejemplo, gemelos. Designar, en fin, el conjunto celular hasta la aparición de la línea primitiva"¹⁹.

Ahora bien, ¿esta diferenciación pedagógica o científica si se quiere (como la que diferencia al púber del impúber) modifica en algo la realidad objetiva (también científicamente y ontológicamente) de que solo el preembrión (que luego será embrión y feto y niño y adulto y anciano) si se le permite desarrollarse, formando tras la fusión de gametos, nacerá un ser humano?.

Estas diferenciaciones -en tanto instrumentadas como parecen estarlo- nos parecen muy peligrosas. Cada vez nos hacemos más insensibles al respecto de la persona desde su concepción hasta su extinción. Los más débiles en el principio o en el fin de su existencia están pasando poco a poco a ser algo muy diferentes a seres humanos. La terminología -preembrión- no tiene, en el fondo, más importancia que poder disponer del donante catorce días limitando así las actuaciones no toleradas más allá de ese plazo. Se trata de un término que ayuda a disfrazar los hechos, a paliarlos y a difuminarlos.

¹⁹ Cfr. Anexo H del Documento 5628 del 12 de septiembre de 1986, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

Pues bien, como dice SANCHO REBULLIDA,²⁰ "en este orden de cosas creo que es clave y caballo de batalla el concepto mismo de preembrión o embrión preimplantatorio las consiguientes licencias destructivas son, también a nuestro juicio, biológicas y jurídicamente recusables. Los gametos, son simples células, ni siquiera son órganos y cuyo control jurídico habrá de limitarse a su potencialidad fecundante, a cuando, precisamente, dejan de ser gametos para convertirse, con el del otro sexo, en embrión. Así también, los preembriones -al igual que los embriones- son seres humanos vivos, con su programa genético completo y definitivo, capaces de llegar a ser personas independientes sin que se les añada ya ningún potencial intrínseco, y si, solamente, facilitarles las condiciones extrínsecas de desarrollo, de sucesiva actuación de la potencia inicialmente completa, mediante la progresiva organogénesis."

En cuanto a la legislación española algunos textos²¹ estiman que el preembrión "se desarrolla en una cierta incertidumbre genética" por lo que "no hay ser humano individualizado lo que permitiría considerar este período de la vida embrionaria a efectos de manipulaciones reguladas y condicionadas. Dicho de otro modo, en esta fase el preembrión no se presentaría como objeto de protección en cuanto ser humano al no poder garantizarse que ya sea individualizado (...). El embrión, al menos durante este período que referimos, no es persona ni se le tiene

²⁰ SANCHO REBULLIDA, Los estudios ...cit, págs. 10 y ss.

²¹ Informe presentado al Congreso de Diputados, Comisión Especial de Estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas, presidente Marcelo Palacios, Madrid, 6 de marzo de 1986, pág. 106. Y cfr. Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (122/00062) en Boletín Oficial de las Cortes Generales, congreso de los diputados, Madrid, 28 de diciembre de 1988, apartado II.

como tal. "En consecuencia (...) se acepta que sus distintas fases son embriológicamente diferenciables, con lo que su valoración desde la ética y su protección jurídica también deberán serlo lo cual permite ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo y a su interpretación social sin distorsiones".

"Parten, pues -como dice SANCHO REBULLIDA-²² de la ecuación vida humana "ser humano individualizado: y de que "la individualización viene dada por dos propiedades: unicidad (ser único e irrepitable) y la unidad (ser uno solo) (...) la unidad puede estar contradicha biológicamente en los seres humanos (los fenómenos llamados quimeras) (...) y la unicidad(...) puede estarlo con los gametos monocigóticos (...) un embrión ya no puede dejar de ser lo que es a partir del día catorce de la fecundación cuando aparece el primer tejido nervioso con la cresta neural y coincidiendo con el final de la implantación"²³. Se viene aceptando el término preembrión para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado catorce días más tarde cuando anidada establemente en el interior del útero -acabado el proceso de implantación que se inició días antes- y aparece en él la línea primitiva.

²² SANCHO REBULLIDA, Los estudios ...cit, pág. 11.

²³ Cfr. Informe Palacios, cit., pág. 48.

A SANCHO REBULLIDA no le parece convincente este planteamiento desde el punto de vista de la protección jurídica de la vida humana y a nosotros tampoco.²⁴ Creo que es una solución transaccional que en su día adoptó el Informe WARNOCK y siguieron, después, otros textos de Derecho Comparado²⁵, transacción entre quienes demandaban manipulabilidad de los embriones para sus investigaciones genéticas y quienes reclamaban el más exquisito respeto a la vida: solución transaccional situada en los catorce días sin un fundamento biológico riguroso. Y a nosotros nos parece que no es esta materia susceptible de transacción.

Es muy discutible -y muy discutido de hecho en la ciencia biológica- que falte unidad y unicidad en el embrión antes de los catorce días siguientes a la fecundación del óvulo; las fusiones y otras quimeras jamás se han logrado en embriones humanos, y la clonación y producción de gametos idénticos exigen manipulación extrínseca sobre los mismos²⁶ con lo que difícilmente pueden ser admitidas como definitorias del ser humano. Y amplios sectores científicos, solventes y de muy diversa extracción ideológica, niegan que la vida "aparezca" al "finalizar" la anidación (lo cual tampoco es matemática y universalmente a los catorce días de la fecundación) y que tal hito del desarrollo del embrión no supone

²⁴ LLEDÓ YAGUE comparte el criterio de quienes argumentan que, desde la fecundación, se constituye un ser cuyos caracteres genéticos son indiscutiblemente humanos, que prefiguran la absoluta originalidad e irrepetibilidad del individuo humano (...). Cfr. LLEDÓ YAGUE, Fecundación ...cit., pág. 81.

²⁵ SANCHO REBULLIDA, Los estudios ...cit., pág. 12.

²⁶ Lo cual no significa que cuando se producen naturalmente falte la unicidad: no se ve por qué haya de enfocarse el asunto bajo una óptica morfológica si biológica y molecularmente ya está programada la división gemelar.

sino aumentar las esperanzas de progreso en el ser humano ya vivo desde la fecundación del óvulo.

Por su parte -dice SANCHO REBULLIDA- "la adopción de la aparición de la cresta neural como criterio delimitador de la vida humana y su manipulabilidad o no, me parece que es desplazar el criterio de la dignidad humana al de la sensibilidad vital, desplazamiento larvado y subconsciente que se aprecia incluso en algunas valoraciones sociales: hay quienes lo contemplan con indiferencia la destrucción de embriones humanos insensibles y que se estremecen por el apaleamiento de un perro o por la lidia de un toro.

Más aún admitiendo la tesis biológica del preembrión o embrión preimplantado, sustentadoras de la permisividad legal de la manipulación; la ausencia, en fin, de unidad y unicidad en él, que la privaría de individualización, resulta que la destrucción de un preembrión supondría la aniquilación de un ser humano con vida; esto nadie lo niega: a partir de lo cual quedaría la duda de si se habría destruido a un individuo humano, o dos, o medio" ²⁷.

El principio pro-vida, por tanto, impide, por una parte la producción artificial de embriones (siquiera sea con fines reproductores) mediante la manipulación experimental de gametos, por cuanto hay un elevado riesgo de muerte, aceptado, cuando no programado de antemano. A su vez este principio exige que, una vez

²⁷ SANCHO REBULLIDA, Los estudios ...cit., pág. 13.

producido así el embrión, (contra la prohibición legal) sea tratado única y exclusivamente en su propio beneficio.

Es digna de mencionarse la Declaración de Principios de la Sociedad Suiza de Bioética sobre la inviolabilidad de la vida humana desde su concepción y es una señal de esperanza para el futuro de la vida naciente la Declaración de Principios de la misma, en donde se reiteran con claridad las conclusiones principales que hemos expuesto en este trabajo.

A continuación reproducimos esta Declaración ya publicada con el Diario Ostschwelz el 7 de marzo de 1987 ²⁸:

1) Es un hecho científico incontrovertible que el embrión humano, con todas sus potencialidades y en todas sus fases de desarrollo, es un individuo humano. Esto se aplica tanto al óvulo fecundado como al embrión uni o pluricelular.

2) El ser humano, se distingue de los otros seres vivientes por el hecho de que es cuerpo y espíritu. Por este título, cada ser humano es una persona única con plena dignidad y libertad, que no se puede reducir a un animal, o a un objeto material.

²⁸ MONGE, Fernando, Persona humana y procreación artificial, Madrid, 1988, pág. 151.

3) El embrión humano posee la dignidad y los derechos fundamentales, reconocidos en el ser humano. No se puede atentar contra su dignidad, ni destruirlo, ya sea intencionalmente o por negligencia. Conferir al embrión un estatuto artificial, a medida de nuestros deseos, o de una ideología, o de las necesidades de la ciencia o de la sociedad, constituye una corrupción inadmisibile de la razón.

4) Se ha de rechazar y prohibir toda destrucción o atentado a un ser humano, bajo el pretexto de su edad, sexo, raza, religión, enfermedad o deficiencia.

5) La ciencia y la técnica no se han de empeñar en una investigación que menosprecie la dignidad y los derechos fundamentales de un ser humano. Una conquista de la medicina -en caso de que se prometiera- no es, de por si, lícita. Admitirlo significaría consagrar el derecho del más fuerte.

6) La legislación en esta materia no puede adaptarse a los hechos consumados o a perspectivas seductoras. Debe tomar en consideración también las norma éticas que sean compatibles con las exigencias del ser humano.

7) El matrimonio y la familia son el cuadro natural de la transmisión y del desarrollo de la vida humana. Estas instituciones dan al niño la protección, la seguridad y la formación que le son indispensables. La tarea fundamental de la sociedad reside precisamente en garantizar su valor.

8) Declaramos finalmente, que estos principios no se derivan de una determinada creencia moral o ética. Se apoyan sobre todo en el buen uso de la razón.

3. El principio de familia

El derecho frente al hecho "familia" (en su más amplio sentido) es posterior: el legislador no la crea y se limita, en cambio, a tenerla en cuenta al disciplinar las otras facetas de la vida humana, y a regular sus diversos aspectos (matrimonio, filiación, regímenes matrimoniales, etc.).

Esta entidad (familia), que antecede al Derecho, es, por ende, una sociedad natural ²⁹ cuya protección corresponde también al Estado. De aquí que el ordenamiento jurídico de la materia se presenta con notabilísimas peculiaridades, avaladas también por la mejor doctrina ³⁰ entre las que destaca su contenido ético.

Dada la connaturalidad del hecho familiar con la especie humana, se comprende que la más íntima y radical regulación de aquél, sea moral: un conjunto de reglas éticas que luego el Derecho transforma en jurídicas hasta donde es

²⁹ PACHECO ESCOBEDO, Alberto, La familia en el Derecho Civil Mexicano, México, 1984, pág. 19.

³⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, Elementos de Derecho Civil, Derecho de familia, T. IV, Barcelona, 1984, págs. 16 y ss. Y CASTAN TOBENAS, José, Derecho Civil Español Común y Foral, T. V, Vol. I, Madrid, 1983, págs 50 y ss.

posible y conveniente. "Esto explica -dice RUGGIERO- el fenómeno peculiar en el Derecho de Familia, de haber preceptos sin sanción, o con sanción atenuada, obligaciones incoercibles, porque el Derecho, es por si mismo incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de dichos preceptos, o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre, a otras fuerzas que actúen en el ambiente social"³¹.

Pues bien, sin perjuicio de la apremiante necesidad de protección jurídica que merecen también los hijos extramatrimoniales, y de otros efectos de que las leyes sustantivas deriven en beneficio de otro tipo de uniones (siempre heterosexuales), consideramos que no es sostenible la homologación de éstas con las familias matrimoniales. GARCIA CANTERO³² encuentra "ridículo el empeñamiento por colocar las relaciones **de facto** en el mismo rango de protección legal de que disfruta el matrimonio". En el Derecho Civil la mejor doctrina afirma que: "en un

³¹ Cit. por CASTÁN, idem, págs. 50 y ss. Véase, en el mismo sentido COSSIO Y COSIO, quien afirma que: " la organización familiar está fundada en la naturaleza y en las necesidades naturales, tales como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia, la cooperación y que la organización familiar no se haya exclusivamente en el Derecho (...). Considera que : " la intervención que debe tener el Estado es para fortalecer los vínculos, para garantizar las seguridades de las relaciones, para disciplinar mejor el organismo familiar, así como para dirigirlo rectamente en la consecución de sus finalidades (...)" . " por estas causas, cuando el legislador trata de trastornar el orden familiar incluyendo dentro del texto de la Ley disposiciones que están en contra de los elementos de la familia, estos textos no tienen aplicación; son verdaderos alborotos jurídicos, no tienen vigencia propia y no satisfacen ninguna necesidad, sino que quedan incrustados dentro del texto legal, y viven como una planta exótica, constantemente en un invernadero." (Cfr. COSIÓ COSIÓ, Roberto, " La Familia en nuestro Derecho", en Revista Jus, TI No 4, México, noviembre de 1938, pág. 23 y 24

³² GARCÍA CANTERO, Gabriel, " las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho Natural", en Verbo, No. 241- 242, Conferencia dictada en la Universidad Complutense de Madrid, en junio de 1985, págs. 82 y 83.

sentido jurídico amplio, entendemos por familia el conjunto de personas unidas por el matrimonio o por vínculos de parentesco (natural o de adopción) (...) en sentido estricto, se llama actualmente familia al grupo restringido formado por los cónyuges, y por los padres e hijos, con exclusión de los demás parientes, o al menos de los colaterales. En esta acepción integran sólo la familia relaciones conyugales y paterno-filiales³³.

SÁNCHEZ ROMAN³⁴ define a la familia legítima en sentido estricto como una "institución ética, natural, fundada en la relación conyugal de los sexos, cuyos individuos se hayan ligados por lazos de amor respeto, autoridad y obediencia; institución más necesaria para la conservación, propagación y desarrollo, en todas las esferas de la vida, de la especie humana".

Encontramos, no obstante, serias dificultades en conciliar estas categorías, que compartimos plenamente, con la circunstancia de que no es en modo alguno pacífica la doctrina en cuanto a la eventual extensión de estas técnicas para beneficiar a las parejas concubinarias y, más aún, a mujeres solas.

³³ CASTÁN, Derecho ...cit., págs. 33 y 34; véase también, LACRUZ- SANCHO, Elementos ...cit., pág. 9; MORO ALMARAZ, Aspectos ...cit., pág. 175; HERVADA, Javier, ZUMAQUERO, José María, Textos Internacionales de Derechos Humanos, Pamplona, 1978, págs 146 y ss. Lo anterior no obsta para que, desde otro punto de vista, la familia pueda ser, en sus relaciones con la ley, legítima e ilegítima. La primera es la que se haya constituida con arreglo las condiciones del Derecho y tiene la protección completa de éste y la segunda es la constituida fuera de las condiciones de Derecho y solo tiene en el orden legal resonancia y efectos limitados.

³⁴ Cit. por CASTÁN, Derecho... cit., págs. 34 y 35.

No es escasa en la doctrina la juiciosa interpretación de que la permisibilidad de esta técnicas va destinada a turbar la configuración familiar,³⁵ ya que se trata de un artificio de la técnica introducida al margen de la naturaleza inmutable del matrimonio y de la familia, que pugnan contra éstos y contra el derecho de filiación. Parece llegado el momento donde conceptos inveterados del Derecho de Familia como "matrimonio" , "paternidad", "filiación" han de sufrir una verdadera metamorfosis cuyo contenido ha de definirse³⁶. Nos encontramos a juicio de GARCÍA CANTERO,³⁷ con la mayor amenaza potencial que jamás haya pesado sobre la familia como institución a lo largo de la historia. VIDAL MARTÍNEZ³⁸ se refiere a las turbadoras perspectivas que éstas técnicas ofrecen al futuro de la familia y considera que inciden directamente en dos instituciones básicas del Derecho Civil: persona y familia. ZARRALUQUI³⁹ hace mención de una sentencia de un tribunal de Burdeos, en 1980, en el asunto Lejatie, a cuyo tenor la inseminación artificial "repugna a la Ley Natural" y "puede constituir un verdadero

³⁵ Cfr., CASTÁN TOBEÑAS, José, Los problemas civiles de la llamada " inseminatio artificials", (cit. por MORO ALMARÁZ, Aspectos ...cit., pág. 84) y MONGE, Persona....cit., págs. 75 y 76.

³⁶ "Con otras palabras -escribe HORTAL ALONSO-: " la IAD lleva consigo un cambio en el concepto de paternidad, maternidad y familia...". Afirma también que: " no hay todavía garantías suficientes de que la introducción de éstas técnicas pueda dar lugar a una consolidación de un modelo aceptable de paternidad, maternidad y familia". (Cfr. HORTAL ALONSO, " Inseminación...cit.", pág 73). Cfr. también, OLIVA SANTOS, de la, Intervención ante la Comisión especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas, del Congreso de Diputados de España, Madrid, 1985, pág. 7. En el mismo sentido véase DIEGO LORA, Carmelo de, Información sobre futuras normas jurídicas relativas ala fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas., Pamplona, 12 de febrero de 1986, artículo mecanografiado, pág. 5.

³⁷ GARCÍA CANTERO, Las nuevas...cit., pág. 101.

³⁸ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, Las nuevas formas de reproducción humanas, Madrid, 1988, pág.17.

³⁹ ZARRALUQUI, Luis, "La inseminación artificial heteróloga y la filiación" en Revista Jurídica General, No 4, Madrid, julio-agosto de 1986, pág. 94.

peligro social e importa a la dignidad del matrimonio". GARCIA AGUILERA ⁴⁰ se plantea si la IAD, al producir una "turbatía sanguínis" y ser un ataque a las raíces de la institución familiar, ha de penalizarse y concluye con SANTOSUOSSO que "no queda sino invocar la intervención del legislador para establecer una específica disciplina jurídica, incluso penal, de este grave hecho ilícito que los tiempos modernos han logrado sea realizable". FLORES GARCIA dice que tal técnica "está llena de peligrosidad (...) y constituye un peligro para el bien común (...) "en cualquier caso, la moral natural no encuentra justificación posible. La fecundación por donante, aún con consentimiento del marido atenta contra la unidad del matrimonio, y a las promesas del mutua y exclusiva entrega de los cuerpos incita en el matrimonio. Porque esa mutua y exclusiva posesión no es meramente la carnal, sino las consecuencias naturales de que la misma puedan derivarse. Esta participación biológica de un extraño va contra la autenticidad de la familia, contra la consanguinidad real que es la base y fundamento del parentesco" ⁴¹.

GARCIA CANTERO ⁴² considera que estos avances ponen "en peligro de alteración las bases fundamentales de las instituciones jurídicas y sociales", someten "a prueba las más íntimas convicciones del jurista, y la misma razón de ser de la Ciencia jurídica, ya que para pronunciarse sobre la licitud o ilicitud de tales

⁴⁰ GARCÍA AGUILERA, José Antonio, "Problemas jurídicos de la inseminación artificial con especial referencia a las cuestiones penales", en Revista de Derecho Judicial, año XIII, No. 51, 52, Madrid, julio-diciembre de 1972, pág.208.

⁴¹ FLORES GARCÍA, Fernando, " La inseminación artificial en la especie humana", en Criminalia, año XXI, No 6, México, junio de 1955, pág. 352.

⁴² GARCÍA CANTERO, Gabriel, "incidencia de la Medicina y Biología moderna en el Derecho Civil Español" en Estudios en homenaje al profesor López Rodó, vol. III, Madrid, 1972, pág. 305.

técnicas habrá que acudir a las últimas razones del Derecho" y afirma que "el Derecho debe estar al servicio del hombre y no de la Medicina o de la Biología", por lo que, "el jurista no debe vacilar a la hora de pronunciar un **non licet** cuando la persona humana esté amenazada". Por tanto afirma que "queda en pie la exigencia de que la procreación se haya realizado dentro del matrimonio y ello como garantía de una óptima educación de lo hijos, del mejor cumplimiento del Derecho-deber que supone la potestad paterna y, en último término, del bien común de la sociedad". La introducción de "un elemento extraño en el seno de la familia, es apto para producir graves perturbaciones jurídicas, sociológicas y psicológicas".

ROCA TRIAS ⁴³ reconoce que "las tendencias más conmovedoras, aún admitiendo la IA, excluirían la AID porque introduciría un elemento distorsionado dentro de la familia matrimonial".

BLAS PIÑAR escribe: "por este camino conocida y perfeccionada la obtención, conservación e inocuación del elemento viril fecundante, se podría llegar por el Estado, no ya a la socialización de los medios de producción de la mercancía, sino del medio de producción de seres humanos. A los Bancos de semen, ya que existen en la industria privada sustituiría, en el ámbito de las nacionalizaciones, lo que alguien ha bautizado como "espermotecia Nacional", con producto garantizado y para escoger a capricho o para distribuir por sorteo. De aquí, a gritar: ¡Abajo la

⁴³ ROCA TRIAS, E., La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T. I, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, pág. 23.

familia! y ponerlo en práctica no hay más que un paso (...)" y considerar que "con la inseminación artificial ha sido lanzada otra tea encendida a la trama de nuestra sociedad (...)". Este autor analiza el problema de la IA y se pronuncia enérgicamente contra estas técnicas y dice que "un enfoque sensato del problema exigiría arrancar de unos principios inamovibles. Tales son para nuestro objeto, los que marcan la razón de ser del matrimonio y lo configuran como una institución humana y jurídica sobre la cual descansa la familia y el Derecho de Familia"⁴⁴.

RIVERO HERNÁNDEZ ⁴⁵ escribió que "en el plano del deber ser, la procreación, por su alta función y sus exigencias, al quedar sometida moral y socialmente a rigurosa disciplina, encuentra en el matrimonio, en la familia que surge y se constituye sobre él, su óptimo medio, y el hijo que llega a ella, el ambiente más propicio para su desarrollo físico, intelectual y moral (...). Ella (la familia) es el santuario de las costumbres -dice PORTALIS (cit. por el autor)-, es allí donde las virtudes privadas preparan las virtudes públicas: es en ella donde los sentimientos de la naturaleza nos dispone a llenar los deberes que nos son impuestos por las leyes".

"La familia es una institución (la primera de las instituciones) y el matrimonio es el acto de su fundación. La familia es el asiento de una vida jurídica inferior que consiste en las relaciones entre los esposos, entre los padres e hijos, entre

⁴⁴ PIÑAR, Blas, " Problemas morales y jurídicos de la inseminación artificial" en Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas, T.V, Pamplona, 1969, págs. 540, 556, 560 y 561.

⁴⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, La presunción de la paternidad legítima, Madrid, 1971, págs. 36 y 37.

colaterales (...). La familia es el medio diferenciado, es el asiento de una autoridad, poder marital, poder paternal, la familia es el prototipo de una continuidad que no es solo sentimental, espiritual, mística, sino jurídica y patrimonial".

LLEDO piensa que si el ser humano deja de constituir una finalidad intrínsecamente propia y viene a instrumentalizarse su función, se desnaturalizará el sentido ontológico de la familia.⁴⁶

3.1 El derecho a tener hijos

Con frecuencia se ha esgrimido, en un intento de justificar los presupuestos que venimos estudiando, que las personas tienen derecho a tener hijos. Yo no encuentro en el ordenamiento jurídico mexicano ninguna norma de la cual pueda derivarse este "derecho" y tampoco me parece que este pueda surgir del Derecho Natural.

En el planteamiento de esta cuestión acortaremos nuestro estudio a una sola hipótesis que, de resolverse, creemos, dará respuesta a otras -algunas, francamente aberrantes o al menos de mal gusto, tales como este supuesto derecho en el seno

⁴⁶ LLEDÓ, Fecundación....cit., págs. 71 y 72.

de parejas homosexuales, mujeres solas, hombres solos, etc. ⁴⁷que se han planteado o podrían plantearse. Nos limitaremos, pues, a analizar si una pareja heterosexual (evidentemente), unida en legítimo matrimonio, goza de ese derecho.

Podemos afirmar que, de un modo general, toda persona libre de impedimentos tiene un derecho natural a contraer matrimonio. En efecto, el hombre "posee de modo innato un derecho a casarse, esto es, a fundar una unión conyugal. Este derecho, al que los clásicos llamaron **ius connubii** es una exigencia de justicia que la misma naturaleza humana fundamenta. De ahí que sea un derecho humano fundamental, cuya existencia es previa al Estado, y que ningún poder puede ignorar, despreciar o restringir arbitrariamente"⁴⁸.

Sin embargo no vemos que de ahí se derive un derecho a tener hijos pues si bien es verdad "que la generación es consecuencia **natural o habitual** del matrimonio, no implica una necesaria relación causa-efecto, productora de un derecho de contraer matrimonio; son cosas que, aunque relacionadas, permanecen perfecta y obligadamente separables"⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. Informe WARNOCK, cit., 2.10. y CONGRESO DE LOS DIPUTADOS III LEGISLATURA, Proposición de Ley 122/000062 sobre técnicas de Reproducción Asistida, presentada al grupo parlamentario socialista, Madrid, 9 de mayo de 1987.

⁴⁸ VILADRICH, Pedro Juan, Agonía del matrimonio legal, Pamplona, 1984, pág. 178. en el mismo sentido véase PACHECO, La familia...cit., pág. 72., quien además de afirmar que es derecho natural el derecho al matrimonio, también lo es el derecho a elegir libremente el cónyuge.

⁴⁹ URBANO ISPIZUA, Claudio, Fecundación "in vitro" y naturaleza: consideraciones para un juicio ético, Pamplona, 1986, pág. 149.

Si observamos al matrimonio desde la perspectiva de la causalidad notaremos que se constituye, **ex voluntate**, "por un contrato entre dos personas -hombre y mujer- hábiles, productor de una serie de derechos y deberes"⁵⁰. Ese vínculo tiene un contenido obligacional -jurídico- que es diverso. A nosotros nos interesa, a efectos de este trabajo, aquél que diversos autores⁵¹ consideran el principal y el más importante efecto del matrimonio: el débito conyugal. Nótese, por su misma terminología, que tiene un contenido obligacional y que es correspondiente a un derecho -en este caso recíproco entre ambos contrayentes- que existe como consecuencia de que dos personas, varón y mujer, han manifestado su voluntad negocial y se han vinculado matrimonialmente. Pues bien, es el débito un efecto notabilísimo del matrimonio y productor de ciertas obligaciones que recaen sobre los mismos cuerpos y personas de los esposos. Consiste en que el esposo (él y no terceros) realice en la esposa (en ella; y no con gametos de ella o de un tercero) los actos propios para engendrar⁵².

En efecto, los autores que tratan de esta materia han entendido que uno de los efectos jurídicos del matrimonio, es dar origen a un derecho recíproco entre los cónyuges en el orden de los actos de suyo aptas para engendrar, de tal manera que se entregan un derecho mutuo y exclusivo sobre sus cuerpos, pues sólo así se puede cumplir legítimamente la finalidad del matrimonio de perpetuar la especie. Es

⁵⁰ Idem, págs. 149 y 150.

⁵¹ PACHECO, La familia...cit., pág. 84.

⁵² La tradición jurídica de siglos nos señala que el débito conyugal no tiene otro contenido. Por ejemplo HERVADA escribe que: " el acto conyugal constituye la realización propia y específica de la dimensión generativa del matrimonio y no hay otra" (Cfr. HERVADA, Javier, "Consideraciones sobre la noción de matrimonio" en Persona y Derecho, 10, Pamplona, 1983, págs. 276 y ss.)

un auténtico derecho que nace del libre consentimiento matrimonial y que hace legítimos los actos conyugales, cuyo contenido es precisamente el cuerpo del otro cónyuge ⁵³.

Precisamos a continuación algunas características de este derecho recíproco.

a) Nace del consentimiento matrimonial

Es un derecho sobre el cuerpo del otro cónyuge, que no los constituye mutuamente en esclavos o algo parecido: no es una enajenación del propio cuerpo, pues solo existe ese derecho en orden a realizar los actos naturales aptos para la generación. Al contraer matrimonio (verdadero negocio jurídico cuyo efecto se produce **ex voluntate**), los cónyuges adquieren ese derecho que es parte del contenido de su libre consentimiento matrimonial. Si no naciera ese derecho recíproco, el acuerdo de voluntades no habría sido en realidad un matrimonio, sino, en el mejor de los casos, un concubinato. En efecto, el concubinato es una unión estable (de lo contrario sería un acto de prostitución o un hecho ocasional que no constituye un concubinato) entre un hombre y una mujer (la ley habla siempre de concubina y concubinario por lo que quedan excluidas de esta figura las uniones heterosexuales), libres de matrimonio (de lo contrario sería adulterio); que mantienen relaciones sexuales con su pleno consentimiento (de lo contrario sería

⁵³ PACHECO ESCOBEDO, Alberto, "Matrimonio y concubinato según el Código Civil", en Revista de Derecho Notarial, No. 59, México, junio de 1975, págs. 6 y ss.

violación o estupro), pero que no hace nacer el derecho recíproco propio y exclusivo del matrimonio.

Una concubina y un concubinario pueden abandonar cuando quieran la casa común y la otra parte no tiene ningún derecho para hacerlo retornar. No ocurre lo mismo en el matrimonio, en el que el abandono del hogar conyugal (en el concubinato, o en el caso de la "pareja estable" no hay domicilio conyugal) da lugar a sanciones para el culpable, lo cual pone de manifiesto un derecho del inocente.

Cuando se contrae matrimonio las partes deben querer una unión matrimonial y esa unión tiene por objeto el varón y la mujer en su conyugalidad, o sea, en las potencias naturales del sexo en cuanto se relacionan con los fines del matrimonio. Dicho de otro modo, por el pacto conyugal la mujer se entrega como esposa al varón y el varón se entrega a la mujer como esposo y ambos se aceptan como tales.⁵⁴

Entre los deberes y derechos nacidos del matrimonio están los relativos a la entrega de todo aquello conyugal que posee la persona y que constituye precisamente el objeto del contrato realizado. Esta conyugalidad incluye ciertamente la potencial paternidad. "¿Por qué potencial?" -se pregunta URBANO- "porque la paternidad y la maternidad no son realidades esenciales de la persona, no son modos de ser persona -hay muchas mujeres que no son madres y muchos

⁵⁴ Por su parte VILADRICH afirma que la virilidad y la feminidad son el contenido conyugal. (Cfr. VILADRICH, Agonia...cit., pág.170.)

hombres que no son padres, y los que lo son no siempre lo fueron, sin que por ello sean o hayan sido menos hombres o menos mujeres- contrariamente a ser varón o ser mujer" ⁵⁵.

b) Es recíproco y bilateral

Es un derecho recíproco y bilateral que nace del matrimonio. Si no fuera recíproco la alianza conyugal abriría las puertas a un acto muy cercano al lenocinio.

