

# ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN POR MEDIO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Antecedentes*. III. *Variedad de situaciones*. IV. *El acto jurídico*. V. *Su fundamento*. VI. *Consecuencias jurídicas*. VII. *Consecuencias no jurídicas*. VIII. *Derecho a la reproducción por inseminación artificial*. IX. *Conclusiones*.

## I. PLANTEAMIENTO

La inseminación artificial se ha incorporado a la medicina general y su práctica es común, pero el derecho se ha retrasado en la adecuación de las normas a los cambios que se han generado. El artículo 4º constitucional se refiere al derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. La Ley General de Salud de 1984 regula el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología, pero ninguna ley regula de modo directo la inseminación artificial.

Esta laguna me llevó a considerar imprescindible la reflexión sobre una serie de supuestos que sustentarán, en su momento, las necesarias modificaciones legislativas que deberán implantarse, entre ellos, la definición misma de la inseminación artificial; la determinación de su naturaleza jurídica, de los sujetos que intervienen en ella; los intereses en juego, bajo qué supuestos debe aplicarse, cuáles son las finalidades que se persiguen y cuáles sus efectos.

## II. ANTECEDENTES

Han sido múltiples los autores que han definido a la inseminación artificial, los elementos comunes de estas definiciones nos permiten describirla como el conjunto de técnicas creadas por el hombre, independientemente de la forma natural, destinadas a poner en contacto

los elementos ontogenéticos del hombre y la mujer, el espermatozoide con el óvulo, con el pretendido resultado de una fecundación.

Las técnicas y procedimientos para llevar a cabo una inseminación no son una novedad de los tiempos modernos. Los primeros ensayos se iniciaron con vegetales, después con animales y ya desde el siglo XV, se tienen noticias de intentos de inseminaciones artificiales humanas, pero el primer resultado positivo se registró en Inglaterra por el médico J. Hunter (1728-1793).

Las prácticas se continuaron, pero es a principios del siglo XX cuando las técnicas se multiplican en los estados más avanzados y de religión protestante, en vista de la resistencia de la Iglesia católica para permitir las prácticas inseminatorias. En 1940 se establece en Estados Unidos, por primer vez, un banco de semen y, durante la Segunda Guerra Mundial, fue práctica común la realización de inseminaciones en forma masiva, transportándose el espermatozoide de los soldados americanos en aviones con el objeto de fecundar a sus esposas. Actualmente, las técnicas han avanzado considerablemente y son numerosos los países que permiten la práctica de la inseminación artificial.

### III. VARIEDAD DE SITUACIONES

La inseminación artificial consiste en aplicar técnicas específicas a hombres y mujeres con el propósito de lograr una fertilización. En vista de la variedad de personas que en ella intervienen y del distinto papel que desempeñan, se origina variedad en los tipos de inseminación y cada una de ellas produce distintas consecuencias.

La mujer que se somete a la inseminación debe ser mayor de edad y puede ser soltera o casada. Si está casada y para la inseminación se utiliza semen del esposo, la inseminación se denomina *homóloga*, lo mismo que la inseminación de la soltera con semen de su pareja estable; en cambio, será *heteróloga* la producida con semen de un tercero. Otras posibilidades se plantean si el donador está vivo o si ha muerto y la fecundación se produce después de su muerte. En este estudio no se incluyó la fertilización *in vitro* ni la maternidad subrogada, porque la primera ya no es propiamente una inseminación y la segunda plantea otra problemática tan extensa que excede de los propósitos del análisis.

## IV. EL ACTO JURÍDICO

Para llevar a cabo una inseminación artificial es necesario un acuerdo de voluntades sobre el objeto que se pretende y las consecuencias que producirá. Existe una finalidad mediata y una inmediata, la inmediata es lograr una fertilización, la cual presupone, si no se presenta ninguna situación adversa, la mediata: el nacimiento de un hijo.