La mejor doctrina civil de antaño ha sido clara con respecto a este derecho ⁵⁶.

Sin embargo, es necesario advertir que este derecho no es susceptible de hacerlo

⁵⁵ URBANO ISPIZUA, Fecundación..., pág. 49.

⁵⁶ POTHIER afirma que: " El marido está obligado respecto de su mujer a cumplir con los deberes conyugales cuando se los pida y a no tener comercio carnal con ninguna otra mujer, faltando a la a la fidelidad que se comprometió. La mujer de su parte está obligada a cumplir con los deberes conyugales cuando el marido se los pida; y a no tener comercio carnal con otro hombre, faltando a la fidelidad dada a su marido, sin conceder favor alguno de esta clase" (Cfr. Tratado de Derecho Civil, T.X, Madrid, págs. 157 y ss cit. por PLANIOL y PACHECO, Matrimonio ...cit., pág. 8). Por su parte PLANIOL y RIPERT hablan del deber de fidelidad entre los cónyuges y el deber de cohabitación que sanciona el artículo 214 del Código Civil francés y dicen, refiriéndose al deber de fidelidad que "no es solamente impuesto por la ley moral; es una obligación jurídica establecida por el artículo 212 tanto para el hombre como para la mujer." (Cfr. PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, Tratado práctico de Derecho Civil Francés, T.II. La Habana, 1955, págs. 266 y 267). RUGGIERO escribe que: " La comunión que debe presidir a todo matrimonio, no puede ser plena si no va acompañada de una perfecta, mutua y exclusiva entrega de cuerpos; toda relación sexual extraña (...) constituye una violación del deber de fidelidad." (Cfr. RUGGIERO, Roberto, Instituciones de Derecho Civil, Madrid, 1931, págs. 228 y ss). BONNECASE comenta los artículos 212 y 214 del Código Civil francés y habla del deber de cohabitación y del deber de fidelidad. Recoge abundantemente jurisprudencia de los tribunales franceses tutelando este derecho y considera que el deber de cohabitación tiene un contenido eminentemente jurídico. (Cfr. BONNECASE; Julien, Elementos de Derecho Civil, T.I, México, 1945, págs. 543 y 545). CASTÁN, por su parte, se plantea si el débito conyugal constituye un deber jurídico y considera que la opinión más generalizada estima que la obligatoriedad del débito conyugal no puede estar sujeta a sanciones civiles, solo a las censuras de tipo penal y religiosa. En derecho español -afirma CASTÁN- no parece que la satisfacción del débito conyugal constituya un deber jurídico que pueda ser comprendido entre las obligaciones a que hace referencia el artículo 56 del Código Civil, ni incluido tampoco, en la hipótesis del abandono de la familia previsto en el artículo 487 del Código Penal. (Cfr. CASTÁN TOBENAS, José, Derecho Civil Español común y foral, vol. I, T.1, Madrid, 1983). LACRUZ y SANCHO incluyen el deber del débito en el deber de fidelidad (art. 68 y 82.1 del Código Civil) y consideran que tal deber, después de la reforma, continúa vigente y cada esposo está obligado con

eficaz mediante acción judicial ya que ni en el Derecho mexicano ni en ninguna otra legislación extranjera, de la que tengamos noticia, se reconoce al acreedor del derecho al débito conyugal una acción procesal para que (¿el juez?) disponga que el consorte haya de realizar el acto matrimonial. Sin embargo, no juzgamos que esta afortunada falta de legitimación procesal sea concluyente respecto a una supuesta inexistencia de tal derecho pues es sabido que existen muchos y muy variados derechos subjetivos sin sanción procesal: éste es uno de ellos.

Afirmar, por tanto, sin más aclaraciones, la existencia de un "derecho a tener hijos" puede suponer la ignorancia no sólo de aspectos fundamentales del Derecho y de la antropología de la sexualidad, sino de ciertas elementalidades atinentes a la naturaleza del matrimonio. La construcción Jurídica de un supuesto "derecho a tener hijos" se nos antoja, además, imposible desde un punto de vista técnico: ¿quién está obligado para con el titular de ese supuesto derecho? ¿en qué términos? ¿bajo qué título? ¿qué alcance tiene ese supuesto derecho?

Si el contenido obligacional del débito sobrepasara lo que aquí hemos expuesto, habría que concluir que, en virtud del matrimonio, los contrayentes adquieren no solo el derecho a realizar en su cónyuge los actos propios para engendrar, sino el derecho a engendrar lo que podría suponer, supuesta la

su cónyuge a la exclusiva sexual y a observar frente el otro una conducta congruente con esa deuda. (Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, Elementos de derecho Civil, T.IV, "Derecho de Familia", Barcelona, 1984, págs. 182 y ss).

infertilidad de algunos de ellos, un singularísimo derecho (¿de propiedad?) sobre los gametos de su cónyuge y, eventualmente, quizá sobre sus órganos genitales, lo cual nos parece inconcebible desde una óptica jurídica y radicalmente opuesto a la Constitución, a los derechos humanos y a los derechos de la personalidad.

3.2 El "derecho a tener hijos" y las técnicas de reproducción asistida

La doctrina civil preocupada por los avances tecnológicos en materia de reproducción humana, se inclina por estimar absurdo este "derecho".

GARCIA CANTERO⁵⁷ desautoriza absolutamente estas prácticas fuera del matrimonio y considera, además, que del ejercicio del débito "no puede entenderse que ninguno de ellos (los cónyuges) haya garantizado al otro la paternidad y maternidad efectivos" y que "el consentimiento matrimonial no puede interpretarse como autorizante de la fecundación artificial (...). Tal derecho (a tener hijos), en quienes no están unidos por vínculo matrimonial, no puede fundarse en el pleno desarrollo, de la propia personalidad, pues ni siquiera los casados pueden alegarlo como se ha visto".

⁵⁷ GARCÍA CANTERO, " Las nuevas...cit., pág. 82 y ss.

Por su parte MONTES PENADES⁵⁸ acota, desde el principio, la aplicación de las técnicas: "si constituyen únicamente una terapia de la infertilidad, el problema se restringe: la infertilidad no tiene sentido en la mujer soltera ni, en puridad de conceptos, en la que llamaremos 'pareja estable' (...). La mujer sola o la pareja **de facto** no se presentan **-hic et nunc-** ante el Derecho con ningún tipo de **-derecho subjetivo-**, al menos de valor absoluto, a tener hijos".

DE LA OLIVA, al referirse a ese pretendido "derecho a tener hijos" se cuestiona: ¿quiénes serían titulares de ese 'derecho'? ¿cuál sería su contenido? ¿frente a quienes se tendría o sería exigible el 'derecho a tener hijos'? ¿se derivarían acciones de la no satisfacción del mismo?; en caso afirmativo, siquiera hipotético, ¿cuál sería el contenido de esas acciones y cuáles sus titulares? Demasiadas preguntas sin respuesta razonable. No puede considerarse porque no existe, ni como derecho subjetivo, ni como derecho fundamental" ⁵⁹.

MORO ALMARAZ estima que "si existe una vocación a la fecundidad de todo ser humano (...), ésta no debe realizarse más que por medios éticamente correctos. El cuerpo del otro no es un producto de consumo. En fin, y sobre todo, hablar del derecho al hijo es dejar de creer que el hijo es un objeto destinado a absorber el deseo parental ⁶⁰.

⁵⁸ MONTÉS PENADES, Vicente, La genética actual y el derecho de familia, ponencia presentada ante el Congreso Hispanoamericano de derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, abril de 1988.

⁵⁹ DELA OLIVA, "¿Nasciturus... cit., pág. 91.

⁶⁰ MORO ALMARAZ, Aspectos...cit., pág. 182.

LLEDO YAGUE⁶¹ tampoco considera que ese supuesto derecho exista, y piensa que sus partidarios ⁶² "localizan el problema desde una óptica equivocada, puesto que razonar en términos tan absolutos "derecho a la procreación", implica una marcada concepción patrimonialista que se traduciría en el consiguiente derecho a tener un hijo; obviamente, ni del propio vínculo matrimonial que se deriva este derecho sino por el contrario, (...) sólo el derecho a realizar los actos naturales que de suyo se ordenan a la procreación (...)" .

En el mismo sentido, MONTES remite a SANTOSUOSSO quien apoyado en otros autores como DE CUPIS entiende que "con el matrimonio la libertad sexual se transforma en el llamado **IUS IN CORPUS** y que en este derecho se encontraba comprendido el derecho a la generación, precisando que el objeto del consentimiento matrimonial no es directamente el derecho a la prole, sino el derecho a los actos que, por su naturaleza, están adecuados a ese fin (...). No se puede reconocer un verdadero y propio derecho a la procreación que pudiera hacerse valer frente a otros sujetos" ⁶³.

⁶¹ LLEDÓ YAGUE, Fecundación...cit., pág. 19.

⁶² ROCA TRÍAS considera que "existe un derecho a procrear, no ligado a la familia, sino como derecho de la persona y que encuentra su justificación en el derecho a la libre regulación de la vida privada". (Cfr. ROCA TRÍAS, La incidencia...cit., pág. 12). A cuya tutela, por cierto, se pueden acoger las personas en algunos países para tener hijos (IA; FIVET; etc.) o para destruirlos (aborto) lo cual no deja de ser paradójico; en función de la actuación de la personalidad, por lo que el interés por tener hijos no se sustrae a la tutela asegurada por el ordenamiento jurídico a la personalidad. Afirma que " al aceptar la realidad de éstas técnicas y someterlas al sistema jurídico, debe elegirse entre aplicarlas como derivadas de un hipotético derecho a la procreación, inserto en los derechos de la personalidad, o bien en hacertas derivar del derecho a la salud. Si se elige la primera solución, se debe ser coherente e incluir en el uso de tales técnicas a las mujeres solteras sin pareja y también los casos de inseminación **post-mortem**".

⁶³ MONTES PENADES, La genética...cit., pág. 27.

Estamos de acuerdo con VIDAL MARTÍNEZ cuando se pronuncia con energía contra ese pretendido "derecho": "creemos (...) que existe cierta generalizada confusión en relación con esas cuestiones, entre los conceptos de derecho subjetivo y libertad. Porque el hijo no puede considerarse, en rigurosa técnica jurídica, como objeto de un pretendido derecho subjetivo (...) ni esgrimirse en contrapartida a un pretendido derecho de la mujer que desea la práctica de la inseminación, una hipotética obligación por parte de la Administración Sanitaria. Porque, no nos dejemos engañar por la sugestión de las palabras: los hijos no 'se tienen' como si de alcanzar la propiedad de alguna cosa se tratase. En sentido técnico, pensamos que un derecho subjetivo a 'tener hijos' solo podría garantizarse en el Estado programador demográfico al que se refiere el profesor GARCÍA CANTERO. Estamos pasando insensiblemente -y esto es lo más grave- del campo del ser al de tener. Esa pretendida 'socialización de la prole' de la que se ha hablado parte, a nuestro juicio, de una radical confusión, por cuanto el hijo -como cualquier persona- no puede ser objeto de derecho" ⁶⁴.

Por su parte HORTAL ALONSO afirma, que "el derecho de toda mujer a ser madre no es un derecho absoluto que pueda exigir su cumplimiento al margen de cualesquiera consideraciones sociales o sin tomar en consideración el bien de otros

⁶⁴ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, "Las formas de reproducción humana ante el Derecho Civil: Introducción y panorama general", en Revista General de Derecho, año XLII, no. 504, Valencia, septiembre de 1986, págs. 3724 y 3737.

o de la sociedad; entre estos bienes merecen especial consideración la protección del niño que va a nacer, así como de la familia" ⁶⁵.

JEAN DENIS BREDIN sostiene que el derecho de procrear un hijo no puede crear un "derecho al hijo" que califica como "concepción perversa del Derecho" ⁶⁶.

Finalmente, BLAS PIÑAR afirma con severidad que son absurdos esos fundamentos (derecho a procrear). "En primer término, porque no hay un derecho absoluto a la fecundidad, autónoma y desligada de unos principios morales y de un orden subjetivo que marca la propia naturaleza. En segundo lugar, porque el deseo de transmitir la vida, no puede desconocer, como ha proclamado con audacia GERTRUDIS VON LE FORT, no es la mujer la que necesita un hijo de su carne, sino es el hijo, el niño, el que necesita no sólo a una madre, sino a un padre, un hogar donde nacer y formarse con la dignidad de un hombre (...). El hijo, entonces, no es fruto del amor, sino de un deseo animal, un artículo necesario que se busca y se consigue a cualquier precio; y el esposo, si existe, se transforma y desciende de categoría de padre a la de reproductor, o a la de padre putativo, cuyo matrimonio encubre una ilegitimidad adulterina (...)" ⁶⁷.

⁶⁵ HORTAL ALONSO, "Inseminación...cit., pág. 74.

⁶⁶ BREDIN, Jean Denis, "Polémica sobre los avances y derechos de la fecundación in vitro", sacado de Le Monde, exclusivo para el diario Excelsior, México, 11 de abril de 1985.

⁶⁷ PIÑAR, "Problemas...cit., pág. 553 y ss.

Nos parece que de lo expuesto, se puede concluir válidamente que del matrimonio nace el débito cuyo contenido es muy preciso y no incluye, evidentemente, ninguna facultad de disposición de los gametos del cónyuge o de sus órganos sexuales. Por tanto el derecho a tener hijos no existe. En los casos de parejas no matrimoniales de cualesquiera naturaleza no existe, ni siquiera, el débito, por lo que, hablar de derecho a engendrar, parece un planteamiento que excusa de todo comentario.

4. El principio de prevalencia de la verdad biológica

Algún autor ⁶⁸ ha considerado -con razón- que es imprescindible relativizar antropológicamente los postulados hasta ahora considerados absolutos y válidos para todos los tiempos tales como los conceptos de procreación, parentesco, familia, matrimonio, etc., si se quiere avanzar en el previsible laberinto -también jurídico- que las técnicas de que venimos tratando nos plantean.

Y en verdad que nos resistimos -pensamos que sensatamente- a colapsar instituciones y conceptos inveterados por la sola circunstancia de que algunas parejas o mujeres acudan a tales procedimientos para procrear. Cierto es que el derecho ha de ocuparse de ello, pero, creemos, que esto no obsta para vigorizar incluso más, si cabe, instituciones jurídicas como la filiación.

⁶⁸ FOSAR BENLLOCH, Enrique, "La antropología y el Derecho de la procreación humana" en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, No. 4, Madrid, julio-agosto de 1986, pág. 64.

La mejor doctrina y los mejores juristas lucharon durante muchos años por la eliminación de los obstáculos que impedían o dificultaban al hijo reclamar su paternidad natural ⁶⁹.

Intentaremos, no obstante, sintetizar los planteamientos vigentes que nos parecen más relevantes⁷⁰ y puedan aproximarnos a una solución congruente con el principio de prevalencia de la verdad biológica con el que hemos enunciado este rubro.

El problema viene dado por la intervención de donante que suscita una cuestión que juzgamos de mucha importancia: la disociación -que a MONTES PENADES ⁷¹ le resulta perturbadora- entre la paternidad genética y voluntaria, y, con ello, la opción entre cuál de ellas deba ser la paternidad legal; y, en su caso, la investigabilidad de la paternidad genética. La posibilidad de gestación

⁶⁹ Véase el respecto la estupenda monografía de RIVERO HERNÁNDEZ, La presunción...cit.

⁷⁰ Véase principalmente, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T.I, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, págs. 6 y ss. GARCÍA CANTERO, Incidencia...cit., págs. 316 y ss. DELGADO ECHEVERRÍA, J., Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. El determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre filiación, T.I, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, págs. 2 y ss, PANTALEON PRIETO, A.F., La responsabilidad civil de los sujetos o instituciones intervinientes en un proceso de fecundación asistida, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre filiación, T.I, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, págs. 54 y 55, LLEDÓ YAGUE, Fecundación...cit., pág. 142, ROCA TRIAS, La incidencia...cit., págs. 8 y ss.

⁷¹ Cfr. MONTES PENADES, Vicente, Informe para la Comisión Especial de Estudio sobre la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas, presentado al Congreso de los Diputados de Madrid, 1985, págs. 14 y 15. Creemos que la "perturbadora disociación" que parece inquietarlo ya se dio desde antes, cuando se disocian los aspectos unitivo y procreativo del acto conyugal.

independientemente de la procedencia genética añade un tipo de maternidad, la gestante.

Estrechamente vinculado a lo anterior esta la ya referida cuestión del anonimato de donantes.

Nos parece conveniente diversificar el análisis de las siguientes cuestiones ⁷²:

- a) Juridicidad de la inseminación o FIVET heteróloga.
- b) Los conceptos de paternidad y filiación.
- c) El derecho del hijo a conocer toda la verdad incluyendo la identidad del donante, respecto de su propio origen, supuesta legitimidad del presupuesto originario.
- d) La conveniencia que de tal conocimiento se derive o pueda derivarse una acción de filiación o la atribución legal de la paternidad.

Nos dispondremos, pues, a desarrollar estos incisos:

a) Juridicidad de las prácticas heterólogas.

Respecto a la antijuricidad de semejantes extremos creemos que ya hemos dicho bastante. La FIVET, la TIG son inadmisibles: la primera también por conculcar el principio pro-vida.

⁷² Todas ellas entresacadas de autores y que intentamos ordenar así, en busca de clarificar el planteamiento.

b) Los conceptos de paternidad y filiación.

Aunque parezca una elementalidad creemos necesario partir de la definición que la mejor doctrina ha dado⁷³: filiación es la procedencia biológica de un hijo respecto de sus progenitores (paternidad y maternidad, desde esta otra referencia). Relación paterno-filial es el vínculo jurídico recíproco entre el hijo y cada uno de sus dos progenitores (que comporta un entramado de derechos y deberes, potestades y funciones).

Y sucede también, en esta parte del Derecho de familia (Derecho de Filiación como parte del Derecho Civil que trata de aquellas relaciones y sus efectos jurídicos y que junto con el Derecho matrimonial integran fundamentalmente el Derecho de familia), algo semejante a lo observado en el Derecho matrimonial personal: que su objeto no es una creación técnica -en el sí ni el cómo- del Ordenamiento Jurídico, sino un esfuerzo, siempre insuficiente, una realidad que le viene dada: una realidad natural, en este caso biológica, y que, por lo mismo, no se agota en su consideración jurídica⁷⁴.

⁷³ Cfr. SANCHO REBULLIDA - LACRUZ BERDEJO, Elementos...cit., T. IV, vol. III, págs. 11 y ss; MESSINEO, Francisco, Manual de Derecho Civil y Comercial, T.III, Buenos Aires, 1954, pág. 127; TRABUCCI, Alberto, Instituciones de Derecho Civil, T.I, Madrid, 1967, pág. 302; ALBALADEJO, Manuel, Curso de Derecho Civil Español Común y Foral, T.IV, Barcelona, 1987, págs 212 y ss; GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, México, 1973, pág. 593.

⁷⁴ SANCHO REBULLIDA-LACRUZ BERDEJO, Elementos...cit., T. IV, pág. 595

En el principio, la relación jurídica coincide con la realidad biológica: el Derecho ordena las consecuencias jurídicas que se siguen de ésta; y ello, en una triple función: afirmar el hecho de la vida real; proteger la relación biológica -y su afirmación jurídica- por medio de acciones particulares y determinar los derechos y obligaciones que derivan de ella. No obstante, no siempre existe una coincidencia entre la realidad biológica y la relación jurídica. CICU⁷⁵ advertía que, si en cuanto hecho natural la filiación se da siempre y en todas las personas, como hecho jurídico no siempre existe: a veces el derecho no conoce -o no puede conocer con la debida certeza la realidad biológica; otras veces, aún conociéndola o pudiendo conocerla, la ha desconocido en aras a determinados criterios, etc.

Se caracteriza la filiación por lo delicado y obscuro de sus problemas y por su considerable importancia. Tiene una evidente trascendencia moral y patrimonial, para la persona y para la familia.

La filiación, decíamos, procede de un hecho -la generación- y no vemos por qué deba de cambiar tal concepto, en razón de que la ciencia posibilite que aquélla sea extracorpórea. Diferente puede ser, en cambio, el vínculo jurídico que el Derecho haya de instrumentar entre unos y otros. En otras palabras, nos estamos refiriendo a dos realidades bien diferenciadas: a) la generación (mediante relación sexual o no) que no deja de ser tal por extracorpórea que sea y b) el vínculo jurídico que el Derecho haya de instrumentalizar atendiendo a otras consideraciones, pero

⁷⁵ CICU, La Filiación, traducción de F. Jiménez Arnau y J. Santacruz, Madrid, 1930, pág. 16 (cit. por CASTAN, Derecho...cit., T.V, vol. 2. pág. 18).

que, en modo alguno, modifican la autoridad de los generantes y, por ende, la procedencia del generado.

Entendemos, en suma, que el **quid** del asunto no es la mutación del concepto de paternidad, sino el contenido y el alcance de la relación jurídica recíproca entre el hijo y los participantes que el Derecho debe determinar cuando se efectúen tales experimentos.

La disociación que tanto perturba a muchos entre la paternidad genética y voluntaria no es, opinamos, sino el fruto maduro de una disociación previa, que en cambio a muy pocos perturba, entre los aspectos unitivo y procreativo del acto conyugal, y el devaluado tratamiento que el ordenamiento concede a la persona, al matrimonio y a la familia. Y no cambia, decíamos, los conceptos de generación ni de generante, ni de generado. Otra cosa es, evidentemente, el vínculo jurídico, la atribución de la patria potestad, etc., que el Derecho deba establecer.

En efecto, es innegable que el principio de "verdad biológica" -que en el tema que nos ocupa es la única verdad ya que la filiación (que no es lo mismo que la relación jurídica que se establezca) es, decíamos, una procedencia biológica, y no una procedencia voluntaria ⁷⁶.

⁷⁶ Esto no quiere decir, en palabras de LLEDÓ YAGUE, que la filiación así entendida sea un "puro y absurdo reduccionismo biológico" (Cfr. LLEDÓ YAGUE, *Fecundación...*cit., pág. 73). En efecto, la procedencia respecto de sus progenitores del hijo deseado y generado en el contexto del acto conyugal es tan real como aquélla que dramáticamente proviene de una violación o de una relación incestuosa en las cuales es, además, absolutamente irrelevante el deseo de procrear. Estas situaciones, no deseadas por nadie que son de suyo perversas no significa que sean falsas o irreales, por ende que la "verdad biológica" "retroceda" ante la "verdad legal". Cosa bien distinta es que, el

Tampoco nos convence la teoría de TRABUCCHI para quien la definición del concepto de paternidad exige, más allá de la presencia del factor físico, una correspondencia de orden social, que define como elemento de autorresponsabilidad. En su opinión "la derivación biológica respecto de los autores de la vida no agota la complejidad de las relaciones de paternidad y de maternidad que tienen para el Derecho un valor, no puramente cognoscitivo, sino en cuanto que acompañan al hombre en el tiempo posterior al nacimiento". De manera que, para la relación de paternidad, se requiere, "junto y además de la presencia del factor físico... un elemento de autorresponsabilidad"⁷⁷.

"Este elemento de autorresponsabilidad no queda, a juicio de DELGADO ECHEVERRÍA suficientemente delimitado en el ensayo de TRABUCCHI, quien advierte, eso sí, que no se trata de la 'responsabilidad' en el sentido técnico invocada para una acción de daños; y que no equivale o corresponde a la voluntad. Ilustra esto último con el ejemplo de la carta dirigida por un varón a la madre de la criatura reprochándole no haber hecho uso adecuado de los anticonceptivos, carta que mostraría su 'responsabilidad' a la vez que su ausencia de voluntad. Contra el varón, naturalmente, prosperaría una acción de reclamación de paternidad".

Derecho establezca el tipo de relación jurídica -que por cierto también es real y verdadera- adecuada y convenientemente a los diferentes extremos y según los criterios que el legislador haya proporcionado.

⁷⁷ TRABUCCHI, Alberto, "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista" en Riv. Dir. Civ., I, 1986, pág. 449, cit. por DELGADO ECHEVERRÍA, Los consentimientos...cit., págs. 16 y ss.

DELGADO ECHEVERRÍA, reconoce que no acierta "a ver la diferencia decisiva, precisamente en cuanto a 'responsabilidad', entre este ejemplo propuesto por TRABUCCHI, sin embargo, "si el productor de semen permanece ajeno al empleo que otro le dé no se convierte en padre"; "no es suficiente el control del origen del semen; no basta una producción genética de esperma para crear hipotéticas paternidades". Ello es así, "porque falta el elemento de autorresponsabilidad de los actos sociales relevantes". "Otra cosa sería -continúa explicando- si el productor de semen lo hubiera destinado a su mujer, o lo hubiera dedicado al contacto con la mujer que será madre; incluso en el supuesto de extracción de semen del cadáver, cuando se pueda probar una precedente manifestación de voluntad del difunto de hacer madre en concreto a aquella mujer que luego ha sido fecundada".

"Por este camino, me parece que se acaba atendiendo simplemente, a la voluntad del sujeto (unida, quizá, al interés que otros tienen en uno y otro resultado). Pues la 'responsabilidad por los actos socialmente relevantes' que conducen al nacimiento de un nuevo ser no ha de plantearse solo en relación con la mujer que dará a luz, sino, preferentemente, en relación con la criatura que nacerá; no basta con que el dador de semen pueda decir: yo no le he hecho un hijo a nadie' (a ninguna mujer), cuando hay duda de que ha contribuido poderosamente a que una

criatura nazca. El dador de semen no puede ignorar que la finalidad del acto; encuadrado en las actividades de una organización a ello dedicada, es fecundar y traer al mundo un nuevo ser humano, aunque él acepte ignorar qué mujer pondrá los gametos femeninos. Es más probable que la dación del semen lleve a una fecundación que no un coito casual y anónimo con mujer desconocida. ¿Es distinta la 'autorresponsabilidad' en uno y otro caso?"⁷⁸.

A LLEDO YAGUE le parece extraordinariamente drástico "establecer como regla general la responsabilidad paterno-filial del donante. Pues este dador de gametos, cuando dona su semen, no lo hace con la intención de establecer ningún vínculo de filiación para con el hijo concebido, sino que se produce la fecundación **ad-hoc**, al intervenir un agente manipulador, cual es, el médico responsable". Y entiende que no puede predicarse de la figura del donante, "ni el elemento copulativo y/o unitivo (entiéndase factor físico), ni tampoco una acción específicamente procreativa. En tal sentido puede argumentarse que su donación es un acto de suyo no exclusivo y determinante de la generación afectiva. En otras palabras, su dación de semen no comporta la responsabilidad natural del acto sexual, ni tampoco el procreativo, **iure proprio**, en ese momento, sino que insistimos que es un acto que, **per se** es sólo idóneo para la generación pero no la provoca. Así pues, no es aquella donación un medio autosuficiente, individualmente considerado para desencadenar, por si misma, por la propia naturaleza de las cosas, ninguna fecundación, sino que, por el contrario, se requiere una

⁷⁸ Idem.

instrumentalización y manipulación humana exterior en el recurso del proceso generativo, de modo y manera que la intervención del tercero será quien decida, tanto la finalidad procreativa o no de aquélla aportación (procediendo a la efectiva inseminación) como la propia elección de la receptora idónea desconocida para el donante de gametos en todo momento.

Esto supuesto, obsérvese que, a diferencia de lo que ocurre en la fecundación natural copulativa, es la que, prescindiéndose, en todo caso del factor voluntarista - querer o no querer ser padre- la procreación ocurre, porque de suyo, al producirse el coito, se realizan **ab intrínseco**, los actos naturales que, de suyo, son propios para desencadenar la fecundación (independientemente de la voluntariedad de la función procreativa). Insisto en que, con su actuación, el sujeto cohabitante pone (quíeralo o no, éste dato es irrelevante) todos los medios necesarios para que la fecundación acontezca de forma que, en ningún caso, colaboran terceras personas coadyuvando el proceso, sino exclusivamente factores intrínsecos en su consiguiente devenir, obrando la propia naturaleza según sus designios (...).

En sentido contrario, en la reproducción humana asistida el acto de la donación de semen es insuficiente para provocar la efectiva fecundación, sino que la voluntariedad y el determinismo de un tercero (médico especialista) hace depender la potencialidad fecundante del gameto donado, eligiendo la receptora idónea"⁷⁹.

⁷⁹ LLEDO YAGUE, Fecundación...cit., págs. 53 y ss.

Tampoco modifica nuestra postura la propuesta de VERCELLONE⁸⁰ quien se pregunta "si es suficiente la derivación genética para la atribución de la paternidad". "La respuesta más simple y lineal posible es la afirmativa" es decir "genitor masculino es aquél del que proviene el semen que ha servido para la fecundación del genitor femenino. Pero -añade de inmediato- parece que hay que aceptar que esta solución se funda sobre una línea-guía, aparente, no sobre la verdadera y más profunda. En verdad, la atribución de la paternidad es la hipótesis de la concepción tradicional ha sido hasta ahora justificada también en función de una responsabilidad del hombre, responsabilidad a su vez deducida de la voluntariedad del acto necesario".

Como puede verse, -observa DELGADO ECHEVERRÍA comentado a VERCELLONE-, son también los conceptos de responsabilidad y voluntariedad los que este autor hace jugar, aunque, al menos a primera vista, atribuyéndoles papeles distintos. Sería la "voluntariedad" el elemento decisivo.

Claro que, como se apresura a advertir, "ciertamente, nunca se ha requerido la voluntad de fecundar. Se deviene padre (...) también si el hombre que se ha apareado con la mujer no quería en absoluto fecundarla, también si estaba seguro de no fecundarla (incluso si haya sido inducido a tal errónea seguridad por el dolo de la **partner**)". Más aún, según sus palabras, "con todo rigor, nunca se ha exigido

⁸⁰ VERCELLONE, "La Fecundazione artificiale", en Politica del Diritto, a. XVIII, No. 3, septiembre, 1986. Cit. por LLEDO YAGUE, Fecundación...cit., págs. 53 y ss; y por DELGADO ECHEVERRÍA, Los consentimientos...cit., págs 16 y ss.

quiera la voluntad de derramar el semen en el vientre de la mujer. Es irrelevante, en el caso de la fecundación natural, que la efusión del semen no haya sido querida, se haya producido incidentalmente, que la voluntad del hombre haya sido, por ejemplo, la de un **coitus interruptus**".

Si la "voluntariedad" en que se requiere fundar la atribución de la paternidad no es la dirigida a la fecundación, ¿en qué consiste este elemento voluntario?.

Más o menos consciente -prosigue VERCELLONE- "(...) la atribución de la paternidad se ha fundado sobre la responsabilidad de la penetración del hombre en la mujer. Esta penetración ha sido vista como un hecho voluntario del hombre, haciéndose depender de esta voluntariedad la responsabilidad y, por tanto, la paternidad. En efecto, la voluntariedad de la penetración por parte del hombre es estadísticamente tan probable que ha sido siempre considerada -y debe considerarse también hoy- como atributo natural, más aún, cierto, de la penetración misma. Se puede, por tanto, afirmar que también en materia de fecundación natural la atribución de la paternidad está en función no solo de la derivación genética sino también de la voluntariedad del acto necesario para que pueda tener lugar la transmisión genética".

Llegamos con esto al final del razonamiento de VERCELLONE: "parece por tanto coherente, en la investigación acerca de los criterios de atribución de la paternidad en los casos de fecundación artificial, considerar, como esencial para tal

atribución, nuevamente un elemento de voluntariedad por parte del hombre". Sólo que, ahora la voluntariedad debe buscarse no en el coito, sino en la fecundación: "es padre aquél cuyo semen ha sido usado para la fecundación de una mujer, pero sólo si ha querido que su semen fuese utilizado precisamente para la fecundación de esa mujer", y no cuando voluntariamente se ha entregado el propio semen para que otros hagan con el lo que quieran, aún sin excluir que lo usen para la fecundación de una mujer.

La conclusión a que se llega -comenta DELGADO ECHEVARRÍA- "podía darse por descontada desde el principio, pues es la comúnmente aceptada, al menos de hecho, en la práctica de inseminación con donante. Pero toda la explicación sobre el fundamento más profundo de la atribución de la paternidad en el Derecho tradicional -la voluntariedad de la relación sexual- parece buscada con el único propósito de llegar a las consecuencias deseadas para el caso de la inseminación artificial.

Carece asimismo de coherencia lógica el paso de voluntariedad del coito, como afirmado fundamento de la paternidad, a la voluntariedad de la fecundación a mujer determinada, cuando coito no hay, si la mera dirección de la voluntad, admitiendo o excluyendo la paternidad propia, fuera el criterio decisivo (para el caso de inseminación artificial) de acuerdo con los principios más profundos que rigen la paternidad en el Derecho tradicional, entonces el mismo criterio debería valer, en el

Derecho tradicional, para la fecundación natural: es decir, el varón excluiría eficazmente su paternidad no queriendo tener un hijo con la mujer con la que yace".

Por nuestra parte hemos de concluir, afirmando que la paternidad (en tanto concepto) debe reposar sobre criterios biológicos y que -dada la penosa permisividad que estas prácticas encuentran en nuestro país- la ordenación de la materia no debería admitir la concurrencia de maternidades (genética, gestante, legal) o de paternidades; pero, en coherencia con los principios informadores de la materia, la única paternidad es la genética. Lo que ocurre es que por distintas consideraciones (como las de TRABUCHI, LLEDO y VERCELLONE), la ley puede atribuir a otras personas, aunque no sean generantes, la patria potestad, apellido, parentesco, y derechos de alimentos y sucesorios. Pero ello no constituye novedad alguna -dice SANCHO REBULLIDA-, pues sucede lo mismo en la adopción, cuyo régimen legal es compatible con la investigación y establecimiento en determinadas circunstancias- de la paternidad ⁸¹.

c) El derecho del hijo a conocer toda la verdad incluyendo la identidad del donante, respecto de su propio origen.

La doctrina va tomando postura en uno y otro sentido -los que están a favor del derecho del hijo a conocer la identidad del donante, y los que niegan tal derecho- también mediante soluciones intermedias ⁸² como LLEDO que se pronuncia

⁸¹ SANCHO REBULLIDA, Informe...cit., pág. 15.

⁸² En favor del hijo a conocer la identidad del donante véase: RIVERO HERNÁNDEZ, La investigación...cit., pág. 12; FLORES GARCÍA, " La inseminación...cit., págs. 325 y 337; SANCHO REBULLIDA, Los estudios...cit., págs. 21 y ss; BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Rodrigo, La

en que el hijo conozca la identidad genotípica de su progenitor y, con el consentimiento de éste, su propia personalidad⁸³ y ZANNONI, quien se decanta por adoptar una solución intermedia: informar al hijo acerca de los datos del donante y la forma de su concepción. Quizá esta solución intermedia -que respetara el derecho y el deber que tienen los padres de hablar con verdad al hijo, y el derecho de acceder a la información indispensable- implica la obligación del establecimiento o del facultativo de recoger y conservar todos los datos relativos al donante y de la pareja, los que deben ser secretos y sólo podrán ser exhibidos por orden judicial o a requerimiento de la pareja o del hijo, para información de éste, cuando fuese mayor

filicación inducida y las clasificaciones legales, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T.I, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, págs. 12 y ss; PANTALEON PRIETO, La responsabilidad...cit., pág. 42, GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ, Aurora, Reflexiones en torno al Informe Palacios y al proyecto sobre técnicas de reproducción asistida, comunicación presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, págs. 2 y 3; SERRANO ALONSO, E., El depósito de esperma o de embriones congelados, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T.II, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, págs. 14 y ss; VIDAL MARTÍNEZ, Las nuevas...cit., págs. 134 y 135; RUIZ VADILLO, Enrique, "La investigación científica y el Derecho. Especial consideración de la ingeniería genética", en Revista General de Derecho, año XLII, No. 54, Valencia, septiembre de 1986, págs. 3648, 3651 y 3652; HORTAL ALONSO, Inseminación...cit., pág. 76. En contra de tal derecho aparecen pronunciarse: MONTES PENADES, Vicente, El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T. I, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, pág. 61. del mismo autor véase: Informe para la Comisión Especial de estudio sobre la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas, presentado al Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, pág. 49; PENALOSA LÓPEZ PIN, Carmen, "Observaciones médicas y jurídicas acerca de la inseminación artificial humana" en Revista jurídica General, No. 4, Madrid, julio-agosto de 1986, págs. 27 y 28; HERNANDEZ IBÁÑEZ, C., "Nuevas técnicas de inseminación artificial" en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1986, pág. 495, entre otros. Así mismo encontramos en algún sector de la doctrina una postura ecléctica, entre los que destacan: ZANNONI, Eduardo, La genética actual y el derecho de familia, ponencia presentada ante el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, diciembre de 1987, pág. 49; GARCÍA RUBIO, Mari Paz, La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al derecho español, ponencia presentada ante el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, octubre de 1988, págs. 65 y ss.

⁸³ LLEDO YAGUE, Fecundación...cit., pág. 33.

de edad. Respecto del donante, en principio no sería informado de la pareja receptora, salvo conformidad expresa de ésta ⁸⁴.

Por nuestra parte no hay la menor duda de que el hijo tiene derecho a conocer la verdad de su origen y la identidad del donante ⁸⁵ por cuanto que aquella relación biológica tiene una enorme importancia para toda persona ya que determina una herencia genética de la que derivan importantes caracteres hereditarios de trascendencia para la persona y la conformación de la personalidad.

A juicio de RIVERO HERNÁNDEZ ⁸⁶ cree que no puede negarse a nadie el saber a quién debe su talla, color, caracteres, predisposiciones genéticas, etc. Negarle aquél derecho a conocer 'su realidad' equivale a consagrar el engaño, la mentira (ocultación consciente e injustificada de algo muy importante que le afecta sólo a el), cosa que, no es sana desde ningún punto de vista (ético, jurídico, social o individual). El hijo tiene derecho a conocer la verdad, su verdad, como en la filiación adoptiva; otra cosa es la oportunidad de la forma y el momento. Distinto es también que en algún caso no lo reclame, o incluso que alguien le engañe.

⁸⁴ ZANNONI, La genética...cit., pág. 50.

⁸⁵ Compartimos de alguna manera la opinión de MARCEL que recoge FLORES GARCÍA: "desde el punto de vista del dador, en el supuesto en que ejerza un oficio lucrativo se transforma en un prostituto de onanismo y si actuara por filantropía, pretendiendo servir a la humanidad, se caería en lo grotesco pues parece evidente la contradicción entre portarse como caballo padre, como semental, como animal reproductor, y pasar por bienhechor del mundo". Irónicamente se pregunta el mismo autor, "¿por qué no se concedería en ceremonia oficial una medalla a los récords de masturbación humanitaria?". Afirma que: "la actividad del donador es equívoca e híbrida, no se sabe hasta qué punto es un acto de hombre o de animal; cuando el hombre se comporta como bestia, se queda muy abajo de ésta". (Cfr.FLORES GARCÍA, La inseminación...cit., pág. 357).

⁸⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, La investigación...cit., pág.11.

¿En aras a qué, o en interés de quién, podría negarse al hijo tal derecho a conocer su verdadero origen?. Con dos personas puede entrar en conflicto el interés y el derecho del hijo. De un lado, con el(los) padre(s) jurídico(s) a quien(es) pudiera molestar que el hijo conozca su imposibilidad o ineptitud para darle vida de forma normal y natural. Por otro lado, el donante de gameto temeroso de que el hijo pudiera reclamarle algo, o a quienes pudiera molestar que se sepa, o que ese ser sepa, su participación y que él es origen y causa de la herencia biológica de éste. Pero en ambos casos, como en todo conflicto de intereses jurídicos, debe ceder el menos ante el más valioso. Y parece bastante clara la superioridad del interés del hijo respecto del de sus padres, y respecto del que pudiera invocar el donante.

VIDAL MARTÍNEZ ⁸⁷ entiende que cualquier regulación que se establezca, y aunque ello comporte obviamente inconvenientes prácticos, debe dejar, en todo caso, abierta la posibilidad, de que pueda conocerse la procedencia biológica del hijo y no alcanza a comprender que sea la ley la que, **ab initio** pueda colaborar a que se produzca el nacimiento del hijo con tamaños condicionamientos ⁸⁸.

⁸⁷ VIDAL MARTÍNEZ, *Las nuevas...*cit., págs. 32 y ss.

⁸⁸ "El anonimato me parece legítimo en tanto en cuanto busque el bienestar del hijo. Es decir, en tanto se trate de la natural reserva que acompaña a los asuntos íntimos y que por ende forma parte del derecho a la intimidad. Pero en modo alguno -pensamos- puede ampararse en este derecho que protege la libertad en el plano de lo íntimo, actos que conculcan precisamente esa libertad -la del hijo-, o que se amparan en tal construcción simple y llanamente para eludir responsabilidades (la del donante, la del médico, la de la madre...) y en fin, de la de todos aquellos que se han juramentado para guardar un secreto, so capa de proteger la intimidad". (Cfr. idem págs. 36 y 37)

DELGADO ECHEVERRÍA dice que: "ni la voluntad del genitor, ni la de la madre, juntas o por separado, ni sumada a las del establecimiento médico o del 'banco de semen', podría privarle de ese derecho"⁸⁹.

d) La conveniencia que de tal conocimiento se derive o pueda derivar una acción de filiación o la atribución de la paternidad.

Aunque este tema lo analizaremos más adelante, parece oportuno anticipar nuestro parecer en el sentido de que -supuesto el derecho al hijo a conocer la identidad de sus progenitores- quepa una suerte de homologación con los supuestos de adopción con determinación de la filiación por naturaleza.

e) Necesidades de que el Derecho deba modificar sus categorías jurídicas fundamentales (conceptos inveterados, como paternidad, filiación, etc.).

De cuando hemos dicho puede deducirse con facilidad que tal modificación equivaldría a la consagración de acciones. El Derecho debe regir las posibilidades de la Biología y no permitir que ésta se sirva de aquél. Ya lo hemos dicho: si algunos no pueden tener hijos y los "obtienen de otros" o los "tienen con otros", esa es sencillamente, la realidad y el Derecho ha de dar una respuesta, también llena de realidad, ante semejantes posibilidades.

⁸⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, Los consentimientos...cit., pág. 21.

CAPITULO III

LA PERSONA FÍSICA EN EL DERECHO CIVIL

1. Nociones previas

La persona humana es el centro mismo del orden jurídico, es la razón de existir del Derecho: sin persona humana el derecho perdería su razón de ser, y "son personas por antonomasia, todos los seres humanos, hombres y mujeres. Históricamente no siempre ha sido así, sino que se privaba a determinados grupos de seres humanos -a los esclavos en particular- de la posibilidad de ser sujetos de derecho, es decir de la cualidad de persona en sentido jurídico".¹ Hoy en día, en los ordenamientos jurídicos de los países civilizados, todo hombre es sujeto de derechos: "la calidad de ser humano asume inmediatamente la de persona, y en consecuencia la de sujeto. Como exige la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Art. 6o., Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica"².

¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, Elementos de Derecho Civil, T. I., Vol. II, Barcelona, 1983, pág. 9.

² Idem.

Por lo mismo HERVADA afirma que "el sujeto de derecho es el hombre"³ y éste es un prius para el Derecho y para el Estado.

Así, se explica qué seres "pueden ser sujetos de un derecho porque la subjetividad jurídica -el ser sujeto- no es mero resultado de tener atribuido un derecho; sino también un antecedente"⁴. "El titular es, ciertamente, sujeto de aquel derecho, pero para poder serlo de aquél, ha de ser antes, sujeto de derechos; o lo que es lo mismo, ha de ser persona"⁵.

Es preciso añadir que no sólo los seres humanos son sujetos de derecho y que de la misma manera que a la persona física, el Derecho concede aptitud para ser titular de derechos y obligaciones a otro tipo de fenómenos conocidos con el nombre de personas jurídicas⁶. Por eso, frente a las personas -físicas y jurídicas-

³ HERVADA, Javier, Introducción crítica al Derecho Natural, Pamplona, 1981, pág. 115.

⁴ TRABUCCHI afirma que "no existe derecho sin persona, tampoco existe persona sin derechos. Algunos derechos son esenciales: los derechos de la personalidad, fundamentales para el hombre, se consideran innatos y originarios". (CFR. TRABUCCHI, Alberto, Instituciones de Derecho Civil, T. I, Madrid, 1967, pág. 79).

⁵ Afirma FERRARA que "desde el punto de vista formal nada se opone a que la personalidad, como emanación del orden jurídico, pueda ser concedida a entes no humanos, de otra parte no es de olvidar que el Derecho existe como ordenamiento de las relaciones entre los hombres". Cit. por: CASTAN TOBÉNAS, José, Derecho Civil Español, Común y Foral, T. I, Vol. II, Madrid, 1978, pág. 96.

⁶ Es necesario no caer en equívocos porque podría parecer que esta división se establece entre dos realidades: la persona humana y las llamadas personas jurídicas. No hay tal. Las personas jurídicas no son más que creaciones de las personas humanas. Hoy se denominan "personas jurídicas" en nuestra legislación a fenómenos tan disímboles como el Estado, los municipios, las sociedades anónimas, las cámaras de industria y comercio, las fundaciones (que no tienen socio), empresas paraestatales y descentralizadas, sociedades civiles, etc., que difícilmente se puede definir su naturaleza jurídica y que es imposible abdicar una denominación unívoca a todos estos fenómenos. Así, no se puede pretender subsumir dentro de un solo concepto realidades que se parecen muy poco entre sí y que solo tienen en común que actúan a la manera de personas físicas: están constituidas mediata o inmediatamente por hombres y actúan a través o por medio de representantes.

que son los únicos posibles sujetos de derecho, los demás entes tienen el carácter de objetos.

La condición de persona, esencial en el Derecho Civil, encuentra en éste una respuesta a sus necesidades más esenciales en el ámbito privatístico. Las diferentes definiciones de Derecho Civil que nos ofrece la abundante doctrina⁷ y la propia descripción del contenido de la materia avalan que la persona es la piedra angular de esta parte de la ciencia jurídica.

⁷ Véase por ejemplo, HERNANDEZ GIL: "El Derecho privado general, que tiene por objeto la regulación de la persona en su estructura orgánica, en los derechos que le corresponden como tal y en las relaciones derivadas de su integración en la familia y de ser sujeto de un patrimonio dentro de la comunidad" (cfr. HERNANDEZ GIL: cit. por LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA, Elementos.... cit., vol. I, pág. 45). GALINDO GARFIAS: "La parte del derecho privado constituida por el conjunto de normas que regulan las situaciones jurídicas y las relaciones comunes u ordinarias del hombre en lo que atañe a su personalidad, o a su patrimonio, y a la institución de la familia, constituye el Derecho Civil. El Centro de las normas que lo integran es la persona humana, considerada con tal calidad, con independencia de otra consideración, ya política, ya económica, profesional, etc. (cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, México, 1973, pág. 88). DE CASTRO: "Es el derecho más propio y arraigado en el vivir del pueblo; pero a la vez y por ello, el que está más cerca de la órbita inmediata del Derecho Natural" (cit. por GALINDO GARFIAS, Derecho.... cit., pág. 88). ROJINA VILLEGAS: "El Derecho Civil, es una rama del Derecho privado que tiene por objeto regular tres materias fundamentales: a) personas, b) familia y c) patrimonio. (cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, T. I, México, 1960, pág. 125). ENNECCERUS: El Derecho Civil es Derecho Privado. El Derecho Privado regula las relaciones jurídicas de los particulares en cuanto a tales, sobre la base de la coordinación. Es el reverso del Derecho Público, que rige las relaciones jurídicas en que las colectividades de derecho público (el Estado, los Municipios, la Iglesia, etc.) en cuanto a tales se hayan, ya entre sí, ya con sus miembros. En el Derecho Público, en tanto se trate de las relaciones del ente colectivo con sus miembros, predominan las ideas de superordenación y subordinación, o bien de protección y previsión" (cfr. ENNECCERUS, Ludwin, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, Tratado de Derecho Civil, T. I, Vol. I, Barcelona, 1934, pág. 1). ALBALADEJO: "El Derecho Civil es el Derecho Privado, pero no es todo el Derecho Privado, sino sólo el Derecho privado general. Regula, pues, las materias privadas para las que no haya dictadas normas o disposiciones particulares constitutivas de otros Derechos privados especiales" (cfr. ALBALADEJO, Manuel, Derecho Civil, T. I, vol I, Barcelona 1985, pág. 39). BONNECASE: "El Derecho Civil es una rama del Derecho que comprende dos categorías de reglas: 1o. reglas relativas a la estructura orgánica y al poder de acción de las personas privadas, tanto individuales como colectivas, físicas o morales, o a la organización social de la familia; 2o. reglas bajo cuyo imperio se desarrollan las relaciones de derecho, derivadas de la vida de la familia, de la apropiación de los bienes y del aprovechamiento de servicios" (cfr. BONNECASE, Julien, Elementos de Derecho Civil, T. I, México, 1945, pág. 26).

En efecto, el Derecho Civil, abarca "las facetas del ordenamiento jurídico privado más próximas al hombre; las que calan más incesantemente en su intimidad y en su existencia cotidiana. Contempla a la persona en sí (derechos de la personalidad); y en su aptitud para ejercer funciones y derechos y vincularse o vincular a otros (capacidad); en sus relaciones y posiciones familiares; en el tráfico y en el disfrute y dominación de las cosas y derechos (derechos reales y de obligación), incluso más allá de la muerte (sucesión mortis causa); en definitiva, pues, en sí, en su dimensión familiar y en sus relaciones patrimoniales".⁸

"De ahí que, -afirma LETE DEL RIO- reiteradamente se afirme, por nuestra mejor doctrina, que el Derecho Civil es el Derecho de la persona. La consecuencia lógica de esta idea es que el Derecho Civil tiene fundamentalmente por objeto la regulación de las instituciones más frecuentes y generales que a la persona se vinculan".⁹

⁸ LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, Elementos... cit. T. I. Vol. II, págs. 45 y 46.

⁹ LETE DEL RIO, José María, Derecho de la persona, Madrid, 1986, pág. 17.

1.1. La construcción jurídico-doctrinal de la persona física en el Derecho Civil

Podemos decir que la perspectiva formal -la contemplada en el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal¹⁰-, no modifica, ni atenta al estatuto ontológico de la persona humana -a ningún civilista se le ha ocurrido decir tal cosa- y que la definición clásica de ésta -substancia individual de naturaleza racional¹¹- es vigente; más aún ser persona en sentido ontológico es, estrictamente hablando y al margen de consideraciones formales, ser persona en sentido jurídico.

Sin embargo, esas consideraciones -que son metajurídicas- hemos de dejarlas de lado y no porque sean falsas: más aún, nos parecen un presupuesto indispensable si se pretende una cabal comprensión de la persona, y disponernos a abordar el tema desde una perspectiva diferente a la que podríamos llamar formal.¹²

Nos interesa, pues, el estudio del status jurídico civil del nasciturus y su protección. Por ello analizaremos el concepto formal de persona física y las disposiciones en el ordenamiento vigente con el objeto de no caer en equívocos.

¹⁰ El cual establece: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

¹¹ Cit. por SERRANO VILLAFOÑE, Emilio, "Naturaleza humana. Derecho Natural", en Persona y Derecho, vol. II, Pamplona, 1975, pág. 547.

¹² Nos parece preciso subrayar que bajo el prisma desde el que analizaremos a la persona física - formal- no deja en ningún momento de ser una perspectiva jurídica-positiva. Sería antijurídica si se lesionara el Derecho Natural y pensamos que esta dimensión formal de la persona no se limita a respetarlo, sino que, precisamente obedece a una exigencia del Derecho Natural: la seguridad en el tráfico.

Tradicionalmente -y éste ha sido el fundamento de la construcción que la mejor doctrina ha hecho siempre- la personalidad jurídica de las personas físicas¹³ comienza con el nacimiento y termina con la muerte (artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal).

El artículo 337 del Código Civil para el D.F. establece que: "para los efectos legales, solo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, ¹⁴ vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. (...)".¹⁵

¹³ Véase, entre otros autores: PACHECO ESCOBEDO, Alberto, La persona en el Derecho Civil Mexicano, México, 1985, pág. 27; MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, T. I, Buenos Aires, 1954, pág. 133; GALINDO GARFIAS, Derecho... cit., pág. 297; PLANIOL Marcel, Tratado práctico de Derecho Civil Francés, T. I, La Habana, 1945, pág. 6; BRANCA, Giuseppe, Instituciones de Derecho Privado, México, 1978, pág. 21; ALBALEDEJO, Manuel, Curso de Derecho Civil Español Común y Foral, T. I, Barcelona, 1977, pág. 134; CASTÁN TOBENAS, Derecho... cit., T. I, vol. I, págs. 100 y 101; LA CRUZ BERDEJO José Luis, Parte General de Derecho Civil, Barcelona, 1983, pág. 15; BONNECASE, Elementos... cit., T. I, pág. 234; TRABUCCHI, Instituciones... cit., T. I, pág. 234; DIEGO Clemente, de, Instituciones de Derecho Civil, T. I, Madrid, 1959, pág. 197; OLIVA, Andrés, de la, "¿Nasciturus o Moriturus?", en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, N. 4, Madrid, Julio-Agosto de 1986, pág. 85; MONTES PENADES, Vicente, La genética actual y el Derecho de Familia, ponencia presentada al C. Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, abril de 1988, pág. 28; LLEDÓ YAGÜE, Francisco, Fecundación artificial y Derecho, Madrid, 1988, págs. 83 y ss; CARBONNIER, Jean, Derecho Civil, T. I, vol. I, Barcelona, 1960, págs. 222 y 223; MORO ALMARAZ, María Jesús, Aspectos Civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro, Barcelona, 1988, págs. 131 y ss.

¹⁴ Al respecto ALBALEDEJO comenta que "lo más seguro parece afirmar que el nacimiento, según la ley (e independientemente de que el concepto sea o no incorrecto desde otros puntos de vista) tiene lugar, no a la salida (natural o artificialmente) del nuevo ser del claustro materno, sino cuando se rompe el cordón umbilical". (cfr. ALBALEDEJO, Curso... cit., T.I. Vol. I, pág. 135). El art. 337 del Código Civil para el D.F. presupone que ha de vivir enteramente desprendido del seno materno veinticuatro horas. Entendemos con el autor citado, que se requiere la ruptura del cordón umbilical a efectos de estar "enteramente desprendido".

¹⁵ En España FEDERICO DE CASTRO ha sostenido que "se requiere vida, no en el sentido de mera descomposición de la materia orgánica, sino en el de la existencia de la vida humana en su natural funcionamiento (excluyéndose la vida artificial a la manera de los corazones preparados por Alexis Carrel. Se entiende que hay vida cuando funciona el llamado trípede vital: función nerviosa, circulatoria y respiratoria, ésta particularmente, que no existe en la vida extrauterina)" (Cfr. CASTRO,

Este inicio de la personalidad es enteramente formal y, cuanto a tal, no niega en ningún momento que la persona física, antes de nacer sea una persona natural, simplemente acota su contenido al ámbito científico correspondiente al Derecho Civil. No encontramos, pues, ninguna objeción a esta disposición toda vez que no atenta, en absoluto, contra los derechos del nasciturus en su perspectiva civil.

En el Derecho Público no se precisa acotación alguna y por ello el Derecho Penal reconoce, en cambio, que el concebido es, desde entonces, una persona natural. Por ello, sin detenerse en consideraciones formales sanciona el delito de aborto (art. 329 del Código Penal para el D.F.) y no se detiene -no debe detenerse- en el análisis del status de ese otro -embrión, feto, etc.- en el Derecho Privado¹⁶. En nuestro Derecho existen algunas disposiciones legales, de carácter administrativo, entre las cuales encontramos cierto paralelismo en la consideración de la persona desde la perspectiva del Derecho Público: La Ley General de Salud (promulgada en el Diario Oficial de la Federación, el día 7 de febrero de 1984). En su artículo 326 fracción II dispone que el consentimiento expreso otorgado por una mujer

de, Derecho... cit, pág. 105). En México la doctrina no se ha ocupado de este requisito. El art. 343 de la Ley General de Salud señala que "la pérdida de la vida ocurre cuando:

I. Se presente la muerte cerebral; o

II. Se presenten los siguientes signos de muerte:

- a. La ausencia completa y permanente de conciencia;
- b. La ausencia permanente de respiración espontánea;
- c. La ausencia de los reflejos del tallo cerebral; y
- d. El paro cardíaco irreversible."

¹⁶ No es momento de detenerse a considerar los llamados "casos extremos" en que el aborto no se castiga (véase OLIVA, de la "¿Nasciturus... cit, pág. 85).

embarazada para realizar la donación del órgano o tejidos, sólo será admisible si el receptor estuviere en peligro de muerte y "siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción", lo que pone de manifiesto que no es lo mismo la salud del uno que del otro. De igual manera el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, promulgado el 6 de enero de 1987; establece en el artículo 45: "Las investigaciones sin beneficio terapéutico en mujeres embarazadas, cuyo objetivo sea obtener conocimientos generalizables sobre el embarazo, no deberán representar un riesgo mayor al mínimo para la mujer, embrión o feto."

Volvamos a lo nuestro, el texto legal es muy claro: el nacimiento determina la personalidad de las personas físicas (art. 22 del Código Civil para el D.F.) pero - continua este precepto- "pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código". El artículo 337 del mismo ordenamiento establece: "para los efectos legales, solo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. (...)". De aquí se deduce, por algunos, que el concebido es ya "persona", porque "basta su existencia para que pueda recibir herencias aunque no haya nacido". Y esta capacidad para heredar la tiene desde el momento mismo de la concepción, sin esperar cualquier ulterior desarrollo, como serían la implantación o la actividad cerebral registrada mediante encefalograma (la subcortical a las seis semanas). El

Código -explican- reconoce la condición de persona, de sujeto del Derecho, al meramente concebido, dotado, por tanto, de derecho a la vida" ¹⁷.

"A mí -escribe LACRUZ BERDEJO- este modo de razonar, me parece arriesgado.

La generalidad de los civilistas explicamos que la personalidad civil se adquiere con el nacimiento (en sentido legal), y algunos añadimos que es preciso el nacimiento en condiciones de viabilidad, es decir, el de un ser humano que no sólo surge vivo del seno materno, sino que, por sus caracteres orgánicos, puede seguir viviendo.

Desde luego, si bien la personalidad civil está en suspenso durante veinticuatro horas, ello no impide que aún en el curso del primer día tenga el recién nacido protección del Derecho Público, y así, en el caso de que alguien le diera muerte, cometería un delito contra la persona del niño como sujeto de derecho protegido ya por el ordenamiento, y no, evidentemente, contra la persona de la madre. Pero si el recién nacido, mientras estuvo en el seno materno (o en la probeta) recibió una herencia y se muere en el curso del primer día de vida extrauterina, no llegaría a heredar, y por tanto, al morir, tampoco dejará herencia,

¹⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Aborto, Persona y Vida", en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1 / 1983, pág. 24.

porque no ha de tener "personalidad civil" ni, en consecuencia, un patrimonio o capacidad de endeudarse.