La mujer otorga su consentimiento para que se manipule en su organismo, con la introducción de esperma, pero también el consentimiento otorgado implica la aceptación de la maternidad del hijo procreado. El donador del semen acepta que su esperma sea objeto de una inseminación artificial, pero no necesariamente acepta la paternidad del hijo que nazca como consecuencia de las técnicas genéticas, como sería el caso del donador anónimo. El esposo o pareja estable de la mujer que se somete a la inseminación artificial acepta tanto la inseminación como la paternidad del hijo que nazca. Los profesionales que practican la inseminación también son actores que manifiestan su voluntad de llevar a cabo la inseminación y esta manifestación será útil para el caso de delimitar su responsabilidad en el acto.

Otorgado el consentimiento para llevar a cabo la inseminación, éste se convierte en irrevocable. Iniciado el procedimiento la gestación se continúa y ésta no podrá ser suspendida ni por la mujer ni por su marido o pareja y menos por el donador anónimo o por los profesionales que intervinieron en ella, a no ser que surgiera una necesidad médica que la justificara. De la misma manera que ni la mujer ni su marido o pareja estable que haya otorgado su consentimiento pueden rechazar los lazos de filiación con el hijo que nazca.

El objeto de la inseminación artificial es lograr una fertilización y consecuentemente un nacimiento. Este acontecimiento implica el establecimiento de una filiación materna y, en el mejor de los casos, también paterna. Los efectos de hecho implican una modificación en la esfera jurídica de aquellos que intervinieron en la inseminación, por ello podemos afirmar que la inseminación artificial es un acto jurídico que debe estar cuidadosamente reglamentado por el derecho.

Como todo acto jurídico, la inseminación debe cumplir ciertas formalidades. El consentimiento debe otorgarse por escrito y con la expresión de su irrevocabilidad que asegure la no suspensión de la gestación ni el rechazo a la filiación generada. El donador —que deberá ser anónimo— al momento de la donación, indicará que no

desea establecer ningún vínculo con el menor que nazca y que no exigirá el reconocimiento de su paternidad.

## V. SU FUNDAMENTO

La inseminación es un procedimiento destinado a remediar un problema de infertilidad o de imposibilidad para la procreación. La inseminación artificial procede cuando la inseminación natural no es posible por anomalía física del marido o de la mujer, por imposibilidad para la ascensión natural de los espermatozoides o porque el semen que penetra no es fértil. Lledó Yagüe manifiesta que la inseminación artificial debe ser considerada como una solución terapéutica "pero nunca como un medio alternativo de procreación *latu-sensu* para parejas infértiles y menos sin constituir pareja, como sujetos individualizados que pretendieran beneficiarse de las ventajas del procedimiento"<sup>1</sup> La inseminación artificial en ningún caso debe ser utilizada como sustituta de la relación sexual natural. Su justificación depende de una opinión médica que indique la imposibilidad de la pareja para procrear por los medios naturales. En la medida que la inseminación artificial se justifique, será aceptada por la sociedad.

Desde luego, cuando hagamos referencia a la aceptación de la inseminación artificial debemos distinguir, como lo plantea Calcerrada,<sup>2</sup> entre una aceptación científica, una religiosa y la legal de entre cada uno de los distintos tipos de inseminación que existen.

### 1. *Aceptación científica*

La comunidad científica acepta, puesto que ella misma las ha creado, las prácticas inseminatorias. La inseminación artificial atiende a un problema médico, el de las parejas infecundas que, habiendo agotado otras medidas terapéuticas, deciden someterse a las técnicas que la ciencia ofrece para lograr la fertilización.

<sup>1</sup> Lledó Yagüe, "Breve discurso sobre bioética y derecho, La revolución biogénica versus sistema familiar", *Estudios de Deusto*, Universidad de Deusto, vol. 34, núm. 2, pp. 341-367.

<sup>2</sup> Martínez Calcerrada, Luis, *La nueva inseminación artificial*, Madrid, España, 1989, p.62.

## 2. *Aceptación religiosa*

La Iglesia católica<sup>3</sup> acepta la práctica de la inseminación homóloga, pero considera a la heteróloga como una abominación y un desorden moral condenable. Pío XII se pronunció en el IV Congreso Internacional de Médicos Católicos de 29 de septiembre de 1949, en el sentido de considerar la fecundación artificial fuera de matrimonio, pura y simplemente como inmoral. La procreación de una nueva vida no puede ser fruto sino del matrimonio. La fecundación artificial en el matrimonio producida por un tercero es igualmente inmoral y, como tal, debe reprobarse.