De ahí se sigue que el feto no es, en sentido formal, persona, es decir, ser dotado de capacidad civil, porque si fuera capaz heredaría ya al causarse la herencia. De donde no es conveniente, en defensa -legítima defensa- de la vida humana, jugar con estos conceptos jurídicos formales, artificiales, que no expresan sino el juicio que forma el ordenamiento sobre la capacidad de un ente para recibir herencias, o contratar, o ser dueño de bienes o deudor de deudas; "persona" lo es también una asociación legalmente constituida, o una sociedad mercantil anónima, respecto de las cuales no se van a plantear cuestiones de legitimidad del aborto: la connotación de ser persona no expresa sino la capacidad que asigna el ordenamiento al ser humano o al grupo para ser portador de derechos subjetivos privados. Es más: si solo a quien es persona en Derecho Civil se le hubiera de respetar la vida, cabría "abortar" a un niño nacido hace veinte horas mediante decapitación, electrocución o cualquier otro procedimiento expeditivo, sin infringir las leyes civiles.

A consecuencia de que no es persona, contra el que se halla en el claustro materno, desde hace nueve días o nueve meses, no se puede cometer homicidio. Y esto es así, porque al concebido no ha otorgado el ordenamiento individualidad jurídica, encomendando su defensa a la madre, e igualmente al padre si es conocido.

Observemos que cuanto llevo dicho constituye una realidad jurídico-formal o jurídico-positiva, es decir, algo organizado y estructurado por la ley estatal, que lo ha hecho así y podría haberlo hecho al contrario (...). No estamos en el terreno de lo útil, lo justo, lo razonable o lo conveniente, sino de las disposiciones publicadas en la Gaceta que pueden ser todo esto o no serlo, y que son las que, al arbitrio del legislador, conceden o quitan la personalidad, que en Roma no tenían los esclavos y ni siquiera los hijos de familia o la mujer sometida a la potestad del marido. De igual modo, calificar de homicidio el acto de quitar la vida a un hombre y de aborto el de quitarla a un no nacido, es una convención terminológica basada en la evidente diferencia de circunstancias accidentales entre uno y otro caso.

Querer sacar, entonces, consecuencias en cuanto a valores éticos y derechos naturales de la persona, de la situación de ésta en la legislación civil positiva, sería empresa vana. A nadie se le ocurriría decir que la esclavitud sea buena en los países donde la ley la permite por obra de esa permisión legal, ni tampoco el aborto¹⁸.

Por eso -intentamos concluir- decir que se puede abortar porque el feto no tiene personalidad jurídica es un argumento grosero que excusa de todo comentario. Pero, igualmente, decir que no se puede abortar porque (esto, hipotéticamente) si la tiene, continua siendo un argumento impresentable.

¹⁸ Idem.

En 1973 el Washington Post publicó un esquema comparativo del aborto y la esclavitud que, nos parece, ilustra muy bien la tesis de LACRUZ que acabamos de exponer:

<i>La esclavitud (1857)</i>	<i>El aborto (1973)</i>
Aún cuando posea un corazón y un cerebro, y biológicamente se le considere humano, un esclavo no es una persona ante la ley. La decisión Dred Solt de la Corte Suprema de los Estados Unidos lo afirma claramente	Aún cuando posea un corazón, un cerebro, y biológicamente se le considere humano, el niño no nacido no es una "persona ante la ley". La Corte Suprema de los Estados Unidos lo ha afirmado claramente.
Un hombre de la raza negra sólo recibe su personalidad jurídica al ser libertado; antes de eso, no debemos preocuparnos por él, pues no tiene derechos ante la ley.	Un bebé solo adquiere la personalidad jurídica al nacer, antes de eso, no debemos preocuparnos por él, pues no tiene derechos ante la ley.
Si usted considera que la esclavitud es mala, nadie le obliga a tener un esclavo, pero no le imponga su inmoralidad a los demás	Si usted considera que el aborto es malo, nadie le obliga a hacer uno, pero no le imponga su moralidad a los demás.
Un hombre tiene el derecho de hacer lo que quiere con su propiedad	Una mujer tiene el derecho de hacer lo que desee con su propio cuerpo.
¿No es, acaso, la esclavitud más humanitario?. Después de todo, ¿no tiene el negro el derecho de ser protegido?, ¿no es mejor, acaso, ser esclavo que ser enviado sin preparación o experiencia a un mundo cruel? (afirmación hecha por una persona que ya es libre).	¿No es acaso el aborto más humanitario?. Después de todo, ¿no tienen todos los bebés el derecho de ser "deseados" y amados?, ¿no es mejor, acaso, que jamás llegue a nacer el niño, antes que se tenga que enfrentar solo y sin amor a un mundo? (afirmación hecha por una persona que ya ha nacido).

FEDERICO DE CASTRO confirma la tesis expuesta: el Derecho, al dictar medidas conservatorias en beneficio de un presunto concebido, no le reconoce como persona ni retrotrae su nacimiento a la concepción (...). Comienza la personalidad con el nacimiento, se es persona desde que se nace (...), pero además protege el derecho al meramente concebido mediante sanciones penales y dictando medidas para conservarles bienes (que se le atribuirán desde entonces si nace)."¹⁹

Esta acotación técnica y formal, obligada por el objeto propio del Derecho privado, no es, decíamos, peyorativa: la nacionalidad, la vecindad; la matrimonialidad, etc. de un sujeto, no lo hacen por esa razón "menos sujeto". Significan, simplemente, un status que precisa unas normas jurídicas específicas.

La definición del status jurídico del concebido no ha sido, en opinión de MORO ALMARAZ²⁰, un asunto fácil y nosotros creemos que las dificultades nacen precisamente de que no siempre se acotan debidamente los términos de lo definido:²¹ el embrión es susceptible de tutela jurídica, como cualquier persona humana, desde diferentes perspectivas. El Derecho Público tiene especiales responsabilidades al respecto, y el Privado, por su parte, en el ámbito de su competencia, deberá hacer otro tanto. Quizá sean el Derecho Constitucional, Penal

¹⁹ CASTRO Y BRAVO, Federico de, Derecho Civil de España, T. II. parte primera, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pág. 102.

²⁰ MORO ALMARAZ, Aspectos... cit., pág. 131.

²¹ Las diferentes definiciones de persona contribuyen, cuando se sacan de quicio, a dificultar las cosas.

y Administrativo los que deban replantearse la cuestión ya que, en el Derecho Civil, al menos en lo que respecta a la protección patrimonial del nasciturus, las cosas parecen estar lo suficientemente claras. Pensamos, sin embargo, que la protección civil de los derechos de la personalidad de los que ha de gozar el nasciturus (si nace, como en el caso de los derechos patrimoniales) ha de evolucionar en la doctrina y en la jurisprudencia.

La construcción jurídica de las numerosas teorías sobre el fundamento de la protección del concebido se ha fincado en diversos sentidos. Algunos afirman que disfruta de personalidad plena; otros dicen que no es plena y que se determina con el nacimiento. También se piensa que es condicional, especial o anticipada²². Así mismo, se concluye que nunca se le puede ver como titular de derecho (¿públicos o privados? o de ninguna clase), ni como persona, sino como una expectativa de vida humana que disfruta de algunos beneficios que la ley le atribuye, quedando suspendidos sus efectos, en situación de pendencia condicionados al nacimiento en virtud del cual se retrotraen al momento de la concepción.

Pensamos, por tanto, que toda vez que es el nacimiento el que determina la personalidad, el concebido no es persona (formal, civil) y carece, por tanto, de capacidad jurídica. Si el artículo 22 del Código Civil establece que se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que cumpla con los requisitos del artículo 337 del mismo ordenamiento, necesarios para ser persona.

²² ALBALADEJO, Derecho...cit. T.I, vol. I, pág. 218.

Su protección se realiza no mediante la creación de una personalidad o de una capacidad condicionales o ficticias sino haciendo, como dice ALBALADEJO²³, simplemente, que todos los derechos o relaciones que le sean favorables al concebido, si ya fuese persona, queden en situación de pendencia, pero sin modificarse su titularidad actual, hasta ver si el concebido llega o no a ser persona.

Entre tanto existe la pendencia, se toman las oportunas medidas precautorias (cfr. artículos 1638 y ss del Código Civil). Cuando se resuelva (se resuelve por el nacimiento con los requisitos del artículo 337, o por el aborto o nacimiento sin dichos requisitos), nada habrá sufrido alteración si el concebido no llegó a ser persona; y si llegó, se le tiene (en cuanto a lo favorable) por nacido desde que fue concebido, haciendo suyos los derechos que a él pertenecerían de haber sido persona durante el período de gestación, y quedando la situación como si verdaderamente lo hubiese sido (retroacción de los efectos de nacimiento).

Esta tesis de dar eficacia posterior y retroactiva al nacimiento con los requisitos del artículo 337, es preferible a la de dar a la concepción eficacia anterior pero sometida a eventual resolución. Y de ninguna manera es exacto que choque con la letra de nuestra ley. El artículo 22 dice que: "(...) desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código". Pero esto no significa que se le

²³ Idem.

tenga ya (eficacia inmediata) por nacido, pues el artículo 337 exige ciertos requisitos. O sea, sólo se le tiene por nacido si nace y cuando nazca con dichas condiciones, aunque se le tiene -entonces- por nacido desde que fue concebido.

1.2. Protección civil del nasciturus

La doctrina ha insistido en indagar la naturaleza jurídica del nasciturus en el Derecho Civil. A nosotros nos parece inútil insistir: el concebido y no nacido es, a todas luces, una persona humana que, a efectos civiles y desde el punto de vista formal o, si se prefiere, artificial, no ha adquirido personalidad jurídica y esto sin perjuicio de que el Derecho Público le otorgue una adecuada protección -que hoy por hoy parece insuficiente-, y el propio Derecho Civil, en el ámbito privatístico, haga por él lo que le corresponda.

Por esto, a continuación, sintetizaremos algunas de las medidas con las que el Derecho Civil protege al ser humano pues aquél es, sin lugar a dudas -aunque en un ámbito restringido, esto es, circunscrito a su propio objeto- protector de éste y no sólo desde su nacimiento sino desde el momento mismo de su concepción. En otras palabras: queremos plantearnos hasta dónde alcanza, hoy por hoy, la protección del nasciturus por el Derecho Civil.

Insistimos en el planteamiento inicial: la personalidad jurídica comienza con el nacimiento y se pierde con la muerte. Esto es claro y no debe inducir a error. La protección jurídica del nasciturus desde la óptica del Derecho Civil está señalada en la ley. Tal es el caso del artículo 2357 del Código Civil "los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal de que hayan estado concebidos al tiempo en que aquella se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337".

Nótese que la donación está condicionada a que el nasciturus nazca en los términos del artículo 337 del Código Civil, y que la obligación del donante ha de existir de alguna manera puesto que las bases para el establecimiento de una relación jurídica ya existen (por eso el donante no puede revocar la donación a menos que se den los supuestos del artículo 2359 del Código Civil) y sólo se espera el acontecimiento futuro e incierto para darlas, en definitiva, por nacidos o por no nacidos²⁴.

En cambio nunca pueden establecerse, ni sujetar a condición, relaciones jurídicas con un concepturus, puesto que éste, en el mejor de los casos es un ente

²⁴ En el Derecho Mexicano el artículo 2357 del Código Civil establece: "los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquella se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337".

Es omisa esta ley en la designación de la persona legitimada para aceptarla, por lo que, consideramos, deben ser los padres del nasciturus quienes en el ejercicio de la patria potestad acepten la donación una vez que ha nacido satisfaciendo los requisitos legales (art. 337 del Código Civil para el D.F.). No encontramos ningún fundamento jurídico en nuestro ordenamiento para concluir que el nasciturus está sujeto a la patria potestad. En todo caso el artículo 2357 condiciona la adquisición al nacimiento y consideramos que el donante está impedido para revocar la donación que sólo será ineficaz si el donatario no nace vivo.

imaginario o de razón, sin ninguna entidad, y no puede, de ninguna manera ser sujeto de derechos y obligaciones.

Respecto a la existencia de derechos subjetivos no patrimoniales baste por ahora exponer una parte del artículo 353 Quáter del Código Civil para el D.F. que establece que pueden gozar también de reconocimiento los hijos no nacidos, si el padre declara que reconoce al hijo de la mujer que está embarazada.

Se trata, sin lugar a dudas, de un derecho subjetivo concedido también, en favor de un nasciturus, esto es, en favor de alguien que no es persona en sentido formal. En todo caso el efecto de ese reconocimiento sólo produce consecuencias si nace vivo y viable (art. 337 de Código Civil).

1.2.1. La protección de la persona y los llamados derechos o bienes de la personalidad²⁵

Resulta decisiva la acotación contenida en los artículos 22 y 337 del Código Civil, sobre ese objetivo jurídico primario, que contempla el Derecho Civil: la

²⁵ A la persona humana, antecedente y presupuesto del orden jurídico, le corresponden por derivación de su propia naturaleza derechos que le son necesarios para lograr sus fines y que pueden tener diversa naturaleza: bienes o derechos personales (la vida, el honor, el nombre, etc.), patrimoniales, familiares y sociales. La protección a la primera y principal teoría se traduce en los llamados bienes (DE CASTRO) o derechos de la personalidad que, al decir de CASTÁN, "son aquellos que a diferencia de los patrimoniales garantizan al sujeto el señorío sobre una parte esencial de su propia personalidad o bien aquellos que tienen por objeto los modos de ser físicos o morales de la persona" (Cfr. CASTAN TOBENAS, José, "Los derechos de la personalidad" en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, julio-agosto de 1952, pág. 6).

persona. Si bien es verdad, decíamos anteriormente, que "el nacimiento determina la personalidad", también es igualmente cierto que "al concebido se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código". Por ello y sin perjuicio del análisis que de este precepto hemos expuesto, y a la vista de su misma redacción, pensamos que debe interpretarse en un sentido amplio y no ceñido únicamente a aspectos patrimoniales²⁶. En efecto, de la misma manera en la que el nasciturus han de aprovecharle, si nace, las situaciones patrimoniales de "pendencia" (donación, legado...), deben, beneficiarle igualmente todas aquellas cuestiones civiles no patrimoniales. Este es el caso de los derechos que pueden surgir como consecuencia de una eventual lesión a los derechos o bienes de la personalidad provocada por manipulaciones de las que eventualmente haya sido objeto. De esto podrían extraerse importantes consecuencias -la jurisprudencia y la doctrina habrían de profundizar a su tiempo- en orden a la materia que nos ocupa. Hoy no pueden quedar dudas acerca de la protección que merece el nasciturus en todos los órdenes y también en el Civil. Por lo mismo, considero que el nasciturus deviene, cuando nace, en sujeto de los derechos de la personalidad que ya le correspondían desde su concepción²⁷.

²⁶ VIDAL MARTINEZ, Jaime, Las nuevas formas de reproducción humana, Madrid, 1988, pág. 48.

²⁷ Esta afirmación, no exenta de dudas, por cuanto que, como hemos afirmado, el nasciturus no es persona y no puede, por ende, ser titular de un derecho subjetivo (derechos de la personalidad, y que se predicar precisamente "de la personalidad", por ejemplo el derecho a la vida) puede, sin embargo, sustentarse toda vez que DE CASTRO admite, al tratar del sujeto de los derechos subjetivos, que éstos "pueden nacer y subsistir sin un sujeto determinado"; indeterminación que ha de ser transitoria y, que el Derecho permite solo en circunstancias especiales (por ejemplo en favor del concebido). (Cfr. CASTRO Y BRAVO, Federico de, Compendio de Derecho Civil, T.I, Madrid, 1968, pág. 156).

La inseminación artificial, la fecundación in vitro, la transferencia intratubérica de gametos, la transferencia del embrión, las manipulaciones que suelen acompañarlas (crioconservación, etc.) y otros fenómenos ya descritos pueden producir taras físicas o psíquicas que, a mi juicio, lesionan los derechos de la personalidad (en muchos casos, la vida misma), en este caso el nacido mediante estas técnicas, que son susceptibles de la tutela civil resultante de la acción de indemnización que con carácter general establece el Código Civil en el artículo 1910, contra el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres causa daño a otro está obligado a repararlo ²⁸.

²⁸ Como es obvio -escribe A. FERNANDO PANTALEON PRIETO- los problemas más claros de responsabilidad civil que pueden suscitar las técnicas de reproducción humana artificial surgirían cuando el niño, fruto de las mismas, nazca con serias taras físicas o psíquicas. Ello puede ser consecuencia de defectos del material genético utilizado, ya se trate de defectos "originarios" (gametos de personas con infecciones transmisibles o enfermedades hereditarias), ya de defectos "sobrevenidos" a resultas de los procedimientos de obtención o conservación del material genético (por ejemplo, daños a los óvulos a utilizar en la fecundación in vitro derivados del usual tratamiento a la mujer o a la donante de hormonas, ultrasonidos y anestésicos o de la negativa influencia del medio de cultivo en que los óvulos se conservan hasta el momento de la fecundación), o de otras manipulaciones a las que en ocasiones dicho material se somete (por ejemplo, centrifugado del esperma con fines de selección del sexo de la criatura). Aquellas taras, en fin, pueden traer su origen en daños inferidos a los preembriones en los procesos de crioconservación o de transferencia de los mismos al útero, por más que sea lo normal que los preembriones dañados no lleguen a término. La responsabilidad civil, contractual o extracontractual según los casos, de la persona o personas a quienes tales fallas resulten imputables, resulta indudable en línea de principio. El médico será civilmente responsable frente a los padres por los daños patrimoniales y morales que les cause el nacimiento del hijo tarado. La indemnización del daño patrimonial habrá de limitarse como regla, a los mayores gastos de cuidado y mantenimiento de la criatura provocados por las taras con que nació. Ya que de ordinario, de haber obrado el médico diligentemente, bien habrían tenido los padres un hijo que mantener, aunque uno sano. Pero ello no será así como excepción, a aquellos casos en que se deba entender que, de haber actuado el médico con el cuidado exigible, los padres habrían optado por no tener el hijo que en principio deseaban: por ejemplo, el niño fruto de una fecundación artificial homóloga nace con taras hereditarias de su padre, el riesgo de la transmisión de las cuales pudo y debió detectar el médico, no siendo presumible que, de haber sido informados al respecto por éste, los padres hubieren recurrido a una fecundación artificial con semen de un donante. En supuestos como éste, a mi juicio, el médico tendrá que indemnizar a los padres todos los gastos de cuidado y de mantenimiento del hijo nacido tarado. Claro que me parece también que el médico habrá de responder civilmente frente al niño por los daños patrimoniales (no cubiertos ya, en su caso, por la indemnización otorgada a sus padres) y morales que para él se deriven de las taras con que nació. Esta cuestión, sin embargo, puede ser objeto de polémica y requiere, por tanto, un análisis más detenido. Imaginemos que el niño fruto de la inseminación artificial heteróloga ha nacido con graves lesiones físicas y psíquicas porque el médico no realizó un cuidadoso control genético del donante de semen.

Téngase en cuenta que el estudio más completo hasta el presente de la práctica de la inseminación artificial heteróloga en los Estados Unidos revelaba que sólo el 28.8% de los médicos encuestados realizaba algún tipo de prueba bioquímica de los donantes de semen y menos del 1% comprobaba si eran o no portadores de la enfermedad de Tay-sachs. Y que se han documentado ya varios casos de transmisión de enfermedades infecciosas en el empleo de dicha técnica de reproducción.

Ante una pretensión indemnizadora ejercitada por el nacido tarado (o en su nombre por sus representantes legales), ¿podría el médico exonerarse con la argumentación siguiente: "cuando yo realicé la conducta presuntamente generadora de las responsabilidades civiles que se me exige, el niño no había nacido y ni siquiera estaba concebido: no era, por tanto, titular de un derecho a la integridad física o psíquica o a la salud que pudiera ser lesionado por mí. Y cuando nació, cuando adquirió la personalidad jurídica y la capacidad para ser sujeto de derechos, nació ya lesionado en su integridad o salud. No puede afirmarse, en consecuencia, que en algún momento haya yo lesionado el derecho a la integridad física o psíquica o a la salud del niño?". Me parece evidente que la respuesta ha de ser negativa. Esta argumentación puramente conceptual sólo podría tener alguna fuerza de ser cierto que la lesión de un derecho subjetivo -naturalmente de alguien ya nacido (o, al menos, ya concebido; pero partiendo de la muy discutible premisa de reconocer al concebido una suerte de "personalidad jurídica anticipada"; fuera en nuestro ordenamiento un elemento constitutivo del supuesto de hecho generador de responsabilidad civil. Pero resulta que, a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en el Derecho Alemán (cfr. 823, 1. BGB), ello no es así: nuestro sistema de responsabilidad extracontractual no es "típico" sino de "cláusula general" (art. 1902 CC.). Basta entonces tener claro que son sin duda daños las consecuencias negativas, patrimoniales y no patrimoniales, que van a derivarse para el niño de las taras con que nació por culpa del médico. Consecuencias éstas que se producen y producirán cuando quien las sufre y sufrirá tiene ya personalidad jurídica y puede ser titular de pretensiones indemnizatorias. Por lo demás, la doctrina y jurisprudencias alemanas (desde el conocido "Lues-Fall" BGH 20 de diciembre 1952, BGHZ 8, 243 ss) están hoy de acuerdo en que la responsabilidad civil por lesiones de la integridad o la salud (ex/823, 1 BGH) puede también surgir a consecuencia de conductas anteriores al nacimiento o, incluso, a la concepción del lesionado; por más que, como es lógico, se haya discutido enormemente tanto sobre cuál sea la "correcta" explicación dogmática de tal afirmación de principio, como sobre cuáles sean los supuestos concretos en que dicha responsabilidad puede ser impuesta. Al igual que sucede en la generalidad de los ordenamientos.

Firmemente establecido lo anterior, no podrá existir duda alguna sobre la responsabilidad civil del médico que realizó negligentemente una inseminación artificial o una fecundación in vitro frente al niño nacido tarado, cuando menos en aquellos casos (daños "sobrevenidos" del material genético utilizado o inflingidos al preembrión durante su conservación o transferencia al útero en que, de haber obrado el médico correctamente, el niño podría haber nacido sano). Pero es precisamente lo que no ocurre en el ejemplo antes propuesto, ya que, si el médico hubiera llevado a cabo un adecuado control genético del donante de semen, no hubiera empleado el esperma de éste (hubiera utilizado el de otro donante o no habría realizado la inseminación artificial) y precisamente el niño por cuyas taras se le reclama indemnización no habría nacido (habría nacido otro o ninguno).

¿Podrá entonces exonerarse el médico frente a la pretensión indemnizatoria del niño nacido tarado con el argumento de que la conducta por la que pretende exigírsele responsabilidad es precisamente aquélla a la que al niño debe la vida, o si se refiere, con el argumento de que, si hubiere obrado diligentemente, el niño habría sufrido un perjuicio aún mayor, dado que él no hubiese nacido ni tarado, ni sano?

Contra la opinión de algunos autores, yo creo que la respuesta ha de ser igualmente negativa. La conducta del médico ha desencadenado dos cursos causales lógicamente diferenciables: por un lado, el de la venida al mundo de la criatura; por otro, el de la lesión dañosa de la misma.

La generación del nuevo ser sólo hace posible la lesión, no la neutraliza ni la compensa. Es verdad que, si el médico hubiera obrado diligentemente, ese niño no hubiera nacido; pero lo cierto es que ha nacido y ha nacido tarado por culpa del médico que desempeñó en la hipótesis el papel de "señor de la vida". Sería absurdo considerar la vida en estos casos uno de los beneficios que deban ser computados en el cálculo de la indemnización por la vía de la compensación *lucrum cum damno*. Tan absurdo como afirmar lo propio ante la pretensión resarcitoria de una sociedad por daños derivados de la sobrevaloración de su aportación por parte de un socio fundador sin medios entonces para realizar la pactada. En fin, el juicio sobre si sea o no mejor, y cuanto mejor sea, nacer con taras que no nacer es un juicio personalísimo e indiscutible, que escapa por completo a la competencia de un

Ciertamente, decíamos, las funciones que el ordenamiento (no sólo civil) debe desplegar para proteger el "bien jurídico" que es la vida del nasciturus, implica para el Estado, con carácter general, dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación (piénsese en la críoconservación de embriones) y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida. Pues bien, ahora me pregunto, después de estudiado el acotamiento dado por los artículos 22 y 337 del Código Civil si a este ordenamiento le corresponde hacer algo por la protección del nasciturus del primero y primordial de los derechos de la personalidad: el derecho a la vida²⁹.

tribunal humano. Aunque contemplando algunos supuestos distintos de los ahora analizados, pero con argumentos en parte idénticos a los anteriores, la mejor doctrina alemana ha llegado a la muy sensata conclusión de que el argumento "el nacido tarado no hubiera venido al mundo de no ser por la conducta causante de las taras" carece de fuerza jurídica y es irrelevante a efectos de exoneración de la responsabilidad por daños.

Señalar, en fin, que si bien no cabe negar la posibilidad de que el médico pacte válidamente con la mujer usuaria de las técnicas de reproducción asistida (y, en su caso, con su marido o compañero more uxore) cláusulas de limitación de su responsabilidad, resulta evidente, en mi opinión, que las mismas no tendrán eficacia alguna por lo que respecta a las pretensiones indemnizatorias del nacido fruto de dichas técnicas" (cfr. PANTALEON PRIETO, Fernando. La responsabilidad civil de los sujetos o instituciones intervinientes en un proceso de fecundación asistida, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T II, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, págs. 16 y ss).

²⁹ MINOLI analiza una sentencia dictada por el tribunal de Piacenza del 31 de julio de 1950 en la que se reconoce al hijo sífilítico el derecho a recabar de su padre, que lo engendró padeciendo dicha enfermedad, un resarcimiento por daños y perjuicios. Este autor critica dicha sentencia pues el daño se hace radicar no ya en un accidente externo sino en el propio hecho de recibir la vida, y esto es una consideración subjetiva del tribunal que no tiene fundamento en la ley y está ajeno a toda lógica jurídica (cfr. MINOLI, "¿Responsabilidad del padre hacia el hijo en razón de responsabilidad congénita?" en Ius RIF di Scienze Giuridiche, Roma, Junio, 1952, págs. 279 y ss., cit. por DIEZ DIAZ, Joaquín: Los derechos físicos de la personalidad. Derecho Somático, Madrid, 1965, págs. 82). LENER, por su parte, dice que el absurdo de la sentencia conduciría a que lo mejor para el sujeto se alcanzaría con una reparación in natura: esto es, se llegaría al extremo de que un sujeto inexistente pudiera a su criterio rechazar su posibilidad de vivir (cfr. LENER, "¿Mero delito civil la paternidad?", en Rev. Foro Italiano, 1952, IV, págs. 12, y ss. cit. por DIEZ DIAZ, Los derechos... cit., pág. 82). La cuestión -afirma DIEZ DIAZ- no era tanto decidir sobre la ilicitud de engendrar o no con sífilis, como la de decidir, eso sí, si el así engendrado debiera considerarse como dañado, procediendo a una indemnización en su caso. Excluida una responsabilidad a quien originó la enfermedad. El causante es responsable de manera tan normal como si hubiera provocado lesiones traumáticas a un nacido. La relación paternidad, en cuanto a fuente de la vida, es, sin embargo, independiente.

La protección civil de la vida del nasciturus presenta serias dificultades. GARCIA AMIGO señala que: "no parece posible la protección civil contra el aborto; en primer lugar, porque el feto no es todavía un ser humano ni, por consiguiente, persona; además la sanción de la responsabilidad civil no es viable cuando ambos padres son responsables del aborto, ya que los daños morales y materiales los sufrirían precisamente los padres, que serían a los que tendría que indemnizarse. Este argumento no valdría cuando el causante del aborto fuese un tercero. En los casos de aborto no despenalizado sólo cabe hablar de responsabilidad civil derivada del delito, pero la reparación no podría hacerse en la persona de la víctima (la criatura abortiva) que nunca llegó a adquirir por falta de personalidad " ³⁰.

En la jurisprudencia española, la sentencia del 7 de marzo de 1929 ha sentado que la transmisión consciente de enfermedades venéreas constituye delito de lesiones. De donde puede deducirse su aplicación, idénticamente, para la prole.

Consideramos que si bien es verdad que las dos sentencias mencionadas escapan al objetivo estricto de este trabajo, también es igualmente cierto que constituyen un antecedente interesante. En efecto nadie puede reivindicar, antes de existir un derecho subjetivo a iniciar la existencia, más sin embargo nos parece que es legítimo sostener el derecho del niño a obtener un origen plenamente humano a través de la concepción adecuada a la naturaleza personal del ser humano.

La vida es un don que debe de ser concebido conforme a la dignidad, tanto del sujeto que la recibe, como de los sujetos que la transmiten (cfr. DIEZ DIAZ, Los derechos... cit., págs. 82 y ss).

En síntesis, a efecto de nuestro estudio, consideramos que las hipótesis que estamos estudiando -de inseminación artificial, fecundación in vitro, congelación de embriones y gametos, subrogación de madre, inseminación postmortem, etc.- debe dar lugar, ante una situación de hecho, a la reparación del daño, y a la reparación del daño moral en los términos del artículo 1910 del Código Civil, en favor del niño que ha sufrido esos ilícitos y, en su caso, en favor de las personas que eventualmente sean víctimas por ejemplo la mujer que se le implanta un embrión sin su consentimiento). Concluimos, provisionalmente, que el embrión que ha padecido estos ilícitos sólo podrá reclamarlos si nace vivo en los términos de los artículos 22 y 337 del Código Civil para el Distrito Federal.

³⁰ Cit. por LETE DEL RIO, Derecho... cit., pág. 179.

Creemos de todas maneras, como ya dijimos, que la doctrina y la jurisprudencia genuinamente civiles han de evolucionar para hacer posible la efectiva indemnización del daño causado (físico o moral) al nasciturus durante este período cuando, con motivo de las manipulaciones se lesionan sus derechos de la personalidad, para que cuando ésta se determine (art. 22) se proceda judicialmente.³¹

Me parece que una adecuada normativa en torno a la responsabilidad civil, derivada por estos actos, puede constituirse en un obstáculo a la utilización de estas técnicas.

En efecto, la repercusión civil que tiene el privar de la vida a otro está contenida en forma genérica en el artículo 1910 del Código Civil. La manera de reparar es el contenido patrimonial y no puede ser de otra manera: la vida quitada no se puede devolver. De aquí que "no deja de ser un remedio indirecto, incompleto, y sólo eventualmente protector del derecho vital lesionado. Se trata de una reparación a posteriori, defectuosa, porque no consigue devolver la eficacia del bien que mira a proteger, y sí, tan sólo, una insuficiente inajustada, y dudosamente restauradora compensación pecuniaria"³².

³¹ Lo contrario sería acotar los derechos del nasciturus a los estrictamente patrimoniales. Resultan muy interesantes las afirmaciones de PANTALEON PRIETO, en su ponencia La responsabilidad... cit., págs. 16 y ss, y creo que su meditada lectura podría disuadir a algunos a actuar de esa manera.

³² DIEZ DIAZ, Los derechos... cit., págs. 142 y 176.

Por lo que respecta a la vida del nasciturus no vemos posible una adecuada protección civil, y esto porque no es posible el restablecimiento de la situación anterior y porque la eventual indemnización (pago de daños y perjuicios) correría a cargo de los culpables de su muerte y a favor de sus herederos. Pero como no ha nacido, nunca ha adquirido y tampoco puede causar sucesión.

Esta limitación del Derecho Civil para proteger directamente la vida del nasciturus viene dada por el necesario acotamiento del que hemos hablado porque es requisito de su propio objeto y metodología científica.

Sin embargo, el civilista es ante todo un jurista y el exceso de su especialización no debe conducirle a una miopía que le impida ver que el Derecho Civil, que es parte de un solo derecho que únicamente se diversifica por necesidades didácticas; está insertado en la ciencia del Derecho como otras tantas disciplinas jurídicas que sí están avocadas, en cambio, a proteger directamente la vida del concebido.

Sí propugnamos en cambio, por una evolución doctrinal, jurisprudencial, y eventualmente, legislativa, que procure proteger suficientemente al nasciturus en ese período, y específicamente en el campo del Derecho Civil, y que sean posibles todas aquellas acciones que deriven de cualesquiera daños físicos, psíquicos y morales que el ya nacido haya sufrido desde su concepción. Todo ello sin perjuicio

de la imperiosa tutela -más necesaria que nunca- que el Derecho Público ha de dispensarle.

En síntesis, y en un intento de redondear las ideas expuestas sobre la protección civil no patrimonial del nasciturus, especialmente la vida, podemos afirmar:

- a) El concepto de persona en el Derecho Civil es un concepto técnico-formal (como lo es, también el del causante del impuesto sobre la renta) y que no coincide con el concepto ontológico. La realidad entitativa del nasciturus es incuestionable y es por ello que la ciencia jurídica protege su vida desde la óptica del Derecho Público. Si la entidad ontológica del nasciturus no fuera tal, no tendría sentido ni fundamento la protección que le dispensa el Derecho Constitucional, Penal y Administrativo.
- b) El no nacido no es persona civil y en este sentido la opinión doctrinal es prácticamente unánime³³.
- c) Al no ser persona, y mientras no lo es, el nasciturus no es sujeto de derechos subjetivos civiles que están en estado de "pendencia" tanto los patrimoniales como

³³ Entre otros muchos: LACRUZ, SANCHO REBULLIDA, ALBALADEJO, CASTAN, DE CASTRO, DIEZ DIAZ, LETE DEL RIO, DE DIEGO, GARRIDO DE PALMA, GALINDO GARFIAS, PLANIOL, CARBONNIER, DE CUPIS, TRABUCCHI, DIEZ PICAZO-GUILLON, FERRARA, IGLESIAS, BRANCA, MESSINEO, BONNECASE, MANRESA, ENNECCERUS KIPP Y WOLF, PUIG PEÑA, LLEDO, VIDAL, MORO ALMARAZ, PANTALEON, SERRANO, MONTES PENADES, BERCOVITZ, PACHECO, DIEZ DEL CORRAL, ESPIN CANOVAS, GARCIA CANTERO, DE LA OLIVA, PEÑA Y BERNARDO DE QUIROZ, RIVERO HERNANDEZ, ZARRALUQUI, ZANNONI.

los personales. Su protección se encomienda al Derecho Público. De aquí que, como afirma DIEZ DÍAZ: "Los derechos subjetivos no surgen si no es sobre la base de una concesión por parte de algún ordenamiento jurídico. No se es persona, en sentido jurídico, hasta que la legislación respectiva lo estime así y se cumplen los requisitos o condiciones que ella viene a establecer.

Antes podría únicamente existir una pretensión lógica, una aspiración justificada, una adecuada facultad moral (...). No existe un derecho a la personalidad, porque la personalidad no puede ser objeto de derechos. Se adquiere, se posee la personalidad, y con esta base pueden ejercerse ya cualesquiera derechos"³⁴.

De manera análoga no puede darse un derecho privado a obtener la vida: la persona, una vez que ya es persona, tiene indudablemente un derecho a vivir; pero antes nunca pudo contar con un derecho a nacer. Tal afirmación, que parece un tanto excesiva y peligrosa, y que tiene trascendental competencia en cuanto a la moral y a la religión³⁵, resulta, no obstante, jurídicamente exacta, puesto que si la personalidad no comienza hasta que la persona ha nacido en determinadas condiciones, mal se podría hablar, con anterioridad, de su pretendido derecho a obtener la vida, porque precisamente nos faltaría el presupuesto necesario para

³⁴ DIEZ DIAZ, Los Derechos... cit., págs 90 y 91.

³⁵ Personalmente no creo en la "trascendental competencia" ya que se habla de planes claramente diferenciados: el natural y el técnico-civil.

poder reclamarla e intentar su ejercicio y defensa. El que no ha nacido, precisamente por no ser sujeto de derecho todavía, mal puede poseer cualquiera de ellos. Si la posibilidad de adquirir derechos va unida a la condición de ser persona, y para ser persona se necesita haber nacido, resulta evidente la negación de un derecho, previo al nacimiento mismo.

En definitiva, el derecho a la vida depende del hecho mismo de vivir. Pero el derecho a la vida, como tal, no puede comprender una solicitud de la misma. En puridad, sin un titular no cabe referencia de sus derechos.

Con todo sería erróneo suponer que la posibilidad de llegar a cuajar en persona, que la posibilidad, por tanto, de detentar futuros derechos, es indiferente al Derecho mismo. Antes bien, el derecho objetivo procura la atribución de determinados efectos jurídicos respecto del nasciturus, creando una situación jurídica de pendencia, una expectativa de derechos futuros, de los que transitoriamente otorga su representación, ya que el concebido no es posible que los detente por si mismo. Al situar la posibilidad de origen de derechos en un hecho condicional o evento del nacimiento mismo, se pretende, por otra parte, garantizar esa expectativa de derechos a través de quienes ya son personas, y prohibiendo y sancionando, desde luego, cualquier posible ataque a una pretensión tan digna. En conclusión, mejor que un derecho subjetivo del meramente concebido a nacer podría patrocinarse una protección objetiva, cuyo objeto es la salvaguarda de aquella aspiración privada y, a la vez, la diferencia del interés social y público

correspondiente. Se explica así que a pesar de no convertirse aún en sujeto de derechos el "concebido pero no nacido", es partícipe, sin embargo, de una efectiva consideración jurídica de tipo privado (se pueden recibir donaciones en su nombre en algunas legislaciones como España) y de tipo público (rigurosa punición del aborto).

CAPITULO IV
LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA
Y EL DERECHO CIVIL

1. Calificación jurídica de los gametos humanos

La IAD y la FIVET heterólogas presuponen la necesaria participación de un tercero que será el donante del gameto (masculino y/o femenino) cuya impronta genética llevará consigo el procreado mediante estas técnicas. Conviene, quizás, hacer un somero análisis sobre las características de los gametos y su calificación jurídica.

Para acceder a una mínima estimación jurídica de los gametos es imposible desprendernos de su significado biológico. Los gametos (óvulos y espermatozoides) son ontológicamente y substancialmente diferentes de los embriones: aquellos son células y éstos individuos, y ambos con una diversa dirección teológica: éstos tienden a desarrollarse según la dinamicidad totalmente íncita en su ser y aquellos se dirigen a fecundar o morir.

Pero, ¿qué son para la ciencia jurídica el esperma y el óvulo? Caracterizados por su potencialidad para producir vida humana, éstos elementos se resisten a una ubicación. Son desde luego cosas, como cosa es todo aquello que no es persona.¹

Otros autores² enfatizan que no son cosas disponibles y que están, en palabras del propio MONTÉS PENADES, fuera del comercio es notable la mayoría que postula una cierta circulación siquiera sea restringida, gratuita, limitada y controlada;³ y que pueden ser objeto de negocios jurídicos⁴ o estar en el comercio como elementos utilizables para ciertos fines cuya bondad se ha establecido de antemano.⁵ Y es precisamente esta "bondad" la que en coherencia con los

¹ Cfr. MONTES PENADES, Vicente, Informe para la Comisión Especial de Estudio sobre la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas, presentado al Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, págs. 9 y 10.

² Véase por ejemplo, HORTAL ALONSO, Augusto, "Inseminación Artificial y Fecundación in vitro. Aspectos éticos" en Revista de Teología y ciencias humanas, Universidad Pontificia de Comillas, vol. 44, Núm. 84, Madrid, enero-julio de 1986, pág. 77; PINAR, Blas, "Problemas morales y jurídicos de la inseminación artificial", en Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas, T. V, Pamplona, 1969, pág. 567.

³ Véase entre otros a MONTES PENADES, Informe... cit., págs. 9 y 10. Cfr. Grupo de trabajo constituido en la Dirección General de los Registros del Notariado, Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación in vitro, suplemento núm. 3, 1986, Madrid, 15 de enero de 1986, pág. 18. GARCIA RUBIO, Mari Paz, La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho Español, ponencia presentada en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, octubre de 1988, pág. 64.

⁴ ZANNONI, Eduardo, La genética actual y el Derecho de Familia, ponencia en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, abril de 1988, pág. 49.

⁵ MONTES PENADES, Vicente, La genética actual y el Derecho de Familia, ponencia presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, abril de 1988, pág. 28.

principios informadores no podemos admitir por contradictoria a la dignidad humana y por ofensiva a la institución familiar. ⁶

ZARRALUQUI ⁷ realizó un extenso estudio sobre la naturaleza jurídica de los elementos genéticos que clasifica en cinco grupos: las gónadas, los gametos, el útero, el cigoto, y el genoma. Y propugna porque el Derecho, enfrentado con la singularidad que representa el desarrollo de estas técnicas, avalice la ubicación de éstos elementos en el mundo jurídico para actualizar o prohibir, regular y limitar, los actos que les afectan, y permitir, invalidar y sancionar las infracciones. Afirma que los espermatozoides, al separarse del cuerpo masculino que lo ha producido, se constituyen en cosa, y, por tanto, en objeto de derechos. Concluye diciendo que los gametos son cosas porque son susceptibles de apropiación útil e individualizada, pero son indiscutiblemente de tráfico restringido, por su especial condición y calidad. Al referirse a los ovocitos los califica de cosas objeto de negocios jurídicos, "depósito, conservación, transmisión y uso". ⁸

Hay quien considera que "el semen es poco más que pura bioquímica" ⁹ o le da el tratamiento de una transfusión de sangre, incluso -en palabras de MORO

⁶ SANCHO REBULLIDA, Francisco, Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española, ponencia presentada ante el Segundo Congreso Mundial Vasco sobre la Filialción, T. Y, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, págs. 18 y 19.

⁷ ZARRALUQUI SANCHEZ EZNARRIAGA, Luis, "La naturaleza jurídica de los elementos genéticos" en Revista General de Derecho, núm. 501, año XLII, Valencia, julio de 1986, pág. 2444

⁸ La recomendación 49 del Informe WARNOCK dice que: "La venta o compra de gametos o embriones humanos debe constituir un delito."

⁹ DEREUX: D.S.C.D., núm. 346, págs. 10647 y 10652, cit por MORO ALMARAZ, Ma. de Jesús, Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro, Barcelona, 1988, pág. 77

ALMARÁZ-¹⁰ como si el donante no fuera más que un expendedor similar al que vende aspirinas.

Sea como fuere, estoy de acuerdo con aquellos¹¹ que afirman que los gametos no son cosas y entiendo que esta postura es conciliable con la de CASTÁN¹² quien afirma que no está admitido el derecho de disposición del propio cuerpo y que éste queda fuera del comercio de los hombres. Y se admite un derecho sobre el propio cuerpo como manifestación del *ius in se ipsum*, estará sujeto a las limitaciones del orden público entre los que figura la donación de semen.

Por nuestra parte consideramos que los gametos son, sencillamente, gametos y que no cabe -por su propia naturaleza fecundante- ubicarlos en categorías patrimoniales o en el derecho de cosas, ni homologarlos a los supuestos de donación de sangre u órganos,¹³ a menos que se hagan interpretaciones

¹⁰ MORO ALMARAZ, Aspectos ... cit., pág. 77

¹¹ LACRUZ BERDEJO, dice que "Tampoco son cosas las células germinales (...). Los civilistas han heredado del ius civile, del viejo y siempre vivo Derecho Romano, una actitud de profundo respeto a los fenómenos iniciales de la biología humana, con los que no se juega porque nos va en la apuesta aquello que en el hombre hay de más humano: nuestra dignidad. Personalmente pienso que aquel cuyas convicciones éticas no le infundan la actitud respetuosa, debiera observarla por simple cautela: la del hombre ante un arma cargada cuyos posibles efectos mortíferos desconoce." (Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, Informe sobre la inseminación artificial y otros extremos semejantes, presentado ante la Comisión Especial de estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985).

¹² CASTAN TOBEÑAS, José, "Los problemas civiles de la llamada inseminatio artificialis", en el libro Homenaje a D. Juan Puyol, Zaragoza, 1954, pág. 403

¹³ Con mucha razón escribió VIDAL MARTINEZ: "La analogía que en algún punto pudiera encontrarse con el supuesto de trasplante de órganos, nos parece en una perspectiva más profunda sumamente engañosa ya no sólo porque el semen, ni el óvulo, ni el embrión humano, sean órganos sino porque junto a 'donante' y 'donatario' aparece en el proyecto en cuestión una tercera persona, el hijo, amén, de otras: cónyuge, parientes... con más o menos intensidad implicadas." (Cfr. VIDAL MARTINEZ, Jaime, Las nuevas formas de reproducción humanas, Madrid, 1988, págs. 29 y 30). En el mismo sentido véase a DELGADO ECHEVERRÍA: "La analogía de la 'donación' de órganos extraídos de

sumamente forzadas. En todo caso, el debate sobre la naturaleza jurídica nos resulta bizantino: razones de orden público desaconsejan su tráfico -al menos con fines reproductivos- y lo inhabilitan para ser objeto de un contrato pues tienen causa ilícita, hieren a la moral y a las buenas costumbres y están viciados de nulidad al tenor de los artículos 1827, 1830 y 2225 del Código Civil.

El asunto de la "gratuidad u onerosidad" de la "donación", de que se ha preocupado mucho la doctrina y los textos prelegislativos en diversos meridianos jurídicos ¹⁴, nos parece sinceramente, el de menor importancia. ¹⁵ La cuestión de fondo no es el título bajo el que se dispone, sino la disponibilidad misma de los

donante vivo para su ulterior injerto o implantación en otra persona no puede llevarse demasiado lejos, por la siguiente razón: En la inseminación con donante no está en juego la vida, ni la salud, de la inseminada, ni la enfermedad (esterilidad) del marido o compañero de la inseminada resulta curada: la inseminación artificial, por más que se quiera presentar como 'terapéutica', no deja de ser una intervención 'de conveniencia' en todos los casos." (Cfr. DELGADO ECHEVERRIA, J., Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. El determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre filiación, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, pág. 12

¹⁴ Véase entre muchos otros, LLEDO YAGUE, Francisco, Informe para la Comisión Especial de estudio sobre la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas, presentado al Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, pág. 48. MONTES PENADES, La Genética... cit. pág.39. PANTALEON PRIETO, A.F., La responsabilidad civil de los sueltos o instituciones intervinientes en un proceso de fecundación asistida, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T.II, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, pág. 7. DELGADO ECHEVERRIA, Los consentimientos... cit., pág. 13 y ss. CLAVERIA GOSALVEZ, L.H., Las categorías negociables y su adaptación en función de la reproducción humana, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T.I, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, págs. 12 y ss. SERRANO ALONSO, E., El depósito de espermatozoides o embriones congelados, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, págs. 12 y 13. Contra la gratuidad en la donación véase: ALBACAR LOPEZ, José Luis, "Aspectos jurídicos de la manipulación genética: Inseminación artificial", en La Ley, Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, año VI, núm. 1299, Madrid, 8 de octubre de 1986, págs. 12 y 13.

¹⁵ DELGADO ECHEVERRIA afirma que "La gratuidad es, por tanto, una estrategia respetable, plenamente coherente con las connotaciones de exclusividad médica y finalidad terapéutica que se pretenden para la inseminación artificial con donante. Pero no veo por qué ha de ser una exigencia jurídica. De nuevo me parece que está operando aquí indebidamente la pretendida analogía con la donación de órganos para salvar la vida o mejorar las condiciones de vida de otro ser humano." (Cfr. DELGADO ECHEVERRIA, Los consentimientos... cit., pág. 14).

gametos. De ahí que como expresa SANCHO REBULLIDA ¹⁶ al comentar el informe PALACIOS, "a partir de los principios y actitudes adoptadas en materia moral resulta difícil fundamentar convincentemente tales excepciones o limitaciones (prohibiciones) que, en principio, poco difieren moralmente de otras, empero permitidas: la maternidad subrogada, el título oneroso de la cesión de gametos, la gestación de mujer sola fértil, etc. podrían justificarse a lo que entiendo con parecidos argumentos deducidos de los mismos principios que el informe acepta como la justificación de la destrucción de embriones sobrantes, la donación de gametos, etc."

Por eso estamos de acuerdo con AUBERT ¹⁷ en que: "la figura del donador de esperma no es equiparable a la del donador de riñón o de la córnea y, por consiguiente, en que los bancos de esperma no son equivalentes a los bancos donde se conservan órganos vitales para ser transplantados. En primer lugar el trasplante de un órgano vital es necesario en ciertos casos para salvar la vida de una persona humana (o para mejorar considerablemente su calidad de vida). Al margen de los problemas que en ciertas circunstancias puedan plantearse, es indudable que constituye una intervención verdaderamente terapéutica. No puede decirse lo mismo de la IAD o de la FIV heteróloga. En éstos dos últimos supuestos se trata de satisfacer un deseo, una demanda, cuya racionalidad y humanidad debería discutirse detenidamente. En todo caso se concederá al menos que en esos

¹⁶ SANCHO REBULLIDA, Los estudios... cit., págs. 5 y 6.

supuestos no se da una necesidad vital grave y urgente para la existencia personal. Se da a lo más una necesidad psicológica -no siempre psicológicamente normal y equilibrada-, que también podría resolverse a través de la adopción. Pero fundamentalmente se debe notar que un órgano vital (como el riñón) no es en sí comparable al espermatozoide. El órgano vital es una parte del "soma" del organismo viviente individual, cuyo funcionamiento es indispensable para la vida humana. La función de la célula espermática no es mantener la vida de quien la recibe, sino la creación de una nueva persona humana. Con su patrimonio genético esa célula es expresión de una personalidad y una historia, de una genealogía que escapa al dominio del individuo que la recibe en su organismo. Estructuralmente y funcionalmente no son casos equiparables. La diferencia se aprecia intuitivamente atendiendo al modo como es vivida por el hombre. ¿Por qué en la donación de espermatozoide la exigencia del anonimato tiene una vigencia y unas características que no existen en los demás casos? ¿Por qué el conocimiento de la identidad del donador pasa a generar un imborrable sentimiento de gratitud a provocar -en los padres y en los hijos -traumas psicológicos difíciles de reparar, que incluso pueden arruinar el matrimonio cuyo equilibrio se quería asegurar?

En conclusión, considero que para acceder a una calificación jurídica de los gametos, por elemental que sea, debe atender, sobre todo, a su significado biológico: su capacidad fecundante. Y es por esta razón que no sirven las categorías patrimoniales y sólo de modo muy reducido (en tanto no tengan una dirección

¹⁷ Cfr. AUBERT, J.M., "L'insémination artificielle devant la conscience chretienne" en Revue des Sciences Religieuses, 55-4, 1981, págs. 253, 263, cit., por RODRIGUEZ LUÑO y LOPEZ MONDEJAR,

procreativa) las disposiciones acerca de la extracción y trasplante de órganos. Los gametos no son un factor o instrumento curativo y nunca se constituyen, por tanto, en terapéuticos de nada (a diferencia del plasma, etc.). Estas afirmaciones deben servir a los juristas: no se trata de ubicar a los gametos entre las categorías patrimoniales, ni resulta del todo clarificadora la diferenciación de aquellos con otros órganos o tejidos (regenerables o no) del cuerpo humano: son las buenas costumbres, el orden público, y el dato natural -que por cierto es permanente- a los que habría que prestar más atención.

1.1. La donación de gametos humanos

La inseminación artificial y la fecundación asistida heterólogas presuponen, como ya lo manifestamos con anterioridad, la necesaria participación de un tercero que será, el donante del gameto (masculino y/o femenino).

Al analizar el consentimiento del donador de gametos, en las prácticas heterólogas, vemos que éste, en todos los casos hace una renuncia, tácita o expresamente, a la paternidad de las criaturas engendradas con su gameto (óvulo o espermatozoide); renuncia, que hoy por hoy, es jurídicamente irrelevante; como lo es la negativa previa a aceptar la paternidad a efectos de posibles acciones de

reclamación porque el demandado haya manifestado previamente su voluntad en contrario.

En este sentido el artículo 338 del Código Civil establece: "La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por tanto no puede ser materia de convenio entre las partes, ni de transacción, o sujetarse a compromisos en árbitros".

DELGADO ECHEVERRÍA ¹⁸ opina con relación a la "renuncia de la paternidad" en estas técnicas que : " Probablemente, es un supuesto prácticamente necesario para el buen funcionamiento de los "bancos de semen" y de la práctica de la inseminación artificial, el conseguir garantizar que no se ejercitarán acciones de filiación. Garantía a los donantes que de otro modo se retraerían, y a la receptora (y su marido, si es el caso), pues sólo lograrán su propósito si pueden establecer una relación de filiación no discutida ni compartida por nadie. Garantía que se logra con notable eficacia, primero, porque tal es el interés común de todos los intervinientes en la inmensa mayoría de los casos y, en segundo, mediante el desconocimiento recíproco de donantes y receptoras mantenido por el anonimato y el secreto de la inseminación".

Ahora bien, la inmensa mayoría de las leyes y propuestas específicas sobre la inseminación artificial tratan de impedir el establecimiento de una relación de filiación

¹⁸ DELGADO ECHEVERRÍA, Los consentimientos... cit. pág. 14.

respecto del dador de semen anónimo, a pesar de ser éste el progenitor biológico, conviene pues, que nos detengamos en este punto y tratemos de analizar las razones que podrían justificar tal actitud.

Para los casos más comunes, podría parecer un presupuesto para establecer la paternidad inatacable del marido estéril de la mujer inseminada, cuestión que abordaremos más adelante. Pero, sobre que no todas las inseminaciones proporcionan al nacido un padre, habría que mostrar primero la posibilidad jurídica del efecto que aparece como condición para la finalidad pretendida, es decir, la exclusión absoluta de la paternidad del donador del semen.

No se suele dedicar mucha atención a investigar el fundamento jurídico de la exclusión de la paternidad del dador del semen, a pesar del predominio del principio de la "verdad biológica" en todas las legislaciones, que los autores suelen "aplaudir", pero que exige una argumentación muy cuidada.

Cuando más, algunos autores, exponen las razones por las que el marido de la madre debe de tener garantizada jurídicamente su paternidad, sin advertir que, aún si tal consideración hubiera de excluir absolutamente la paternidad contradictoria del dador, no sería entonces por ser dador anónimo, sino porque otro ha asumido una paternidad que el Derecho considera preferente; y quedaría por explicar si, y en su caso por qué, cuando ningún varón asuma la paternidad de la criatura nacida de la inseminación, el Derecho ha de impedir la determinación de una filiación acorde con la verdad biológica.

Corresponde a una opinión bastante extendida en la doctrina, que no pueda establecerse la filiación jurídica, sobre la sola base del vínculo biológico, respecto de un individuo cuya donación no implica ninguna intención de paternidad. Pero la intención ha sido siempre irrelevante para excluir la paternidad y no ha de tener en este caso mayor efecto que la misma voluntad en la relación sexual casual y anónima con mujer desconocida; o que la falta de intención de convertirse en padre que puede suponer en el violador de la mujer que queda embarazada. Que no sea conveniente para el hijo el reconocimiento de su progenitor biológico en ciertos casos, como violación, estupro o incesto, parece aceptable, aunque el Derecho no puede ignorar la verdad, le parezca o no, de quién es el verdadero progenitor.

El hecho de que en la fecundación alguien actúe fuera de la ley, incluso cometiendo un delito, no evita al derecho ocuparse de la filiación de la nueva criatura. Tanto de una violación como de una relación incestuosa puede nacer un hijo, y en ambos casos el varón puede establecer su paternidad mediante reconocimiento, mucho más serle impuesta mediante acción de reclamación contemplada en el artículo 345 del Código Civil.

La responsabilidad por los actos socialmente relevantes, que conducen al nacimiento de un nuevo ser, no ha de plantearse únicamente con relación a la mujer que da a luz, sino preferentemente, en relación con la criatura que nacerá; no basta que el dador de semen argumente: "yo no le he hecho un hijo a esta mujer", cuando no hay duda de que ha contribuido poderosamente a que la criatura nazca. El dador

de semen no puede ignorar que la finalidad del acto, encuadrado en las actividades de una organización a ello dedicada, es fecundar y traer al mundo a un nuevo ser humano, aunque el acepte ignorar qué mujer pondrá los gametos femeninos. Es más probable que la dación del semen lleve a una fecundación, que no un coito casual y anónimo con mujer desconocida. ¿Es distinta la "responsabilidad en uno y otro caso?".

La cuestión decisiva, en este contexto, es si el productor de gametos masculinos, que lo entrega en un banco de semen permanece ajeno realmente, al empleo que se haga del mismo, y sobre todo si puede, jurídicamente, permanecer ajeno.

Una cosa es impedir al donante de semen reconocer a sus descendientes genéticos y privarles de la acción de reclamación (como ocurre, en la mayoría de los países que cuentan con una legislación al respecto, cuando se refieren a la inseminación de mujer casada con consentimiento del marido) y otra privar a un ser humano de toda posibilidad de establecer una relación de filiación con un padre. Es el interés del hijo el punto de vista decisivo, por encima, de los intereses, deseos o voluntad de las personas implicadas. El Derecho no puede condenarle a no tener ningún padre (ni por consiguiente, ningún pariente paterno).

También aquí se puede distinguir. La paternidad del marido de la mujer inseminada con semen de donante puede ser tan real, tan vitalmente verdadera,

como la biológica. A quien el Derecho le puede dar la paternidad impidiéndole buscar otro padre.

Si en el Código Civil se permite la investigación de la paternidad no encuentro la razón jurídica por la cual se niegue en éstos casos la posibilidad de investigar la paternidad, tal y como se indica en el artículo 326, segundo párrafo del Código Civil para el Distrito Federal. Ni la voluntad del progenitor, ni la de la madre o ambos, ni las sumadas a las de los establecimientos médicos, ni la de los "bancos de espermia", podrían privarle a la persona concebida por estas técnicas el derecho que tiene a conocer su procedencia biológica.

2. Destinatarios

Una vez esbozado el panorama general de estas técnicas, pasaremos a abordar los distintos destinatarios para después ahondar en las diferentes situaciones jurídicas con las cuales se ha de enfrentar el Derecho, para solucionar los problemas que plantean estas técnicas.

2.1. Mujer sola o varón solo

Una de las cuestiones concomitantes con el problema de los destinatarios de las técnicas de reproducción asistida es la conveniencia o la inconveniencia de que la mujer sola o el hombre solo accedan a estos procedimientos de procreación humana (inseminación artificial o fecundación *in vitro*). En el entendido que, para el varón, se partiría como presupuesto inicial de la admisibilidad y licitud del recurso de la maternidad subrogada, de suerte que el varón acudiera a contratar los servicios de la gestante adecuada (en la mayoría de los supuestos madre genética al mismo tiempo, a no ser, que el gameto femenino proviniese de donante de óvulo). Cabe pensar que los espermatozoides no fuesen del sujeto solicitante, sino de un tercero donante de semen.

Indudablemente, en su origen, las técnicas de reproducción artificial, se configuraron como terapéutica a una enfermedad, la esterilidad, ubicada en la pareja matrimonial, donde parecía revestirse de todo sentido.

La utilización de estas técnicas por mujeres solas, supondría al parecer de HORTAL ALONSO¹⁹ "la posibilidad de tener un hijo sin relación sexual, ni matrimonial ni extramatrimonial. Sin entrar de momento en el tema de las prohibiciones jurídicas, no considero recomendable éticamente que un niño nazca por IAD de una madre sola. Tampoco me parece éticamente aceptable que en el caso de nacer por IAD un niño de una madre sola se exima al donante de todos sus deberes parentales para con un niño que no tiene otro padre. Éticamente es deseable que todo niño venga al mundo y se críe en una familia en la que hay un hombre que es su padre y una mujer que es su madre."

Se ha dado un rechazo generalizado a este tipo de destinatarios, fundamentalmente a las parejas compuestas por homosexuales o lesbianas. Así la mujer sola encuentra su motivación, generalmente en satisfacer el instinto maternal de ésta, sin someterse a relaciones ocasionales con un hombre que no conoce o no le gusta; puede así sentir protegido su cuerpo de las relaciones sexuales.

En este sentido, ROCA TRIAS²⁰ menciona que "Las consecuencias de admitir la inseminación de mujeres solas, supondría que no existirían argumentos para negar a las parejas homosexuales masculinas el derecho a encargar a una mujer la

¹⁹ HORTAL ALONSO, Inseminación... cit. pág. 73.