La instrucción vaticana ha manifestado:<sup>4</sup> "Obtener gametos de una tercera persona para disponer de esperma o de óvulos constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y de una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad."

En cambio, para otras religiones, como la protestante, la inseminación artificial no produce ningún cuestionamiento.

## 3. *Aceptación legal*

Para comentar la aceptación legal será necesaria la referencia a distintos momentos históricos y a distintos estados y, desde luego, a los distintos tipos de inseminación.

### A. *La inseminación homóloga*

La inseminación de una mujer casada con el esperma de su esposo no representa, en realidad, conflicto de orden jurídico. El nacido como resultado de ella, es hijo del matrimonio, su filiación y consecuente situación jurídica está prevista en la mayoría de las legislaciones. Existe una identidad entre la filiación consanguínea y la legal, la condición jurídica del menor está reconocida y el hijo es aceptado por el padre, la madre y el resto del grupo familiar.

Harry Krause<sup>5</sup> opina que la sociedad, a través del derecho, no tiene por qué interferir en una decisión que sólo compete a los pa-

<sup>3</sup> Calcerrada, *op. cit.*, p. 62.

<sup>4</sup> Cárdenas Quiroz, Carlos, "Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina", *Derecho*, Facultad de Derecho Pontificia, Universidad Católica de Perú, núm. 45, pp. 9-44 y 18.

<sup>5</sup> Krause, Harry D., "Artificial Conception: Legislative Approach", *Family Law Quarterly*, vol. XIX, núm. 3, 1985, pp. 186-206 y 197.

dres. Desde luego, siempre que se hayan cumplido las normas mínimas que señalan los procedimientos adecuados y las personas capacitadas que deben intervenir.

Como presupuesto para llevar a cabo la inseminación artificial homóloga, se requiere el consentimiento de la mujer, integrado con el del marido, en el caso de la mujer, unida en matrimonio o de la pareja estable.

### B. *Inseminación heteróloga*

La discusión en el plano doctrinal sobre el derecho a la inseminación artificial comienza en este punto. Las opiniones más radicales incluso han llegado a afirmar que esta inseminación configura un delito de adulterio y que como tal debe de ser tratado.

En Italia, en las décadas de los cuarenta, y hasta los tardíos cincuenta, se consideró a las mujeres que permitieran prácticas inseminatorias en su cuerpo, con semen que total o parcialmente no fuera de su esposo, como responsables de un delito. Un proyecto de Código Penal de 1958 establecía castigo de prisión tanto a la mujer que se sometía a las prácticas inseminatorias, como para el marido que las consentía, pero también para el donador del semen y para aquellos que practicaran la inseminación.

La legislación italiana de esas épocas, como todas aquellas que consideran a la inseminación heteróloga como un delito, pretenden proteger, a través de esa figura delictiva, la pureza de sangre de la familia. Inseminar a una mujer casada con esperma de un tercero implica introducir a la familia una carga genética distinta. Para Chiroti, autor italiano que analizó el tema, el adulterio no se concreta solamente a la lesión que se causa al honor del marido, sino de modo fundamental, en el interés social de la certeza de la descendencia.<sup>6</sup>

Otras corrientes doctrinales, en cambio, han considerado en la misma Italia que la inseminación heteróloga no constituye un adulterio. Giandomenico Milan<sup>7</sup> señala que es característico del adulterio la unión de los sexos, en consecuencia, la inseminación artificial no cae en ese supuesto, falta el elemento material, personalización del sexo y

<sup>6</sup> Citado por Cuello Calón, Eugenio, "En torno a la inseminación artificial en el campo penal", *Revista Jurídica Veracruzana*, Jalapa, Veracruz, t. XII, núm. 3, 1961, pp. 129-145 y 136.

<sup>7</sup> Citado por García Aguilera, José Antonio, "Problemas jurídicos de la inseminación artificial", *Revista de Derecho Judicial*, México, 1972, p. 194.

el psicológico: voluntad de concupiscencia. El fundamento del adulterio es una falta al deber de fidelidad y la lesión del derecho de exclusividad sexual que pertenece al marido.