²⁰ ROCA TRIAS, E. La incidencia de la inseminación- fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Fillación, T. I, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, pág. 16.

gestación de un hijo para ellos, derivando así hacia contratos de maternidad subrogada."

Hablar de un derecho absoluto al hijo como justificador, es instrumentalizar la figura del mismo para satisfacer sentimentalismos propios. La mujer debe ser libre para decidir su maternidad, siempre que no dañe los intereses como lo es el bien del hijo. Con las técnicas de reproducción artificial no se remedia la mala situación de un ser humano, sino que "oficialmente" se crean esas condiciones insuficientes para los que nacen en relaciones familiares anómalas.

SILVA RUÍZ²¹ citando a Zannoni alude "La inseminación de una mujer soltera nos parece un caso patológico. Ni hablar del supuesto en que se seleccionan 'mujeres ideales' (por sus caracteres biológicos o raciales) para recibir el semen de 'hombres ideales', como se dice que ocurrió en las experiencias eugenésicas del nazismo. (Y advierte que) la procreación no es una pura función biológica que pueda ser objeto de consideración independientemente de la función institucional que aquélla cumple socialmente."

Cabe aclarar que las leyes deben de proteger a las madres, es decir a las que ya lo son, más la legislación no puede ir más allá de la misma naturaleza, creando un derecho a ser madre, que no existe, como ya se había apuntado en el capítulo II del presente trabajo.

El Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 162 segundo párrafo establece: "Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como a emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo entre los cónyuges."

Por lo que se desprende del artículo citado, la utilización de las técnicas de reproducción asistida sólo puede llevarse a cabo dentro del matrimonio, por lo cual en nuestra legislación no existe la posibilidad de que las personas solas puedan acceder a estas técnicas. Sin embargo pueden adoptar siempre que se encuentren libres de matrimonio, tal y como lo dispone el artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal.

Debe de ser objeto de una reflexión -opina LLEDÓ YAGÜE²²- "El asunto concerniente a la analogía que debe de entre la situación de la mujer sola, que acude a las técnicas de fecundación asistida, y la mujer sola, que, según nuestra vigente ley de adopción, puede establecer singular y unilateralmente el vínculo adoptivo en su favor.

²¹ SILVA RUÍZ, Pedro, El Derecho de Familia y la Inseminación Artificial in vivo e in vitro, ponencia presentada ante el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, diciembre de 1987, pág. 40.

²² LLEDÓ YAGÜE, Francisco, Fecundación Artificial y Derecho, Madrid, 1988, pág. 116

Por lo que a mí respecta, la cuestionada analogía no es de recibo. Efectivamente, en la legislación vigente es posible que una mujer soltera (siendo indiferente que sea fértil o estéril) pudiese constituir a su favor el vínculo adoptivo estableciéndose como único requisito la edad de veinticinco años, y no se establece como requisito que ésta hubiera acabado su edad de fertilidad.

Esto supuesto y estableciendo algunas someras diferencias entre la fecundación asistida, *versus* la adopción, en cuanto a su posible utilización por parte de la mujer sola (sin constituir pareja estable) obviamente, parece discriminatorio que la mujer sola pudiera acceder a las técnicas de reproducción cumpliendo simplemente los requisitos de capacidad general, y, en cambio, para adoptar, a aquélla se le exija veinticinco años como requisito de capacidad especial. Aún así cabe establecer alguna significativa distinción en cuanto a la circunstancia referida, ya que en la fecundación asistida la maternidad lo es desde un punto de vista biogénético, y, por el contrario, en la adopción, la maternidad no es consanguínea, sino psicoafectiva. En aquélla se vive directamente el proceso de gestación (aunque, como sabemos, el alumbramiento puede desarrollarse en útero ajeno), y, cuanto más avanzada fuera la edad de la gestante, mayores problemas supondría para el ser virtualmente nacedero; y, en cambio, en la adopción, en una relación cuyo soporte es eminentemente sociológico y voluntario por parte del adoptante y nunca biologizante."

En la adopción, lo que se intenta suplir son las deficiencias de una filiación de alguien que existe, que no es *concepturus*; ante tal situación el Derecho tiene que

reaccionar; en la adopción se trata de sacar al menor de la relación familiar donde se encuentra, por ser perjudicial para su formación y desarrollo integral, para que se beneficie de las ventajas de una filiación por naturaleza formal y materialmente consolidada.

Continuando con la adopción, la persona, hombre o mujer -solos- pueden adoptar pero se busca siempre la conveniencia del adoptado, ya que aún cuando se reúnan todos los requisitos que establece la ley, el juez valorará los intereses del adoptado examinando las circunstancias de cada caso. No es lo mismo solucionar un problema real, por ejemplo, la situación personal de sus progenitores (como el alcoholismo, drogadicción o prostitución) o un menor abandonado, sin nadie que le asegure el cuidado, alimentación y educación; que crear deliberadamente para el no concebido un vínculo parcial. Indudablemente, en el primer supuesto es mejor que alguien, inclusive solo, adopte al hijo ya nacido y que vive en dichas circunstancias. En cambio con la fecundación asistida, el punto de partida es completamente distinto, se condena al hijo a una orfandad planificada y deliberada.

En este sentido se pronuncia ZARRALUQUI²³ "Sin embargo, ha de recordarse en la adopción se está actuando normalmente en beneficio de una criatura ya existente, mientras que en la IAD se trata de generar un nuevo ser al que no debe negársele, en principio, ninguno de los beneficios de una familia completa."

²³ ZARRALUQUI, Luis, La inseminación artificial heteróloga y la filiación, en "Revista Jurídica General", No. 4, Madrid, julio-agosto de 1986, pág. 96.

“Si hemos de mirar estas prácticas, dice MORO ALMARÁZ²⁴, con una visión amplia, de futuro y dentro de una ética civil, (a una ética amplia sin connotaciones específicas a religiones o ideologías concretas) es decir, que cumpla con los mínimos compartidos por la generalidad del cuerpo social, no hemos de rebasar aquel principio moral que indica que todo lo técnicamente posible no siempre debe de ser realizado”.

Sobre este punto, LLEDÓ YAGÜE²⁵ se pregunta: “ En primer lugar en el supuesto hipotético de que se admitiera su licitud, ¿Cuáles serían las condiciones en las que se podría recurrir?. Este interrogante nos remite necesariamente a la cuestión neurálgica, consistente en saber si las técnicas de reproducción humana asistida tienen exclusivamente una finalidad terapéutica (remediar la esterilidad irreversible de cualquiera de los miembros de la pareja -casada y/o estable-), o si, ampliando el supuesto hecho, es un método de fecundación alternativo.

Evidentemente, la causa o motivación es plantear una solución alternativa a la esterilidad, no a la fertilidad natural (vera cópula), de suerte que admitir esta segunda hipótesis supondría desnaturalizar el sentido deontológico, lo que debe ser su correcta utilización. *Item* más, asimismo al conceptuarse como medio alternativo de generación, queda desdibujado el destinatario ad *hoc* (pareja heterosexual estable -a mi juicio sólo casada-), puesto que jugarían poderosas razones para ampliar su

²⁴ MORO ALMARÁZ, Aspectos... cit., pág. 190.

²⁵ LLEDÓ YAGÜE, Fecundación...cit. , pág. 110.

utilización a otros "grupos familiares" (uniones homosexuales, lesbianas, comunas, etc.), incluso mujer sola y/o el hombre solo.

Asimismo, a mi me parece que, de entrada no están la mujer ni el hombre que quieran acceder a la maternidad y/o paternidad en las mejores condiciones para socializar, educar y formar integralmente la personalidad del llamémosle nacedero fuera de un contexto familiar que no dignifique su propia identidad (vgr., en los casos de lesbianismo u homosexualidad)."

MORO ALMARÁZ²⁶, menciona que "en modo alguno parece prudente distorsionar la pretendida finalidad terapéutica abriendo camino a una calificación de forma alternativa de procreación de uso generalizado. Han de mantenerse siempre como métodos extraordinarios, de uso muy excepcional. Por eso resulta conveniente que sobre todo quede fuera del ámbito de aplicación, a mujer sola, el hombre solo y las parejas "anormales" o formadas por individuos del mismo sexo. Porque, ¿Cuándo sabemos que la mujer es realmente infértil? Si hemos configurado la técnica como una alternativa, esa nota no tiene mayor importancia, pero si no es así –como dicta el sentido común- debería no admitirse para ella, en cualquier caso, o sólo cuando demuestre fehacientemente su esterilidad, y con los mismos condicionantes de las parejas".

²⁶ MORO ALMARÁZ, Aspectos.... cit. pág. 189.

En tal sentido, LLEDÓ YAGÜE²⁷ menciona que: "la ley de inseminación artificial humana y fecundación extracorpórea debe establecer, la utilización de estas técnicas exclusivamente a la pareja heterosexual, nunca a los sujetos individualmente considerados, y no es este un mero voluntarismo discriminante en razón del propio estado civil, sino que, por el contrario, el criterio determinante debemos reflexionarlo en función del propio sentido óntico de la naturaleza intrínseca de la relación heterosexual, en la que el hijo deba su propia identidad teniendo el justo y legítimo derecho, *ad initio* a nacer en el seno de un grupo familiar integralmente constituido por un hombre y una mujer. Consecuentemente, no podemos prescindir de la antropología natural en el comportamiento, necesidad e identificación del ser humano en aras de intereses, necesidades o deseos puramente individuales.

En conclusión, estimo que estas técnicas solo deben de permitirse a las parejas casadas. Entre las condiciones imprescindibles para que el *concepturus* venga al mundo debe de estar la de que aquél tiene derecho a un modelo de familia en la que exista complementariedad de sexos y que aquella (la familia) venga desencadenada por un vínculo, que sea una relación institucionalizada."

Lo relevante en esta cuestión es, por una parte incidir en la necesidad de que el hijo tenga derecho a un padre y una madre. En este sentido cuando se aduce que en las técnicas de reproducción asistida, deben de utilizarse incluso en mujeres u

²⁷ LLEDÓ YAGÜE, Fecundación... cit., pág. 114.

hombres solos, se utiliza el ejemplo de que en ocasiones el padre fallece antes del nacimiento del hijo, o bien la madre fallece al nacer el hijo, y éste crece sin que necesariamente repercuta psicológicamente en el desarrollo de su personalidad. Creo que esta situación que podría ser análoga al caso de fertilización de persona sola, sin embargo no es así; ya que en el caso de fallecimiento del progenitor se trata de un evento sobrenatural, no buscado por nadie, en cambio en el otro supuesto, se trata de una orfandad planificada y premeditada.

Lo cierto es que el niño necesita para su desarrollo normal la figura paterna y materna para crear su propio yo, para moldear su identidad. En base a ello, creemos que cualquier posición de rechazo a las familias monoparentales formadas voluntariamente a través de la procreación asistida debe únicamente apoyarse en que el interés del niño quede suficientemente garantizado en todos los planos. Así cualquier opción deberá alcanzar a toda mujer sola no necesariamente soltera (viuda, divorciada, separada).

En tal sentido se pronuncia DE LEÓN ARCE²⁸ "La psicología moderna sigue manteniendo como necesario para el óptimo desarrollo de un niño, el que se realice con un padre y una madre. En este sentido, la Declaración de los Derechos del niño, del 20 de noviembre de 1959, en su principio 6 párrafos 1 y 2 establece 'El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita amor y comprensión siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la

responsabilidad de sus padres y en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material, salvo circunstancias excepcionales no deberá separarse al niño de corta edad de su madre'."

Si existe una vocación a la fecundidad de todo ser humano, casado o no, ésta debe de realizarse por los medios éticamente correctos. El cuerpo del otro no es un artículo de consumo. El esperma no es un medicamento. En fin, y sobre todo, hablar del derecho al hijo es creer que el hijo es un objeto destinado a absorber el deseo de los padres. El hijo es un don, el nacimiento de un niño no es únicamente fruto de la iniciativa humana , sino el fruto del amor; no es un objeto que se posee.

²⁸ DE LEÓN ARCE, "La mujer sola, sin pareja, ante las nuevas técnicas de reproducción humana", comunicación presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre filiación, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, pág. 3.

2.2 Concubenarios

En el caso del concubinato, la indefinición jurídica hace más fácil el juicio ético que sobre ella se emita para la aplicación de éstas técnicas. Por una parte el concubinato se asemeja al matrimonio y, por otra se aproxima al caso del hombre solo o la mujer sola. La similitud que pueda haber, -en cuanto a los derechos y obligaciones que nacen del concubinato-, en relación con el matrimonio. son diferentes, en cambio, son iguales en cuanto al las relaciones paterno-filiales, puesto que los derechos y obligaciones son idénticos.

El problema del concubinato es la delimitación del mismo. El artículo 291 bis del Código Civil para el Distrito Federal dispone: " La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que preceden inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará el concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios."

De este artículo se pueden hacer las siguientes observaciones: Los concubenarios tienen que haber vivido en común de forma constante y permanente durante un plazo mínimo de dos años. Antes de la promulgación del Código Civil para el Distrito Federal del 25 de mayo del 2000, el concubinato como tal, era una situación de hecho, no reglamentada específicamente por el Derecho, pero a la que se le reconocían ciertos efectos jurídicos en materia sucesoria y de alimentos. El artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal fijaba los requisitos para que la concubina heredara por sucesión legítima, y establecía que heredarían siempre que hayan vivido como si fueran cónyuges. Como se puede observar de la regulación actual del concubinato, en éste no se requiere que hagan vida marital, sino que vivan de común en forma constante y permanente.

Cabría preguntarnos ¿Qué significa vivir en común? Esta palabra no hace referencia a que vivan como marido y mujer, es decir que tengan relaciones sexuales, sino simplemente a que vivan juntos. ¿Por qué el legislador suprimió esta referencia? Con la regulación actual que le da al concubinato, ¿Se podría considerar que un hombre y una mujer sostienen un concubinato cuando viven juntos, si lo hacen con el fin de compartir los gastos de una casa? En mi opinión esto resulta absurdo, ya que el concubinato se requiere que existan relaciones sexuales.

Al respecto MORO ALMARÁZ²⁹ acota que "La prueba de compartir el domicilio, escuetamente, no podemos fundar la estabilidad, porque dicha convivencia puede deberse a razones económicas y no puramente de pareja, con lo que decae tal presunción. La dificultad de la prueba es enorme (...). si se busca el fundamento de quienes quieren una familia sin lazos jurídicos, puede encontrarse que tratan de eludir las responsabilidades de la socialización de la familia. Y ése no es precisamente un buen síntoma para la paternidad y la maternidad."

El Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud, promulgado el 6 de enero de 1987, en su artículo 43 menciona que para la fertilización asistida se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario. Como ya se mencionó en el apartado anterior, cuando nos referimos a la mujer o varón solos, en Código Civil para el Distrito Federal no se contempla que los concubinarios tengan acceso a éstas técnicas ya que solo se permite en el matrimonio³⁰, por lo que la determinación de la filiación se establecerá según lo dispone este ordenamiento.

En relación con el segundo párrafo del artículo 291 Bis, destacaremos que con relación a estas prácticas, se menciona que no es necesario el transcurso de dos años cuando hayan tenido un hijo en común. El término en común se refiere a que el hijo sea de ambos, situación que en las prácticas heterólogas no sucede, ya que como sabemos se requiere la intervención de un donante.

²⁹ MORO ALMARÁZ, Aspectos...cit., págs.187 y 188.

³⁰ Confrontar inciso 2.1 de este capítulo.

Además como señala PACHECO³¹ "No es correcto por tanto presentar al concubinato como un *matrimonio de hecho*, o como un *matrimonio aparente*, pues no tiene apariencia alguna de matrimonio, éste tiene una esencia jurídica en el vínculo matrimonial que excluye como absurda la misma expresión *matrimonio de hecho*. Además, reducir al mínimo que reclama la sola justicia, los efectos del concubinato, es reconocer la voluntad de los interesados que no desean que su situación produzca derechos y obligaciones; la norma se los impone contra su voluntad, como que están originados en un hecho ilícito."

La pareja no unida por el vínculo social matrimonial, no parece responder objetivamente con los criterios de constancia y permanencia, que intrínsecamente lleva consigo toda relación institucionalizada. Por lo que la única categoría jurídica que consagra estos criterios, es el matrimonio, ya que no puede quedar al arbitrio de los interesados establecer o no la duración de la permanencia de esas relaciones. Además resulta ilógico pensar en que se puedan obtener las ventajas que ofrecen las instituciones jurídicas prescindiendo de ellas.

VIDAL MARTÍNEZ³² argumenta la improcedencia de estas técnicas a los supuestos en que la relación concubinarios no se ajusta a la legalidad del matrimonio. Afirma que " La extensión que en muchos países, o en determinados estratos de la sociedad, alcanzan las llamadas uniones de hecho ha determinado

³¹ PACHECO ESCOBEDO, *La familia...* cit., pág. 196

³² VIDAL MAERTÍNEZ, *Las nuevas formas...* cit., pág. 3725.

que en muchos sectores de la doctrina se cuestione la posibilidad de recurrir a éstas técnicas genéticas tratándose de una pareja concubinaria, máxime cuando las mismas son presentadas, especialmente desde el campo médico, como una terapia de la infertilidad de la pareja, lo que, a nuestro juicio no pasa de ser un eufemismo. Existe cierta generalizada confusión en relación con estas cuestiones entre los conceptos de derecho subjetivo y libertad. Porque el hijo no puede considerarse, en rigurosa técnica jurídica, como un objeto de un pretendido derecho subjetivo ni esgrimirse en contrapartida a un pretendido derecho de los concubinarios que desean las prácticas de la inseminación, una hipotética obligación por parte de la Administración sanitaria."

Observa LACRUZ BERDEJO³³:"¿Por qué no se casan los que quieren tener conjuntamente al hijo? ¿Para evitar las responsabilidades de una socialización en familia? No parece ser ese un buen comienzo para la paternidad-maternidad, y pienso que en el caso de dificultades funcionales, u orgánicas que obligan a la intervención médica para conseguir la concepción, los medios excepcionales sólo se deben de poner cuando el hijo futuro tenga tras de sí el respaldo de una familia. El matrimonio supone, aunque débil, mayor garantía. En todo caso, parece que nunca debería prestarse el auxilio de los centros públicos a quien no ofrezca unas perspectivas razonables de socialización del hijo".

³³ LACRUZ BERDEJO, *Informe...cit.*, pág. 4.

Comentando la opinión de Lacruz, YEDÓ LLAGÜE³⁴ afirma "Coincido con el criterio de Lacruz, puesto que, no dispone el Derecho de parámetros para juzgar con criterios legales la estabilidad de las uniones de hecho, en palabras del referido autor, habría que establecer un registro de <<uniones estables>>, o hacer una información, *ad perpetuam*, adaptada a los tiempos. El problema que se deriva surge inmediatamente: ¿A quién compete acreditar la estabilidad, a los propios interesados, al director del banco de gametos, a la Comisión nacional que se cree en el futuro? ¿y qué estabilidad? ¿La convivencial, es decir, que permanecen unidos? ¿Durante cuánto tiempo se puede acreditar una estabilidad, un día, un año? ¿Se puede hablar de una estabilidad psicológica de los cohabitantes?"

"En conclusión -señala LLEDÓ YAGÜE³⁵- como es de todos sabido corresponde a los interesados probar los elementos integrantes y definitorios de la posesión de estado -en nuestro caso por argumentación *a simili* a los cohabitantes o convivientes su relación constante de estado aparente (titularidad efectiva de hecho)- ; pero es, sin embargo, la *autoridad judicial* a quien compete, en todo caso, establecer si está debidamente acreditada, la posesión de estado que se insta. Por supuesto, no bastaría que la pareja *ad hoc* pretendiera probar dicha relación ante la autoridad médica responsable del centro hospitalario autorizado. Naturalmente, puede replicarse que dicha postura vejaría la propia situación matrimonial a quien se exige como prueba del estado civil por excelencia la inscripción, puesto que las

³⁴ LLEDÓ YAGÜE, *Fecundación...* cit. pág. 106.

³⁵ Op. cit. Pág. 107

restantes formas probatorias son siempre subsidiarias y en defecto de la ausencia del título de legitimación por excelencia que es la inscripción.”

Desde un plano jurídico, el que los concubinos vivan de forma común, constante y permanentemente, no representa en sentido estricto, la estabilidad del concubinato, ya que éste puede terminar por la voluntad de cualquiera de ellos, en el momento que así lo deseen. Más aún pueden darlo por terminado un día y al siguiente comenzar uno nuevo.

En este sentido se pronuncia señala MORO ALMARÁZ³⁶ “Para el derecho natural, la donación de cuerpos entre personas de sexos diferentes, en vista de fundar una familia, requiere estabilidad e indisolubilidad (que sólo es posible en el matrimonio). Si los concubinos tienen como intención firmemente las condiciones conforme a la naturaleza de las cosas, ¿No podrían pretender igual que las personas casadas acceder a los *beneficios* de la procreación artificial?”

La legislación francesa y española han respondido positivamente; y se critica porque nunca es segura la intención de los concubinos y la estabilidad de la vida <<marital>> está permanentemente amenazada por la voluntad incontrolada de romperla por uno u otro. Según eso, el interés de los hijos a nacer se encontraría en peligro y los certificados de concubinato y estabilidad, si se requirieran como prueba, podrían ser de fácil obtención para quien deseara profundamente tener un hijo

³⁶ MORO ALMARÁZ, Aspectos ... cit., pág. 181.

ayudado por éstas técnicas, tanto que pueda convertirse en un fraude: una mujer sola puede conseguirlo con el solo objeto de la IA".

En el mismo sentido apunta MONTÉS PENADES³⁷ "La extensión del tratamiento de la infertilidad a las parejas no conyugales abre una puerta que da paso a la fecundación de la mujer sola, ya que no hay criterios legales para juzgar la estabilidad de la pareja, sobre todo en una época que es difícil de predicar este carácter incluso de las parejas matrimoniales. Exigir el consentimiento de un <<consorte>> varón en cada supuesto de IAD o FIV, de modo que asumiera las consecuencias de la paternidad. (...) Significaría este sistema una simplificación: una mujer podría ser inseminada o sometida a una FIV siempre y cuando un varón prestase su consentimiento y asumiese la paternidad, pero es claro que ese consentimiento no sería un verdadero y mero reconocimiento, sino una suerte de negocio jurídico de acogimiento del niño, un prohijamiento o una cuasi adopción."

Visto todo lo anterior no me parece buena idea el facilitar la paternidad no biológica al varón que no está casado con la madre, creo que si dos personas no ven las cosas claras como para expresarse una a otra, y en público, ese mínimo compromiso que implican las modernas leyes de matrimonio (y divorcio), mal asunto tienen pidiendo que se les ayude a tener hijos.

Lo importante, en suma, ha de ser el beneficio del hijo, al que nuestro Código Civil ha dedicado especial cuidado en las últimas reformas. Por ello ha de preverse

un ambiente idóneo para acoger la nueva vida, y unos padres capaces de proporcionar al niño un adecuado y normal desarrollo de la personalidad que no los convierta en niños "especiales".

2.3 Matrimonio

En este apartado nos referimos al caso de las personas que unidas en matrimonio, acuden a las técnicas de reproducción asistida heterólogas para lograr su descendencia, no así cuando son utilizadas de manera homóloga, ya que en este supuesto el Derecho, no interviene, sino que le corresponde al campo de la moral.

En línea de principio de admitirse estos procedimientos de procreación humana (excluida la participación de donantes, gestantes y la fecundación in vitro) solo deben de permitirse a parejas casadas. El vínculo matrimonial –aunque cada vez en menor medida- es el único capaz de proporcionar al *concepturus* que pueda acceder a una madre y a un padre vinculados institucional y permanentemente.

Cabe hacer la aclaración que en nuestro ordenamiento, el matrimonio es un negocio jurídico solemne ante el Juez del Registro Civil y no se reconoce el matrimonio eclesiástico, esto puede dar como consecuencia que, cuando una pareja acude al Registro Civil para casarse "ante la ley" y al no ser su voluntad negocial vinculante – en tal supuesto estaríamos frente a un negocio simulado- regresan los

³⁷ MONTES PENEDES, Informe...cit., págs. 43 y 44.

contrayentes cada uno a su casa, pues ellos saben que no están casados al no haber dado eficacia vinculante a ese negocio. Con este supuesto se intenta manifestar que en éste supuesto, al no haber vinculación eficaz no hay matrimonio, y por tanto tampoco habrá acceso a tales técnicas.

"A mi juicio -escribe LLEDÓ YAGÜE³⁸- estimo que considerando que es un derecho indeclinable o fundamental el que tiene el hijo o *nasciturus*, de tener potencialmente una padre y una madre, mal se disimularía este principio si prevaleciera en esta jerarquía de valores el derecho de toda mujer a ser madre, sin que estuviera condicionado a que, paralelamente, existiera un padre o pueda haberlo. Una respuesta ético moral a la cuestión debatida recalcaría el acento en que la pareja no unida por el vínculo matrimonial no responde intrínsecamente a la durabilidad, permanencia, estabilidad que comporta la relación jurídica matrimonial."

Conforme al Código Civil para el Distrito Federal (publicado el 25 de mayo del 2000), se regulan de manera muy superficial las técnicas de reproducción asistida, y en el artículo 162 de dicho ordenamiento, se establece como un derecho de los cónyuges la utilización de cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia, estableciendo que dicho "derecho"³⁹ será ejercido de común acuerdo por los cónyuges. Por lo tanto, y como ya se había manifestado, la ley no contempla que las técnicas de reproducción asistida puedan ser utilizadas fuera del matrimonio.

³⁸ LLEDÓ YAGÜE, *Fecundación...* cit., pág. 118

³⁹ Véase lo manifestado en el capítulo II, en relación al supuesto derecho a tener hijos.

Con respecto al consentimiento, el artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal establece que el cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge, mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.

En la literatura sobre la materia suele darse por supuesto el consentimiento del marido para la utilización de las técnicas de reproducción asistida heterólogas, y que tal consentimiento entraña la voluntad de considerar al hijo como suyo. Realmente son dos cosas diferentes: puede haber un consentimiento dirigido exclusivamente a la inseminación, sin la voluntad de tener al hijo como matrimonial.

En relación con las prácticas heterólogas dentro del matrimonio, también hay quienes argumentan que existe adulterio. Considero que el empleo del semen de un hombre casado para fecundar a una mujer que no es la suya, atenta contra el deber de fidelidad que los cónyuges tienen entre sí, -aunque el adulterio ya no se encuentra tipificado como delito en la legislación penal-, la utilización de métodos de reproducción asistida, si se emplean sin el consentimiento de cónyuge, constituyen una causal de divorcio prevista en el artículo 267 fracción XX del Código Civil, y esto es así, porque se está protegiendo el deber de fidelidad, que no se limita a la mera abstención de relaciones sexuales.

En opinión de PIÑAR⁴⁰ "la noción de adulterio descansa en su consideración "*delictum carnis*", y puesto que en éstas técnicas no hay acceso carnal, el adulterio no existe, y no existiendo relación adulterina, no puede ser causa de divorcio. El problema, en el plano civil, hay que reconducirlo por causas diversos, bien porque se entienda que la inseminación artificial no es adulterio, pero sí una injuria grave."

3. Relaciones paterno-filiales

La relación paterno-filial constituye con su doble vertiente (paternidad y maternidad del lado de los progenitores, y, filiación del lado del hijo) una de las más ricas consecuencias jurídicas, y complicada, en cuanto se entrecruzan en ella elementos, factores y condicionantes múltiples y variados que influyen en esta materia.

Prácticamente todas las definiciones que la doctrina ha dado sobre la relación paterno-filial la consideran como la relación jurídica que existe entre padres e hijos derivada de la relación biológica que supone la generación.

Esta relación tiene, pues, fundamentalmente una base biológica inexcusable, sobre la que se levanta la institución.

⁴⁰ PIÑAR, Problemas...cit., pág. 563

RIVERO HERNÁNDEZ ⁴¹ refiriéndose a la relación biológica de la filiación escribe: " No hay sin embargo, equivalencia plena entre relación biológica y relación jurídica de filiación; la procreación no siempre crea una filiación jurídica trascendente para el Derecho. Y así, hay progenitores no "padres" (jurídicamente) y "padres" para el Derecho que no son progenitores. Razones ético-sociales no siempre convincentes, pretenden justificar aquella irrelevancia para el Derecho; y en sentido contrario, motivos que apelan a la seguridad jurídica y social, además de ciertas imperfecciones del propio sistema, consagran esas otras paternidades jurídicas vacías de contenido real, de base biológica... Conste, sin embargo, mi opinión contraria a esa situación, que estimo injusta e ilógica: no creo incompatible la plena y aún especial protección de la familia con hecho de declarar la paternidad, en todo caso que se compruebe la relación de generación; lo contrario sitúa al Derecho frente a la naturaleza innecesariamente, al tiempo que parece conceder una patente impunidad a quienes corresponde la máxima responsabilidad. El Derecho no puede ignorar ninguna situación ni hecho jurídico; si al calificarlo y valorarlo lo hace negativamente, recursos tiene el legislador para responder en el terreno de las consecuencias a tal aprobación."

Por su parte PACHECO opina que: " La filiación es una situación jurídica que se deriva del hecho natural de la procreación. No coincide, y en ocasiones es hasta deseable que no coincida, la filiación biológica con la filiación jurídica; conforme a la primera, todo ser humano tiene padre y madre, aunque no se sepa quiénes son. La

⁴¹ RIVERO HERNANDEZ, Francisco, La presunción de la paternidad legítima, Madrid, 1971. Págs. 27 y 28.

filiación biológica puede definirse como el vínculo que liga al generado con sus generantes y tiene importantes manifestaciones en los caracteres hereditarios. Para el Derecho la filiación es más bien el vínculo o relación jurídica que existe entre dos personas a las cuales la ley atribuye el carácter de procreante y procreado. Claro está que la filiación jurídica debe basarse en la filiación biológica y tomar de ella las presunciones e indicios para establecer esa peculiar relación de filiación, pero en ocasiones la misma biología no puede establecer con certeza la relación biológica de filiación."⁴²

ROJINA VILLEGAS opina que: "... por filiación se entiende en una connotación estricta: la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico. Es decir una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo."⁴³

De las diferentes opiniones que acabamos de citar, se puede concluir que la relación de filiación está fincada en el hecho natural de la procreación; aunque jurídicamente no siempre coincida la relación biológica con la relación legal de filiación. y esto se debe, en mi opinión, a que el Código Civil está basado en antiguos principios de derecho romano y del Código de Napoleón, que mucho distan de los

⁴² PACHECO ESCOBEDO, Alberto, La Familia en el Derecho Civil Mexicano, México, 1984, pág. 172.

⁴³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, T.I, México, 1984, pág. 449.

adelantos biológicos actuales, donde es posible saber, con cierta certeza, la procedencia biológica del ser humano; para así determinar con mayor exactitud al padre y la madre que lo engendraron.

En mi opinión, el Derecho debería, siempre que le sea posible, fincar la relación de filiación en el hecho de la procreación; no obstante que jurídicamente pueda haber otro tipo de relaciones filiales como lo es la adopción, en la cual ahondaremos más adelante.

3.1. Relaciones paterno-filiales ante las técnicas de reproducción asistida⁴⁴

La fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas provocan la disociación del elemento genético y del elemento biológico en el nacimiento del ser humano, dado que la aplicación de aquellas técnicas posibilita que el nuevo ser esté dotado de un patrimonio genético correspondiente a distintos progenitores que no resultan ser sus padres formales (aquellos que jurídica y socialmente asumen dicha función).

Desde hace algún tiempo, el concepto de filiación en sentido jurídico, ha sido replanteado; imponiéndose para la filiación un sentimiento cultural que desplaza el sentido biológico.

Efectivamente, dicha reflexión aplicada a la fundamentación de las nuevas técnicas reproductoras, implica que hay que diferenciar el *rol* de padre del *rol* de progenitor. Es decir, aquel que *ex voluntate*, asume dicha función social, aunque sanguíneamente el patrimonio genético del hijo no lleve su impronta, de aquel otro que simplemente aporta el material genético sin pretender ninguna relación jurídica filial con el ser que nazca fruto de la donación de sus gametos (esperma y óvulo).

⁴⁴ Nos limitaremos a estudiar las prácticas heterólogas en los supuestos que se detallarán más adelante, ya que, las inseminaciones practicadas con semen del marido se regulan por las disposiciones del Código Civil, en cuanto a la determinación, título y prueba de la filiación. En éstos supuestos además, el consentimiento de los sujetos implicados (varón y mujer unidos matrimonialmente) y la efectiva inseminación, difuminan lo que hasta ahora era un misterio muy difícil de resolver de la propia naturaleza y se puede preconstituir una prueba plena, fehaciente de la paternidad en un eventual juicio de filiación. Lo único que ocurre en éstos casos es que se prescinde de la copulación. El hijo será del matrimonio de sus padres en los términos del derecho común.

Pues bien, la primera cuestión que nos surge es saber si éstos -nacidos mediante prácticas heterólogas- han de considerarse hijos por naturaleza, -siendo que es la propia naturaleza la que les ha negado el deseado hijo- o, por el contrario, son hijos adoptivos.

¿Cuál es el fundamento jurídico para considerar a los habidos mediante prácticas heterólogas hijos por naturaleza cuando todos sabemos que no lo son? ¿No es acaso más lógico recurrir al Instituto de la adopción -que imita a la naturaleza- evitando que así el Derecho construya y estructure falsedades?

Numerosos son los problemas que se presentan en este terreno, no sólo por falta de solución legal a buena parte de los mismos en el marco jurídico normativo, sino porque, al margen o por encima de él, los hay también de tipo conceptual y terminológico: ¿Estamos en algunos casos y situaciones ante una simple y verdadera filiación? ¿Se puede seguir hablando de paternidad y maternidad cuando el hijo nace por el empleo de las técnicas de reproducción asistida, con semen de un tercero donante con consentimiento del marido de la madre, o con el óvulo de otra mujer fecundado "*in vitro*" (con semen del marido o de un tercero) implantado en la que lo va a gestar y alumbrar?.

La dificultad principal, proviene de esta nueva realidad social, es decir la filiación de los seres concebidos por estas técnicas, se basa en presupuestos diferentes a los de la filiación clásica.

Es sabido que los principales problemas en la determinación de la filiación (sobre todo en cuanto a la paternidad) tenían su origen en la intimidad de las relaciones sexuales causantes del nacimiento, y de la dificultad de saber de qué relación (es) concreta (s) , si habían sido variadas o con diferentes hombres, derivó la gestación y el nacimiento correspondiente: ello justificó el juego de presunciones, restricciones probatorias y otros formalismos jurídicos que han informado a buena parte del Derecho de Filiación. A medida de que fue avanzando los adelantos de las pruebas biológicas, se pudo determinar con más precisión al varón causante del embarazo y nacimiento.

Es por ello que con las reformas al Código Civil del Distrito Federal ,del 25 de mayo de 2000, hubo que cambiar la normativa sobre la filiación, en la cual se permiten las pruebas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen.⁴⁵

Antes de la utilización de las técnicas de reproducción asistida había un común denominador: la necesidad de unas relaciones sexuales para la procreación. Sobre este elemento inexorable se ha elaborado desde el Derecho romano, hasta tiempos recientes esa categoría jurídica, social y cultural que se le llama filiación y los términos de paternidad y maternidad.

La realidad a la que vengo aludiendo, parte de un dato inicial completamente diferente: ahora es posible la procreación sin necesidad de relación sexual alguna. Y

se complica con las nuevas variantes posibles, según que los gametos (femenino o masculino) o el útero en que se desarrolle la gestación sea de uno de los miembros de la pareja (casada o no) que decide el nacimiento de nuevo ser, ya sea con o sin el consentimiento del marido o de la pareja de la mujer; o bien que el hijo haya nacido de la unión de gametos ajenos a la pareja, e incluso la gestación en este caso se produzca en mujer diferente porque la madre no quiere o no puede llevar el embarazo.

A este respecto se pregunta RIVERO HERNÁNDEZ ⁴⁵ "¿Qué relación jurídica es ésta en la que además de la inexistencia de la relación sexual básica o causal el hijo no lo es genéticamente del varón y/o de la mujer que han querido que nazca, y en algún caso no lo ha alumbrado siquiera esa mujer?. Parece, en una primera aproximación que ésta no es la filiación que hasta ahora conocíamos, ni la paternidad/maternidad son las que el Derecho occidental, de Roma hacia acá, y la cultura universal, habían elaborado. El que así nazca, no puede ser, sin embargo, de peor calidad (en todos los órdenes), que los otros: tiene derecho a saber, como los demás, quiénes son sus padres, y a unos apellidos, patria potestad, alimentos y derechos sucesorios... Por otra parte, el acto de decidir que naciera puede ser tanto o más noble (a veces de gran altruismo) que el de muchos otros nacimientos, quizá no deseados, o resultado de un atropello criminal. si en éstos ha lugar a una relación de filiación ¿Cómo no en aquellos?."

⁴⁵ Confrontar los artículos 325, 341, 382 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁴⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada, de la fecundación artificial, ponencia presentada en el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T. I, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, pág. 3 y 4.

Por lo que respecta al consentimiento del donador de esperma, argumentar, que en éste, se incluye expresa o tácitamente una renuncia a la paternidad de las criaturas engendradas con su semen es, jurídicamente irrelevante; como lo es la negativa previa a aceptar la paternidad a efectos de posibles acciones de reclamación, y mucho menos puede oponerse el demandado a una acción de reclamación, en virtud de que haya manifestado previamente su voluntad en contrario.

4. Maternidad subrogada

Se alude a la maternidad subrogada en aquellos supuestos en que el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que lleva a cabo el embarazo y da a luz el hijo en beneficio de la pareja -o de otra mujer sola- o también cabe la posibilidad de que una mujer acepte ser inseminada artificialmente y concebir al hijo que, una vez nacido, será entregado a otra pareja (o bien un hombre solo o mujer sola) cuyo marido o pareja pudo haber proporcionado o no el gameto fecundante.

En el segundo supuesto mencionado, en puridad de conceptos, no se da en la maternidad subrogada, ya que en términos objetivos lo que se trata es de una dación, donación o venta del propio hijo habido con un tercero, ya que la gestante aportó el óvulo.

La verdadera subrogación presupone el embrión ajeno, y admite las siguientes modalidades:

- a) Hijo proveniente de gametos masculino y femenino de la pareja matrimonial, gestado por otra mujer.
- b) Hijo proveniente de gametos femenino y masculino de la pareja no matrimonial, gestado por otra mujer.
- c) Hijo proveniente de gameto masculino del esposo y gameto femenino de mujer donante, gestado por otra mujer.
- d) Hijo proveniente de gameto masculino de el concubinario y gameto femenino de donante, gestado por otra mujer.
- e) Hijo proveniente del gameto femenino de la esposa y de gameto masculino de un donante, gestado por otra mujer.
- f) Hijo proveniente de gameto femenino de la concubina y de gameto masculino de un donante, gestado por otra mujer.
- g) Hijo proveniente de gametos femenino y masculino de donantes, gestado por otra mujer, y entregado a la pareja matrimonial.
- h) Hijo proveniente de gameto femenino y masculino de donantes, gestado por otra mujer, y entregado a los concubinarios.

La opinión mayoritaria de la doctrina, al margen de las calificaciones mas o menos acertadas, suele coincidir en su nulidad por tratarse de un objeto fuera del comercio de los hombres, contrario a la moral y a las buenas costumbres, o en otros casos de causa ilícita por los mismos motivos.

El Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 1825 establece que el objeto del contrato debe estar en el comercio. El objeto en este tipo de contratos sería el cuerpo humano -útero- y la misma persona, *-nasciturus-*. De esta disposición se desprende que la maternidad subrogada no puede ser objeto de contrato, ya que y al carecer de objeto, le falta uno de los elementos de existencia del mismo conforme a los que dispone el artículo 1794 del mismo ordenamiento, lo que origina que sea inexistente, y que por lo tanto no produzca efectos jurídicos. Además de ser inválido, según se establece en el artículo 1795 del mencionado ordenamiento, porque su objeto, motivo o fin son ilícitos.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ⁴⁷, considera que " este contrato es totalmente ilícito porque se está intentado negociar con algo que se está fuera del comercio de los hombres, es decir, es *extra commercium*, lo que significa que no puede ser objeto del contrato ya que en todo contrato es necesario como requisito un objeto."

Por otro lado este tipo de contratos, que no lo son, se encontrarían fuera de la autonomía de las partes, porque se pretende estipular un aspecto relativo al Derecho de Familia, la filiación, que según el artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal dispone "La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a

compromiso en árbitros". Por lo que va contra le ley, y según dispone el artículo 138 Ter, las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social; en concordancia con el artículo 8 del mismo ordenamiento, que establece que los actos ejecutados contra las leyes de interés público serán nulos .

SILVA RUÍZ⁴⁸ se pregunta "¿Cuál sería la validez de este acuerdo o contrato? El cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres. Es además, contrario al orden público acordar la procreación de un hijo, en unión a la renuncia de las relaciones paterno-filiales cuando este nazca para que otra persona lo adopte."

"La opinión pública, dice MORO ALMARÁZ⁴⁹, es contraria a las madres de alquiler. Se ve en ellas un ataque a los valores de la relación conyugal por la intromisión en ella de un tercero; no es comparable a la del donante de semen, la contribución de la portadora es más íntima. Se argumenta además que es inconsistente con la dignidad humana que la mujer use su útero para beneficio económico, distorsionándose las relaciones materno-filiales en perjuicio del hijo cuyo bienestar es lo más importante."

También se podría señalar que la causa del contrato es ilícita porque va contra las leyes de orden público, según lo dispone el artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal, y esto se robustece con lo que dispone el artículo 1831 el

⁴⁷ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. La atribución de la maternidad en la gestación contratada, comunicación presentada en el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, págs. 3 y ss.

⁴⁸SILVA RUÍZ, El derecho... cit., pág. 41.

cual establece que, el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, no debe ser contrario a las leyes de orden público, ni a las buenas costumbres.

PEÑALOSA LÓPEZ PIN⁵⁰ se inclina por la nulidad de estos convenios: "En España, por ejemplo, el artículo 1225 del Código Civil estipula que los contratantes podrán establecer las cláusulas que deseen siempre que no sean contrarias a la moral ni al orden público. En la misma línea está el párrafo tercero del artículo 1271 que dice que se pueden contratar todo tipo de servicios excepto los que sean contrarios a las leyes y a las buenas costumbres, y el artículo 1275 que declara sin efecto aquellos contratos en que la causa se oponga a las leyes o a la moral."

ROCA TRIAS⁵¹ considera que "Este tipo de técnicas debe de ser rechazada, porque seguramente comporta una grave lesión de la dignidad humana, muy especialmente cuando la operación se realiza por medio de un contrato oneroso."

Estamos de acuerdo con MONTES PENADES⁵² cuando afirma que " Hay fuertes razones para pensar que tal contrato es nulo porque la materia está fuera del ámbito de la autonomía privada." Entiende que un eventual pacto-acuerdo de subrogación sería ilícito o, al menos, irrelevante para el Derecho. Y afirma que no cree "que una expresa prohibición resolviera el problema, salvo para aclarar la

⁴⁹ MORO ALMARÁZ, Aspectos... cit., pág. 87.

⁵⁰ PEÑALOSA LÓPEZ PIN, Carmen, "Observaciones médicas y jurídicas acerca de la inseminación artificial humana", en Boletín del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de Madrid, no. 4, Madrid, julio-agosto de 1986, pág. 25.

⁵¹ ROCA TRIAS, La incidencia...cit., págs. 28 y 29.

nulidad del pacto. Pero creo que ya lo es, por contrario al orden público y además, que una prohibición podrá privar de eficacia al pacto en el sentido de que la mujer portadora no quede obligada a entregar a el hijo y de que no derive derecho alguno para la pareja o la mujer 'comitente', pero si a pesar de todo ello el proceso se lleva a cabo, el niño no será por ello 'nulo' o 'inválido': será hijo de la mujer portadora o gestante, según la legislación actual, pero genéticamente no, y acaso convendría que fijáramos en ello nuestra atención, ya para pedir, por ejemplo, que la mujer gestante pueda reclamar del donante del semen algún derecho, ya para favorecerlo; o bien para establecer si corresponde al niño reclamar de los (o de la) comitentes, pero sobre todo para conseguir la máxima protección del niño, cuyo bien ha de ser la pauta básica de la regulación.

Con todo, me pregunto, partiendo de la nulidad de un 'acuerdo de subrogación', incluso de la necesidad de una expresa prohibición, ¿no exigiría la protección del niño, en este caso, la búsqueda de la verdad genética, cuando le falte la protección de la mujer gestante, a la que el derecho considera como madre?. Pensemos, por ejemplo, en el arrepentimiento de los comitentes y en la falta de amor de la gestante o pensemos en el fallecimiento o en la imposibilidad de la gestante arrepentida, que se negó a entregar al niño a los 'comitentes'. Creo que no basta la prohibición, sino que hay que imponer, en los supuestos de subrogación, una responsabilidad en beneficio del niño que alcance a los padres genéticos, en la medida en que puedan ser conocidos."

⁵² MONTES PENADES, Vicente, El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, Vitoria, del 28 de septiembre

Aunado a todo lo anterior, MORO ALMARÁZ⁵³ argumenta que: "Tal contrato u obligación es nulo por su objeto, y es contraído en fraude a la ley relativa a la adopción. Esta supone, en efecto, una decisión de un juez, que se pronuncia en función del interés del hijo y que aprecia la oportunidad de la adopción después de una investigación bajo su plena responsabilidad, no debería por tanto el Derecho a acceder a la demanda de adopción de una mujer que desearía educar al hijo concebido y llevado por otra mujer."

LLEDÓ YAGÜE⁵⁴ opina que: "En el supuesto de la maternidad subrogada, el Derecho objetivamente no puede aceptar su licitud y legitimidad, porque repugna a los principios de orden público familiares aplicables a las relaciones interpersonales, ya que el objeto de este contrato de incubación en útero ajeno es la persona misma, y entiendo que sería una vejatoria afrenta a su dignidad ser tratado cual si fuera un objeto, o una mercadería, algo de interés patrimonial, y no como alguien que constituye una finalidad *per se*, y no un medio objeto de satisfacción de pretendidos derechos individuales, tales como el derecho a ser madre y/o derecho al hijo a la voluntad de uno."

De todo lo anterior podemos hacer las siguientes conclusiones:

al 2 de octubre de 1987, págs. 42, 43 y 54.

⁵³ MORO ALMARÁZ, Aspectos... cit., pág. 89.

⁵⁴ LLEDÓ YAGÜE, Fecundación... cit., pág. 147.

- a) Que está fuera de la autonomía de la voluntad de las partes negociar con una materia cuya indisponibilidad es notoria. En las relaciones jurídicas familiares el *uis dispositivum* de las partes queda subordinado a las normas imperativas de observancia obligatoria (artículo 6 del Código Civil para el Distrito Federal).
- b) Toda vez que el propio cuerpo (la persona) es objeto de tal negocio resultaría ilícito por contrario a los principios de orden público.(artículos 1794, 1795, 1830 del Código Civil para el Distrito Federal).
- c) Sería un servicio que contraviene las leyes, la moral y las buenas costumbres, y por tanto, no puede ser objeto de ningún contrato por ser ilícito, al igual que lo sería la causa. (artículo 1831 del Código Civil para el Distrito Federal).
- d) Como semejante negocio jurídico sería nulo, no podrían derivar de él obligaciones para las partes, pues en dicho contrato no hay efectos negociales. Son de aplicar, por tanto, los principios generales de las obligaciones: la gestante no tiene obligación de hacer ni de dar lo pactado y no se podría ejecutar en su contra. (artículo 1943 del Código Civil para el Distrito Federal).
- e) No obstante se darían los efectos indirectos o reflejos en cuanto a las consecuencias de los servicios ciertamente realizados aunque el contrato sea nulo. Dichos efectos serían los típicos derivados de los contratos ilícitos, por ilicitud en el objeto y en la causa. (artículos 2224 y 225 del Código Civil para

el Distrito Federal). De suerte que su característica fundamental es el no ejercicio de ninguna acción por los interesados, lo que supone la excepción a la tesis general prevista en el artículo 2239 del Código Civil para el Distrito Federal, según el cual declara la nulidad obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado,

5. Inseminación post-mortem

Se trata de la posibilidad técnica de procrear un hijo utilizando los gametos masculinos del marido fallecido⁵⁵. En éste supuesto ya no hay matrimonio y, en cambio si, una mujer viuda, que desea procrear un hijo con el material genésico de su esposo.

En su momento dijimos que si la función de las técnicas a las que nos referimos es "terapéutica" —eufemismo que hemos comentado— sólo tiene relevancia jurídica en el matrimonio. No creemos que la viuda -en tanto que es viuda y no puede procrear con su difunto marido- deba preocupar al Derecho. En realidad la viuda es, a estos efectos, una "mujer sola". ¿Tiene sentido procrear un hijo matrimonial cuando lisa y llanamente ya no hay ni pude haber matrimonio que por la muerte del marido se extinguió?

En la doctrina se ha sostenido en su mayoría, la radical prohibición de la fecundación post-mortem:

LACRUZ BERBEJO⁵⁶ opina que: "La fecundación post-mortem debería estar administrativamente prohibida, salvo sentencia judicial en pleito contra el Ministerio Fiscal y los herederos del difunto. Producida la fecundación, salvo en éste último caso no conferirá derechos sucesorios."

SANCHO REBULLIDA⁵⁷ refiriéndose a la inseminación artificial dentro del matrimonio dice que " el hijo será matrimonial, salvo que su inseminación se practique *postmortem mariti*, contra la prohibición de la ley, en cuyo caso al menos, a efectos patrimoniales, principalmente sucesorios- se considerará extramatrimonial: no parece puede ser éste de mejor condición legal que el hijo de cónyuges civilmente divorciados."

LLEDÓ YAGÜE⁵⁸ considera que: "Otra hipótesis, que asimismo no debe admitirse es el supuesto de la inseminación homóloga post mortem. El hijo así nacido, su estatus sería el de extramatrimonial. Es decir, si el hijo ha sido concebido después de que muriera el causante de la sucesión, a la sazón de su progenitor

⁵⁵ Como ya se ha dicho, el Código Civil para el Distrito Federal, no admite éstas prácticas en el concubinato, ni en hombres o mujeres solas, por lo cual sólo nos referiremos a la utilización de éstas, dentro del matrimonio.

⁵⁶ LACRUZ BERBEJO, José Luis, Información sobre inseminación artificial y otros extremos semejantes, informe presentado ante la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación "in vitro" y la Inseminación Artificial Humanas del Congreso de los Diputados de Madrid, 1985, págs.10 y 11.

⁵⁷ SANCHO REBULLIDA, Los estudios...cit., págs. 28 y 29.

biológico, aquél no está amparado en la presunción de paternidad, por haber nacido de matrimonio disuelto más allá de los trescientos días siguientes a su disolución (fallecimiento).

Aunque genéticamente pudiera constatarse que por la aportación de las pruebas biológicas al proceso de la investigación de la paternidad, el hijo (postumísimo) fuera portador del material genético del causante a la sazón su progenitor biológico, pero no padre y jurídicamente hablando puesto que al disolverse el vínculo y no estar concebido al fallecer aquel no puede desencadenarse para el *concepturus* una presunción de paternidad *mortis causa sine die*", y considera "al morir el marido cesa el vínculo matrimonial. La inseminación artificial entre casados tras la muerte del marido, se convierte en una inseminación con semen de un donante, aunque el donante sea en este caso una persona muy concreta con la que la mujer receptora ha estado unida en matrimonio y, presumiblemente, sigue unida con fuertes lazos afectivos."

Estoy de acuerdo con este autor cuando sostiene que "el hecho de nacer sin padre conlleva una perjudicial distorsión de la aplicación terapéutica de las técnicas procreativas cuando quizá lo más prudente sería suspender el tratamiento. Y añade que " la razón estriba en que la filiación matrimonial descansa en los siguientes e imprescindibles presupuestos: matrimonio de los padres, concepción y nacimiento durante el matrimonio, relación de maternidad, o sea, filiación respecto de la mujer

⁵⁸ LLEDÓ YAGÜE, Informe... cit., págs. 40 y 41.

casada, identidad del hijo, relación de paternidad, es decir, filiación respecto del marido de la madre.

La conclusión es que el hijo por inseminación homóloga post mortem, ha sido concebido cuando ya se había disuelto el matrimonio, -el vínculo- luego es hijo nacido en estas condiciones es, y por ende más allá de los trescientos días siguientes al fallecimiento del causante progenitor, considerado como un hijo no matrimonial, no poseyendo mas que la determinación legal de la filiación con su madre, aunque genéticamente el hijo fuera también del ex -esposo. Es el mismo caso, que el hijo nacido posteriormente a la disolución del matrimonio por divorcio, que obviamente es extramatrimonial, puesto que ha sido concebido por los ya ex-cónyuges. Volviendo al asunto central de éste comentario, el hijo póstumo nacido por autoinseminación, no creo que tuviera éxito su pretensión de reclamar una filiación matrimonial, ni que fuera considerado como un *legitimario preterido* en el testamento del causante."

En otro texto LLEDO YAGÜE⁵⁹ se cuestiona: "¿Qué finalidad es la que justifica su utilización cuando en el caso concreto ha fallecido quien es infértil? A mi modo de ver, incurrimos una vez más en un despreciable determinismo voluntarista, puesto que se condena al concepturus desde ya antes de la concepción a una orfandad planificada, siendo coherente con la necesidad de la identidad sexual del hijo, es decir, el derecho a acceder a un plano de igualdad a un padre y a una

madre, me siento en la obligación de manifestarme en contra de dicho procedimiento."

A su vez HORTAL ALONSO⁶⁰ argumenta que: "La objeción sustantiva frente a esta práctica procede ante todo de los posibles daños del niño que llegase a nacer por el hecho de nacer sin padre en una situación así. Es cierto que esto le sucede también al hijo póstumo, pero con una diferencia: en este caso se programa deliberadamente una situación que en el otro caso sólo se asume como irremediable."

ZARRALUQUI⁶¹ arguye que: "(...) nunca un hijo engendrado, después del fallecimiento de su padre puede ser hijo de éste ni estimarlo fruto del matrimonio que ligaba a su madre; carecería del apellido del padre, y no tendrá derecho a si herencia pues la protección al nasciturus no alcanza al no concebido."

Según la opinión dominante en la doctrina, estima PANTALEÓN PRIETO⁶² que: "la inseminación artificial de una mujer con semen de su marido ya fallecido debe de considerarse ilícita, aún cuando conste el consentimiento del difunto a que su esperma fuera utilizado con tal fin a su muerte."

⁵⁹ LLEDÓ YAGÜE, Francisco, La genética actual y el Derecho de Familia, ponencia presentada ante el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, abril de 1988.

⁶⁰ HORTAL ALONSO, Inseminación... cit., págs. 70 y 71.

⁶¹ ZARRALUQUI, La inseminación... cit., pág. 96.

A su vez VIDAL MARTÍNEZ⁶³ estima que: " Las posibilidades abiertas por la tecnología moderna (...) pueden dar lugar a resultados extravagantes, si se da sustento a sentimientos y deseos humanos, quizá comprensibles en el plano subjetivo, pero objetivamente muy difíciles de justificar". Este autor entiende que: "aparte de otras muchas posibles consideraciones resulta injusto respecto al hijo, y, por tanto indeseable, programar la venida al mundo, cuando ya su progenitor no se encuentra en él."

Ahora bien, en el ámbito de nuestro ordenamiento, el artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal establece que los cónyuges tienen derecho a utilizar **cualquier** método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia, y que será ejercido de común acuerdo entre ellos.

De esta afirmación desprende que los cónyuges pueden acceder a la inseminación post-mortem; ya que el artículo 329 del Código Civil establece que: "Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacidos después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo establecido en éste Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero ésta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida de su cónyuge."

⁶² PANTALEÓN PRIETO, A.F., La responsabilidad civil de los sujetos o instituciones intervinientes en un proceso de fecundación asistida, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987, págs. 37 y 38.

⁶³ VIDAL MARTÍNEZ, Las nuevas... cit., págs. 144 y 145.

Es decir, que el cónyuge que prestó su consentimiento para que su esposa fuera fecundada in vitro o inseminada artificialmente, una vez fallecido no puede revocar su consentimiento, por lo cual su esposa podría practicarse una inseminación post-mortem cuando lo deseara, ocasionando con esto, posibles problemas hereditarios, ya que se dispondría de un plazo de diez años para demandar un juicio de petición de herencia.

Sobre esta cuestión RIVERO HERNÁNDEZ⁶⁴ esgrime: "Nacido un nuevo ser por inseminación artificial post-mortem la cuestión principal radica en determinar su filiación y saber si es hijo del fallecido o no. Si se estima que no cabe tenerle por hijo, por las razones que fueren, no da lugar a pensar en derechos sucesorios respecto de esa persona. Pero si puede estimarse que, el así nacido es hijo del fallecido, no me parece lógico que se le prive, gratuitamente a mi parecer, de derechos sucesorios. El nacimiento póstumo no es razón suficiente para esa privación, como tampoco lo es para el hijo póstumo natural. (...) Pero no se le prive de derechos que el ordenamiento prevé para cualquier otro nacido por el tiempo de nacer en tiempo y procedimiento que esa persona no ha podido elegir: no se le haga innecesariamente de peor calidad que otros cuando ya hay suficientes motivos de preocupación posible para él."

En conclusión podemos afirmar, por lo antes expuesto, que nos oponemos a la inseminación post-mortem, además de resaltar nuevamente que no existe un

"derecho al hijo", ni a los gametos u órganos sexuales del cónyuge y si , en cambio, el derecho al cuerpo, sólo en el contexto de la unión conyugal. Creemos que en éste tema, como en otros análogos, la admisibilidad o rechazo queda determinada por los conceptos de procreación, familia y matrimonio que cada uno sustenta.

6. Las reglas básicas para la determinación de las relaciones paterno-filiales en las técnicas de reproducción asistida.

A lo largo del presente trabajo nos hemos pronunciado por el principio de la verdad biológica, como principio rector de las relaciones paterno-filiales. Estas técnicas incrementan considerablemente el número de ficciones o presunciones legales *iuris et de iure*, con notable alejamiento de la verdad biológica, que ha sido uno de los objetivos más intensamente reivindicados en el Código Civil para el Distrito Federal.

6.1 La filiación de las técnicas de reproducción asistida en el matrimonio.

El artículo 326 segundo párrafo del Código Civil establece que el cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge, si hubo consentimiento expreso para la utilización de técnicas de reproducción asistida.

⁶⁴ RIVERO HERNÁNDEZ Francisco, La fecundación artificial post-mortem, ponencia presentada en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, octubre

"El problema -dice MONTES PENADES⁶⁵- suscitado por la IAD practicada en mujer casada solo puede templarse acudiendo a la declaración del marido (una suerte de reconocimiento) y a la posesión de estado. El consentimiento habrá de consistir en una declaración de voluntad de aceptar como hijo al fruto de la IAD de su esposa y no a la falacia de que interviene en el proceso de generación."

La exigencia del consentimiento marital evita el problema de una decisión unilateral de la mujer, con el normal rechazo del marido hacia el hijo.

ZARRALUQUI⁶⁶ estima que: "hay que distinguir entre el consentimiento a la IAD y la asunción de la paternidad y exigir dos actos diferentes, es preferible a requerir sólo el consentimiento y hacer derivar de éste la consecuencia legal de considerar padre del hijo que nazca a quien consiente. Y ello, en primer lugar, porque es preferible que los actos sean nítidos y claros, y reflejen exactamente lo que dicen. Si se consiente la inseminación, no necesariamente se asume la paternidad. Y en segundo término, de esa forma eliminamos condicionantes, en las que ha de considerarse <<todas las circunstancias>> para juzgar si es probable que el hijo haya sido engendrado mediante inseminación."

Es imposible considerar como escrito de reconocimiento de la paternidad, el escrito consistiendo la fecundación de la esposa con semen de un tercero, porque,

de 1987, págs. 49 y ss.

⁶⁵ MONTES PENADES, El consentimiento... cit., pág. 36.

en rigor, el autor del documento lo que está haciendo es reconocer que la paternidad no es suya, siendo una ficción legal, ya que la ley asigna a tal escrito la atribución de la responsabilidad y rol social de padre.

El consentimiento prestado por el donador no lo exime de las acciones de reclamación de filiación que pudiera interponer la madre que haya dado su consentimiento para la utilización de las técnicas de reproducción artificial, ya que la paternidad no puede ser objeto de convenio entre las partes (artículo 330 del Código Civil).

Por su parte la ley permite al hijo la acción de investigación de la paternidad o maternidad, lo que supone que el donante no debe ser eximido de la "irresponsabilidad" de su acto y en relación con el ser que posiblemente venga al mundo, ya que de otra manera, al concebido por estas técnicas se le negaría radicalmente la posibilidad de conocer la verdad biológica, con lo cual lo colocaría en una peor situación, que la de los nacidos por reproducción natural, a los cuales la ley les concede tal derecho. Y esto iría en contra de lo que dispone el artículo 338 Bis del Código Civil que establece que: "La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen."

Otro de los problemas que éstas técnicas pueden suscitar, sería si el donante casado debe o no informar a su cónyuge de la donación hecha para que sus gametos puedan ser utilizados en éstos procesos, si el cónyuge debe prestar su

⁶⁶ ZARRALUQUI, La inseminación.. cit. pág. 97.

consentimiento. Al decir de LLEDÓ YAGÜE⁶⁷ "Hay quienes razonan que el matrimonio es una comunidad de vida exclusiva y excluyente, que no cabe disponer del material genético extraconyugalmente, de modo que hacerlo contravendría el sentido óntico de esta comunidad de vida que exige *fideltas* del consorte, tanto vera cópula (cohabitación carnal), como, a mayor abundamiento, en la reproducción humana asistida, con lo cual, si el adulterio es causa de divorcio, *mutatis mutandis*, ¿debe predicarse la misma solución con el teleadulterio clínico?."

A este respecto la fidelidad conyugal debe de ser interpretada de una manera más amplia, ya que este deber matrimonial no solo comprende la obligación de abstenerse de las relaciones carnales extramatrimoniales, sino de cualquier acto que pueda sospechar o preparar esas relaciones. Presupone la entrega total de cuerpo y alma. (completos).

Pensemos en una mujer casada, que celebra un "contrato" de alquiler de útero con un matrimonio infértil, sin el consentimiento de su marido, que por el juego de las presunciones legales que establece la ley (artículo 324 fracción II del Código Civil para el distrito Federal), ha de considerarse como hijo de matrimonio de la mujer contratante y de su marido.

La inseminación practicada con semen de un tercero donante no debería impedir al marido impugnar la paternidad del niño aún cuando haya dado su

⁶⁷ LLEDÓ YAGÜE, Fecundación... cit., pág. 77.

consentimiento. Además cabe mencionar que el Código Civil⁶⁸ establece como causal de divorcio el empleo de métodos de fecundación asistida sin consentimiento de su cónyuge.

¿El donante casado debe obtener el consentimiento de su cónyuge?. A este respecto LLEDÓ YAGUE⁶⁹ "Las soluciones son dos: una afirmar que no es preciso, puesto que la donación no produce ofensa al otro consorte, otra opinar que en el matrimonio existe una mutua entrega corporal y que por tanto no cabe la disposición de semen u óvulos para cualquier finalidad extraconyugal. El matrimonio conlleva la fidelidad conyugal puede hablarse incluso de la fidelidad hasta en la reproducción, ¿sin consentimiento sería un acto de infidelidad?, ¿admitido el consentimiento previo, no estaríamos ante una nueva figura poligamia genética?. Curiosamente el informe emitido por el Consejo de Europa en 1981 se lee lo siguiente: se ha formado una doctrina nueva según la cual los donantes deben obtener el consentimiento de sus esposas. Se habla entonces de una pareja donante. Esta doctrina ha nacido de la idea de que una pareja no es únicamente una unidad biológica sino también una entidad moral y jurídica. En la práctica, las cosas pueden ser diferentes puesto que la gran mayoría de las mujeres no autorizarían a sus maridos a ser donantes, probablemente por celos en consideración a la otra mujer pero sobre todo, por temor que el otro hijo llegue a ser un rival imaginario para sus propios hijos".

⁶⁸ Cfr, artículo 267, fracción XX del Código Civil para el Distrito Federal.

⁶⁹ LLEDO YAGUE, Informe... cit., pág. 55 y ss.

¿El consentimiento puede ser revocado antes de que se haya practicado la inseminación o la fecundación in vitro dentro del matrimonio? . El artículo 329 establece que todas las cuestiones relativas a la paternidad de los hijos nacidos después de los trescientos días de disuelto el matrimonio podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación de conformidad con lo que establece el Código, pero a su vez establece que esta acción no prosperará si el cónyuge consistió expresamente en los métodos de fecundación asistida a su cónyuge. Esta disposición resulta absurda debido a que una vez que el matrimonio ha quedado disuelto y han transcurrido los trescientos días que establece el código para atribuir la paternidad, el ex marido no puede oponerse a que su ex esposa se insemine y el hijo que nazca sea considerado como su hijo. Cabe hacer notar que el código no establece ningún plazo para que se realice la inseminación por lo que ésta puede hacerse dentro de cinco o diez años posteriores a la disolución.

En el supuesto anterior ¿Qué pasaría si la ex cónyuge contrae nuevo matrimonio y se insemina con el "consentimiento expreso" que le dio su ex marido antes de que su matrimonio quedara disuelto? Por una parte el artículo 324 fracción II del Código Civil establece la presunción de que los nacidos dentro de los trescientos días de disuelto el matrimonio se presumen del ex marido a menos que la ex esposa se una en un nuevo matrimonio, y por otra parte el artículo 329 del mismo código establece que las acciones relativas a la paternidad en los casos de que el ex marido haya otorgado su consentimiento para la utilización de algún método de reproducción asistida no prosperará. En este caso no hace ninguna mención a que la ex cónyuge contraiga nuevo matrimonio, y como ya se dijo, tampoco establece un

plazo para que se lleve a cabo dichos métodos; por lo que el hijo nacido en estas circunstancias será considerado como hijo del ex esposo, con toda la problemática que se puede presentar en el caso de las sucesiones.

Cabe hacer mención del artículo 293 párrafo segundo del Código Civil, que establece que: " ... se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan." Entonces resulta que tienen parentesco consanguíneo: ¿el donante?, ¿la pareja contratante?, ¿la madre de alquiler?, ¿el equipo médico?, etc., ya que todos ellos prestaron de alguna manera su consentimiento para la utilización de éstas prácticas, siendo que esto resulta absurdo.

6.2 Las técnicas de reproducción asistida fuera de matrimonio

La utilización de éstas técnicas en parejas no casadas, produce una desconsideración legal al matrimonio como institución social y jurídica, pues la ley mostraría indiferencia de que el nuevo ser venga a un hogar no legalmente constituido. La inseminación con aprobación del Estado, hecha a mujeres solas, convertiría a aquel en un "fabricante de seres marginados", pues permite la creación a seres que no podrán tener un padre legal, originando una flagrante discriminación en razón al nacimiento.

ZANNONI⁷⁰ argumenta que: "que la procreación no es una pura función biológica que puede ser objeto de consideración independiente de la función institucional que ella cumple socialmente. En este sentido nos parece que no debería de admitirse la inseminación artificial a mujeres solteras ni a las viudas, ni a parejas <<estables>>."

No hay persona cuya identidad este mejor protegida, que la del donante, cuya contribución es imprescindible para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. El anonimato es un medio para inmunizarle de las acciones de reclamación de paternidad -y eventualmente, de maternidad- que podrían interponerse en su contra, con arreglo a la legislación del Código Civil.

Según la normativa vigente todo hijo nacido de progenitores no casados entre sí es extramatrimonial, por lo que la determinación tanto de la maternidad como de la paternidad se realizará por alguno de los medios que establece el Código Civil. El artículo 60 de dicho ordenamiento establece: "El padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos. Cuando no estén casados, el reconocimiento se hará concurriendo los dos personalmente, o a través de sus representantes, ante el Registro Civil. La investigación tanto de la paternidad como de la maternidad, podrá hacerse ante los tribunales de acuerdo a las disposiciones relativas a este Código...". En relación con al padre el artículo 369 determina cuáles son los modos para el reconocimiento voluntario de un hijo nacido fuera de matrimonio.

⁷⁰ ZANNONI, La genética... cit., pág. 51.

Al margen de que la filiación pueda establecerse mediante una sentencia, aquella tiene un claro carácter voluntarista, con lo cual el reconocimiento del concubinario se torna más inseguro sobre todo si se utiliza el semen de un donante. Sobre ésta cuestión MORO ALMARÁZ⁷¹ se pregunta: ¿Qué ha de hacerse, contraer el compromiso de reconocer al hijo? Sería muy discutible, ya que el estado civil no es algo sujeto a pacto o condición. De otro lado, cabría preguntarse cuándo en la filiación extramatrimonial se ha pensado en asegurar que el hombre que tuviera relaciones con una mujer realizara un reconocimiento previo. (...) No es posible, pues, que la fecundación asistida suponga tal privilegio; como si el hijo fuera nacido dentro de matrimonio".

En conclusión para la determinación de la paternidad como de la maternidad, en los casos del concubinato se tendrá que ajustar a la determinación de la filiación que establece el código para el caso de que los padres del hijo no estuvieren casados; es decir, el reconocimiento o bien la investigación de la paternidad o la maternidad, quedando a salvo los derechos del hijo para promover ante los tribunales, los juicios que procedan.

⁷¹ MORO ALMARÁZ, Aspectos... cit., págs. 245 y 246.

CONCLUSIONES

1. La persona humana comienza desde el momento mismo de la fertilización, y en cuanto a tal, tiene derecho a la vida y los demás la obligación de respetarla y protegerla.

Desde la fertilización, el embrión tiene intrínsecamente toda su potencialidad, incita en su ser, para desarrollarse por sí mismo con las condiciones químicas favorables.

Del principio de inviolabilidad de la vida se derivan varios derechos anexos, entre ellos, como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción, cualquier limitación o excepción destruye el contenido mismo del Derecho, -debe de protegerse tanto el ya nacido, como el que está por nacer- de donde deriva, por ejemplo, la ilegitimidad del aborto o bien de la eutanasia.

El derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida no hay humanidad, ahora bien, como todo derecho, lo es, en tanto es exigible ante terceros. El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, pero también de exigir de otros conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud e incluso a quien tenga un deber genérico de asistencia.

En relación al análisis de las técnicas de reproducción asistida con el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano, la legislación plantea serios inconvenientes cuya solución no está contemplada en las normas vigentes, especialmente en el Derecho de Familia, el Derecho Penal y en la Ley General de Salud.

Los avances científicos en el campo de la Medicina, en general, tienden al mejoramiento de las condiciones de vida de los seres humanos. El desarrollo de estas técnicas ha posibilitado que muchas parejas estériles consigan tener hijos. Sin embargo, es preciso cuestionarse si todo lo científicamente posible es compatible con las normas y principios que tutelan la vida humana y, hasta qué punto, la persona humana admite ser objeto o resultado de un proceso técnico de producción.

Cuando el objeto de la manipulación técnica es el ser humano, como en la técnicas de reproducción artificial, el análisis debe de superar el plano de lo técnicamente correcto o efectivo, debe de prevalecer el criterio ético. El ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues el único que vale por sí mismo y no en razón de otra cosa. Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, este debe de ser protegido igual que cualquier otro ser humano. Solamente la tesis contraria permitiría admitir que sea congelado, vendido o sometido a experimentación e incluso desechado.

2. Si la vida humana tiene su inicio desde el momento mismo de la fecundación, y desde entonces el embrión tiene intrínsecamente toda su potencialidad para desarrollarse, no se puede confundir ni homologar el tratamiento jurídico de los

embriones, ni siquiera de unas horas, con el de los gametos, éstos son células, mientras que los embriones son seres humanos.

Los gametos humanos son células sexuales cuya capacidad fecundante los constituye en una categoría jurídica especial que reclama un tratamiento jurídico depurado y sumamente respetuoso. Su tráfico ha de ser restringido y no debe de estar en el comercio. Por contradictoria a la dignidad humana y por ser ofensiva a la institución familiar no aceptamos su utilización con fines reproductores, y menos aún, para prácticas heterólogas.

3. Una de las objeciones principales para la aplicación de estas técnicas, es que, importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo sea lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja, que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra, son seres humanos.

No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias naturales también haya embriones que no llegan a implantarse o que aún logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de estas técnicas implica una manipulación consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación que, de antemano, se sabe que la vida humana, en un porcentaje considerable de casos, no tiene posibilidad de continuar.

4. Es necesario distinguir la noción ontológica de persona (sustancia individual de naturaleza racional) de la noción técnica -formal y afirmar que ésta última es insuficiente - no inválida o equivocada- en orden a la protección jurídica de la persona por cuanto que tal noción está hecha para la regulación de determinado tipo de relaciones jurídicas para las que sí es suficiente.

Cuando se atiende a la consideración y tratamiento jurídico de la persona en sí misma, no en relación a los bienes patrimoniales, ni en relación a otras personas o conductas de carácter meramente civil, hay que traspasar éstos límites técnicos para penetrar en la noción ontológica.

El *nasciturus* es un ser humano, cosa que nadie puede negar. Se trata de una persona humana, portadora de todos sus atributos que la identifican como tal. No es en cambio, persona en sentido técnico-civil. La realidad entitativa del *nasciturus* es incuestionable y es por ello que la ciencia jurídica protege su vida desde la óptica de Derecho Público. El concepto técnico-civil de la persona es un traje que le queda pequeño y que por lo tanto no le sirve para su protección integral.

5. Todo régimen jurídico de la filiación derivado de éstas técnicas ha de responder a los siguientes principios generales:

a) El derecho pro-vida que es de Derecho Natural, como ya se manifestado en las anteriores conclusiones.

b) El principio de prevalencia de la verdad biológica. La filiación se refiere a la procedencia biológica y no a una procedencia voluntaria, no cambia los conceptos de generante ni de generado, aún cuando ésta se realice de forma extracorpórea. Otra cosa es, evidentemente el vínculo jurídico, la patria potestad, etc. que el derecho pueda establecer.

El anonimato del donador, por su parte, nos parece que es atentatorio del derecho natural a la investigación de la paternidad y de la maternidad que tiene todo ser humano.

c) El principio de familia. En cuanto a la admisión de éstas técnicas a hombres solos o a mujeres solas o bien a concubinarios es una burla y uno de los mayores desprecios que puede hacer el ordenamiento jurídico contra la familia. Esta afirmación se sustenta en que tales prácticas han dejado de ser un remedio terapéutico (se dice con eufemismo) para constituirse en alternativa para satisfacer cualquier deseo de maternidad, incluso caprichosa.

En cuanto al derecho a tener hijos, no existe dicho derecho, lo que en realidad se da es una vocación a la fecundidad que tiene todo ser humano, pero ésta debe de realizarse por los medios éticamente correctos. El cuerpo del otro no es producto de consumo. Hablar del derecho al hijo es creer que el hijo es un objeto destinado a satisfacer el deseo de los padres.

6. En relación con los donantes, ya sea de óvulos o espermatozoides, y siendo congruente con el principio de la verdad biológica, se debe de establecer una responsabilidad para los donadores, ya que ellos son biológicamente los padres del niño, lo hayan o no querido, ya que donaron sus gametos para ser fecundados. Por lo que considero que sería una causal de pérdida de patria potestad los que donaran sus gametos, con todas las obligaciones que ésta conlleva.

7. Considero que, de *lege ferenda*, en lugar de una falsa hipocresía e incongruencia de querer asimilar una paternidad biológica -de terceros- con la paternidad o maternidad biológica del padre y de la madre, sería mucho más congruente y mucho más sincero aproximarla al régimen de una paternidad legal desvinculada de la paternidad genética y ésta es la adopción. Este régimen creo que daría resultados mucho más justos y, al mismo tiempo, más lógicos, sinceros y científicos.

BIBLIOGRAFIA

ALAMIGEON, Pierre, Los métodos artificiales de la reproducción humana, tesis doctoral, Facultad de Derecho Canónico de París, París, octubre de 1985.

ALBACAR LOPEZ, José Luis, "Aspectos jurídicos de la manipulación genética: Inseminación artificial", en La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, jurisprudencia y bibliografía, año VI, No. 1299, Madrid, 8 de octubre de 1986.

ALBALADEJO GARCIA, Manuel, Derecho Civil, T. I, Vol. I, Barcelona, 1985.

ALBALADEJO, Manuel, Curso de Derecho Civil español, común y foral, T.IV, Barcelona, 1987.

ANSON, Francisco, Se fabrican hombres, Informe sobre la genética humana, Madrid, 1988.

BARRI, Pedro, "Aspectos médicos de las nuevas tecnologías en la reproducción humana" en Fecundación artificial, ciencia y ética, Madrid, 1985.

BERCOVIT RODRIGUEZ CANO, Rodrigo, La filiación inducida y las clasificaciones legales, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.

BONNECASE, Julien, Elementos de Derecho Civil, T. I, México, 1945.

BRANCA, Guiseppe, Instituciones de Derecho Privado, México, 1978.

BREDIN, Jean Denis, "Polémica sobre los avances y derechos de la fecundación in vitro" sacado de Le Monde, exclusivo para el diario Excélsior, México, 11 de abril de 1985.

CARBONNIER, Jean, Derecho Civil, T. I, Vol. I, Barcelona, 1960.

CASTAN TOBEÑAS, José, "Los derechos de la personalidad" en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, julio-agosto de 1952.

CASTAN TOBEÑAS, José, "Los problemas civiles de la llamada 'inseminatio artificialis'", en el libro Homenaje a D. Juan M. Puyol, Zaragoza, 1954.

CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho Civil español, común y foral, T. V, Vol. I, Madrid, 1983.

CASTRO Y BRAVO, Federico de, Compendio de Derecho Civil, T. I, Madrid, 1968.

CASTRO Y BRAVO, Federico de, Derecho Civil de España, T. II, parte primera, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

CLAVERIA GOSALVEZ, L. H., Las categorías negociables y su adaptación en función de la reproducción humana, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T. I, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.

CONGRESO SUIZO DE BIOETICA (CONGRES SUISSE DE BIOETHIQUE), "L'Embryon: Un Homme" en Actes du Congres de Lausanne, Lausanne Chuv, 8-9 de noviembre de 1986 (libro de sesiones), 1987.

CONSEJO DE EUROPA, anexo H del Documento 5628 de 12 de septiembre de 1986, Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa.

COSSIO Y COSIO, Roberto, "La familia en nuestro Derecho", en Revista IUS, T. I, No. 4, México, noviembre de 1938.

DELGADO ECHEVERRIA, J., Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. El determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.

DIEGO LORA, Carmelo de, Información sobre futuras normas jurídicas relativas a la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas, Pamplona, 12 de febrero de 1986, artículo mecanográfico.

DIEGO, Clemente, de, Instituciones de Derecho Civil, T. I, Madrid, 1959.

DIEZ DIAZ, Joaquín, Los derechos físicos de la personalidad. Derecho Somático, Madrid, 1963.

DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS DE NOTARIADO, Grupo de trabajo constituido en la Dirección General de los Registros del Notariado, Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación in vitro, suplemento No. 3, 1986, Madrid, 15 de enero de 1986.

ENNENCERUS, Ludwing, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, Tratado de Derecho Civil, T. I, Vol. I, Barcelona, 1934.

ESER Albin, "¿Genética gen-ética, Derecho genético?" en La Ley, año VII, No. 1397, Madrid, 25 de febrero de 1986.

FERRE, J., MARTINEZ DE ARTOLA, V., "Fecundación artificial: aspectos médicos y cuestiones éticas" en Revista de Medicina de la Universidad de Navarra, Vol. XXIX, No. 3, julio-septiembre, 1985.

FLORES GARCIA, Fernando, "La inseminación artificial en la especie humana" en Criminalia, año XXI, No. 6, México, junio de 1955.

FOSAR BENLLOCH, Enrique, "La Antropología y el Derecho de la procreación humana", en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, No. 4, Madrid, julio-agosto de 1986.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, México, 1973.

GARCIA AGUILERA, José Antonio, "Problemas jurídicos de la inseminación artificial con especial referencia a cuestiones penales", en Revista de Derecho Judicial, año XIII, No. 51-52, Madrid, julio-diciembre de 1972.

GARCIA CANTERO, Gabriel, "Incidencia de la Medicina y Biología moderna en el Derecho Civil Español", en Estudios en Homenaje al profesor López Rodó, Vol. III, Madrid, 1972.

GARCIA CANTERO, Gabriel, "Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho Natural" en Verbo No. 241-242, Conferencia dictada en la Universidad Complutense de Madrid, en junio de 1985.

GARCIA RUBIO, Mari Paz, La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho Español, ponencia presentada en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, octubre de 1988.

GONZALEZ Y GONZALEZ, Aurora, Reflexiones en torno al informe Palacios y al proyecto de ley sobre técnicas de reproducción asistida, comunicación presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, Vitoria, 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.

GROBSTEIN, C., FLOWER, M., MENDELOFF, "External Human Fertilization: An evaluation of policy" en Science, Vol. 222, (4620), 1983.

HERNANDEZ IBAÑEZ, C., "Nuevas Técnicas de Inseminación artificial" en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1986.

HERNANDEZ IBAÑEZ, C., La atribución de la maternidad en la gestación contratada, comunicación presentada en el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.

HERRERA JARAMILLO, Francisco José, El Derecho a la vida y el aborto, Pamplona, 1984.

HERVADA, Javier, "Consideraciones sobre la noción de matrimonio" en Persona y Derecho, 10, Pamplona, 1983.

HERVADA, Javier, "El comienzo del Derecho a la vida en la Declaración Universal de Derechos humanos" en Escritos de Derecho Natural, Pamplona, 1986, pág. 643.

HERVADA, Javier, Introducción Crítica al Derecho Natural, Pamplona, 1981.

HERVADA, Javier, ZUMAQUERO, José María, Textos internacionales de Derechos Humanos, Pamplona, 1978.

HORTAL, ALONSO, Augusto, "Inseminación artificial y Fecundación in vitro: Aspectos Éticos", en Revista de Teología y Ciencias humanas, Universidad Pontificia de Comillas, Vol. 44, No. 84, Madrid, enero-julio de 1986.

Informe presentado en el Congreso de Diputados, Comisión Especial de Estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas, Presidente, Marcelo Palacios, Madrid, 6 de marzo de 1986.

JIMENEZ VARGAS, Juan, LOPEZ GARCIA, Guillermo, Aborto y Contraceptivos, Pamplona, 1983.

LACADENA, Juan Ramón, "Aspectos genéticos de la reproducción humana", en Fecundación artificial ciencia y ética, Madrid.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Aborto, Persona y Vida" en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1/1983.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, Información sobre la inseminación artificial y otros extremos semejantes, Informe presentado ante la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación "in vitro" y de la Inseminación Artificial Humanas del Congreso de los Diputados de Madrid, 1985.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, Parte General de Derecho Civil, Barcelona, 1983.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, Elementos de Derecho Civil, Derecho de familia, T. IV, Barcelona, 1984.

LEON ARCE, A. de, La mujer sola, sin pareja, ante las nuevas técnicas de reproducción humana, comunicación presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.

LETE DEL RIO, José María, Derecho de la persona, Madrid, 1986.

Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (122/000062), Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 28 de diciembre de 1988.

LOPATA, A., "Concepts in human vitro fertilization and embryo transfer", en Fertility and Sterility, 40/3, 1983.

LOPEZ GARCIA, G., "Comienzo de la vida del ser humano", en Revista de Medicina de la Universidad de Navarra, Vol. XXIX, No. 4, Pamplona, 1985.

LOPEZ MORATALLA, Natalia, "Experimentación en fetos humanos" en Deontología Biológica, Revista de la facultad de Ciencias de la Universidad de Navarra, II, Pamplona, 1985.

LOPEZ MORATALLA, Natalia, "Manipulación del patrimonio genético humano con fines eugenésicos", en Deontología Biológica, Revista de la facultad de Ciencias de la Universidad de Navarra, II, Pamplona, 1985.

LOPEZ MORATALLA, Natalia, "Manipulaciones de la reproducción: sexo-procreación-familia humana", en Deontología Biológica, Revista de la facultad de Ciencias de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1985.

LLEDO YAGÜE, Francisco, Fecundación Artificial y Derecho, Madrid, 1988.

LLEDO YAGÜE, Francisco, La genética actual y el Derecho de Familia, ponencia presentada ante el Congreso Hispanoamericana de Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, abril de 1988.

MESSINEO, Francisco, Manual de Derecho Civil y Comercial, T. III, Buenos Aires, 1954.

MONGE, Fernando, Persona Humana y procreación artificial, Madrid, 1988.

MONTES PENADES, Vicente, El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T. I, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.

MONTES PENADES, Vicente, Informe para la Comisión Especial de estudio sobre la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas, presentado ante el Congreso de Diputados de Madrid, 1985.

MONTES PENADES, Vicente, La genética actual y el Derecho de familia, ponencia presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, abril de 1988.

MORETTI, Jean Marie, DE DINECHEN, Oliver, El desafío genético, Barcelona, 1985.

MORO ALMARAZ, María Jesús, Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la fecundación in vitro, Barcelona, 1988.

OLIVA SANTOS, Andrés de la, "¿Nasciturus o moriturus?", en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, No. 4, Madrid, julio-agosto de 1986.

OLIVA SANTOS, Andrés de la, Intervención ante la Comisión especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas, del Congreso de los Diputados de España, Madrid, 1985.

PACHECO ESCOBEDO, Alberto, "Matrimonio y Concubinato según el Código Civil" en Revista de Derecho Notarial, No. 59, México, junio de 1975.

PACHECO ESCOBEDO, Alberto, La familia en el Derecho Civil Mexicano, México, 1984.

PACHECO ESCOBEDO, Alberto, La persona en el Derecho Civil Mexicano, México, 1985.

PANTALEON PRIETO, A. F., La responsabilidad civil de los sujetos o instituciones intervinientes en un proceso de fecundación asistida, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T. II, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.

PEÑALOSA LOPEZ PIN, Carmen, "Observaciones médicas y jurídicas acerca de la inseminación artificial humana", en Revista Jurídica General, No. 4, Madrid, julio-agosto de 1986.

PERNAU CAÑELLAS, Francisco, Biomedicina y procreación humana: Estado de la cuestión y consecuencias en la temática del matrimonio y de la familia, Tesis doctoral de la Universidad de Navarra, Facultad de Derecho Canónico, Pamplona, 1987.

PIÑAR, Blas, "Problemas morales y jurídicos de la inseminación artificial", en Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas, T. V, Pamplona, 1969.

PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, Tratado práctico de Derecho Civil Francés, T. II, La Habana, 1955.

RIVERO HERNANDEZ, Francisco, La fecundación artificial post-mortem, ponencia presentada en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, octubre de 1987.

RIVERO HERNANDEZ, Francisco, La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial, presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T. I, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.

RIVERO HERNANDEZ, Francisco, La presunción de la paternidad legítima, Madrid, 1971.

ROCA TRIAS, E., La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T. I, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, T. I, México, 1984.

RUGGIERO, Roberto, Instituciones de Derecho Civil, Madrid, 1931.

RUIZ VADILLO, Enrique, "La investigación científica y el Derecho. Especial consideración de la ingeniería genética", en Revista General de Derecho, año XLII, No. 54, Valencia, septiembre de 1986.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, Informe para la Comisión Especial de estudio sobre la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas, presentado al Congreso de Diputados, Cizur, 1985, pág. 1.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española, ponencia presentada ante el segundo Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T. I, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.

SERRANO ALONSO, E., El depósito de esperma o de embriones congelados, ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, T. II, Vitoria del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.

SERRANO VILLOFAÑE, Emilio, "Naturaleza humana. Derecho Natural", en Persona y Derecho, Vol. II, Pamplona, 1975.

SILVA RUIZ PEDRO, El Derecho de Familia y la Inseminación Artificial in vivo e in vitro, ponencia presentada ante el Congreso Hispanoamericano del Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, diciembre de 1987.

TRABUCCHI, Alberto, Instituciones de Derecho Civil, T. I, Madrid, 1967.

URBANO ISPIZUA, Claudio, Fecundación "in vitro" y naturaleza: consideraciones para un juicio ético, Pamplona, 1986.

VIDAL MARTINEZ, Jaime, "Las formas de reproducción humana ante el Derecho Civil: Introducción y panorama general" en Revista General de Derecho, año XLII, No. 504, Valencia, septiembre de 1986.

VIDAL MARTINEZ, Jaime, Las nuevas formas de reproducción humana, Madrid, 1988.

VILADRICH, Pedro Juan, Agonía del matrimonio legal, Pamplona, 1984.

WARNOCK, Mary, Informe de la Comisión Investigadora sobre la Fertilización Humana y Embriología, Reino Unido, 1984.

ZAMORANO SANABRIA, L., VELAYOS, Jorge, J. M., REINOSO SUAREZ, F., El comienzo de la vida humana, Madrid, 1983.

ZANNONI, Eduardo, La genética actual y el Derecho de Familia, ponencia presentada ante el Congreso Hispanoamericano de Derecho de familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, abril de 1988.

ZANNONI, Eduardo, La genética actual y el Derecho de Familia, ponencia presentada ante el Congreso Hispanoamericano de Derecho de familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, diciembre de 1987.

ZARRALUQUI SANCHEZ EZNARRIAGA, Luis, "La naturaleza jurídica de los elementos genéticos" en Revista General de Derecho, No. 501, año XLII, Valencia, junio de 1986.

ZARRALUQUI, Luis, "La inseminación artificial heteróloga y la filiación", en Revista Jurídica General, No. 4, Madrid, julio-agosto de 1986.