En el mismo sentido, Cuello Calón<sup>8</sup> opina que la inseminación artificial no es un acto de naturaleza sexual, es un hecho exclusivamente biológico cuyo único fin es la fecundación. "Los adúlteros persiguen la satisfacción del instinto sexual, no desean engendrar hijos y nada más contrario a la sexualidad que la inseminación artificial como una intervención quirúrgica, con jeringas, gasas y otros accesorios."

En México, la inseminación heterológica no se tipifica como delito, aún cuando no mediara el consentimiento del esposo. En la ley mexicana, el adulterio presupone la relación carnal con persona de distinto sexo que haya sido cometido en el domicilio conyugal o con escándalo. Sin relación sexual, la inseminación no se configura como adulterio, no como ningún otro delito. Pero no sólo la inseminación no es considerada delito sino que está permitida y regulada por la Ley General de Salud, siempre que ésta se practique después de haber obtenido el consentimiento del esposo.

### C. *Inseminación de la mujer soltera*

La inseminación de la mujer soltera plantea otra problemática. ¿Tendrá derecho una mujer a someterse a una inseminación, ya sea con aportación genética de su pareja estable o de un donador anónimo? La Ley española sobre reproducción asistida la permite, siempre que la mujer sea mayor de edad y en plena capacidad para obrar, con independencia de su estado civil.

En Italia, aún cuando no se ha legislado al respecto, existe una proposición de Ley presentada en la Cámara de Diputados el 9 de mayo de 1986. En este documento se propone que la mujer mayor de edad, no vinculada por matrimonio, pueda recurrir a la inseminación artificial si convive con un compañero estable. La Ley sueca de diciembre de 1984, puesta en vigor en marzo de 1985, permite la inseminación de la mujer cuando esté casada o cohabite con el hombre en condiciones semejantes a las del matrimonio, siendo indispensable en todo caso, el consentimiento escrito del marido o compañero.

<sup>8</sup> Cuello Calón, *op. cit.*, p. 139.

En cambio, en Francia los bancos de esperma practican inseminación artificial únicamente a las parejas unidas en matrimonio y sólo cuando tenga por objeto remediar la esterilidad de la pareja. En la legislación mexicana no se impide a la mujer soltera, libre de matrimonio, capaz y mayor de edad, ejercer su derecho a recurrir a la inseminación artificial.

#### D. *Inseminación post-mortem*

Esta inseminación no se refiere al donador anónimo que depósito su esperma en un banco y que muere después, sino a aquellos casos en que el donador es conocido, esposo o pareja de la mujer, y manifiesta su voluntad para que la inseminación se realice después de su muerte

La legislación española la permite, pero sólo bajo ciertas circunstancias y requisitos, entre ellos, la manifestación de la voluntad del donante y que la inseminación se efectúe después de su muerte. En Francia no se ha legislado al respecto pero es famoso el caso Parpalaix que, después de un largo y complicado proceso, se resolvió en una fallo del Tribunal de Gran Instancia de Créteil en el sentido de que se practicara la inseminación a Corinee Parpalaix con el semen de su marido muerto.

Son tantas las dudas que deben ser resueltas antes de ser aceptada esta inseminación por las legislaciones, que la mayoría de ellas no la han regulado. Las corrientes contrarias a su aceptación sostienen que la muerte pone fin a la persona y si la inseminación se practica una vez que el donador ha muerto, ese hijo no tiene padre, puesto que no puede tener esta calidad quien ha dejado de existir.

Como se mencionó al principio de este apartado, la aceptación legal de la inseminación artificial depende de cada Estado, pero existen principios generales que son reconocidos como mínimos para llevar a cabo una inseminación artificial: el respeto a la voluntad de las parejas afectadas; que con las prácticas y sus consecuencias no se cause daño a nadie, al menos en esferas relevantes dignas de superior tutela; que no se contraríen las prescripciones prohibitivas, ni se contravenga con el total del ordenamiento jurídico y que exista una coherencia entre las normas con la moral y la idiosincrasia comunitaria.



## VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Debido a las diferentes variables de la aceptabilidad legal de la inseminación artificial, habrá de establecerse las diferentes consecuencias jurídicas que la inseminación artificial puede producir.

El hijo nacido como resultado de una inseminación homóloga, es hijo del matrimonio, el esposo de la mujer inseminada fue el donador del semen y, por lo tanto, el padre natural. La situación de padre biológico y padre legal se identifica. La condición jurídica del menor, su filiación materna y paterna será reconocida y el hijo es aceptado por el padre, la madre y el resto del grupo familiar. Su situación de hijo producirá todas las consecuencias legales previstas en las legislaciones, entre ellas, patria potestad, alimentos y derechos sucesores.

En los casos de inseminación heteróloga, consentida por la mujer y por su esposo, la madre está unida al hijo por filiación biológica: en cambio, el marido que consintió la inseminación, establecerá una filiación de lo que la doctrina moderna denomina "voluntad procreacional", que es el deseo de asumir a un hijo como propio aunque no lo sea. La aceptación de la inseminación artificial en el cuerpo de su esposa, es la fuente creadora del vínculo de filiación, independiente de la verdad biológica con todas las consecuencias legales, entre ellas la creación de un verdadero *status filii*, aún más, un *status familiae*.

La situación que podría generar problemas sería la posible inseminación de la mujer casada sin que el esposo hubiese otorgado su consentimiento. La sola voluntad de la mujer no debería bastar para que el marido asumiera la paternidad del menor, sin embargo, la legislación actual en México no permite al marido desconocer al hijo nacido por inseminación artificial heteróloga. Aplicando el artículo 432 del Código Civil, se presumen hijos de los cónyuges: los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo.

Las normas de filiación son de orden público y de interpretación estricta, de modo que aún cuando el esposo demostrara la falta de su consentimiento, para la ley él será considerado como padre del menor que haya nacido dentro de esos plazos. Las presunciones antes mencionadas pueden destruirse sólo cuando el marido probare que ha sido físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los trescientos que precedieron al parto,

o cuando se le haya ocultado el nacimiento. Sin esas pruebas no podrá contradecir su paternidad. La Ley General de Salud, en su artículo 466, sanciona al que practica una inseminación artificial sin el consentimiento del esposo, pero, en todo caso, la filiación del hijo en relación al esposo de la madre queda establecida.

Sin embargo, de acuerdo al análisis que hemos presentado de la inseminación como un acto jurídico, éste sólo se configura con la manifestación de la voluntad de los que en ella intervienen, tanto material como jurídicamente, y que son la mujer, su esposo, el donador anónimo y los profesionales. Si el esposo no manifestó su voluntad no debiera quedar vinculado a las consecuencias de un acto en el cual no participó, ni en forma natural ni expresando su voluntad procreacional.

Si la mujer que se somete a la inseminación artificial es soltera, habrá de distinguir si cohabita con una pareja estable o no. En el primer caso, las legislaciones italiana y sueca que hemos consultado requieren del consentimiento de esa pareja; en México debiera también establecerse la misma exigencia pues, aunque no existe presunción de paternidad, se permite iniciar un juicio de investigación de la paternidad cuando el hijo fue concebido durante el tiempo en que la madre habitó bajo el mismo techo con un hombre, viviendo maritalmente. El mismo comentario del párrafo anterior es aplicable, no se deben atribuir consecuencias jurídicas a aquel que no participó en el acto.

En el segundo caso, si la mujer no vive con pareja estable, sólo será posible establecer la filiación materna respecto a su hijo el cual será inscrito como hijo de padre desconocido y carecerá de filiación por línea paterna.

Todavía falta por analizar las consecuencias jurídicas de la inseminación *post-mortem*. Si la mujer viuda se somete a una inseminación con espermatozoides del marido fallecido, el hijo será sólo de ella. De acuerdo con la explicación que formulamos con anterioridad, la personalidad concluye con la muerte, y el hijo, resultado de una inseminación practicada después de la muerte del donador, no tiene padre. La Ley lo considera hijo nacido fuera de matrimonio, pues no estaría dentro de los términos de presunción y, por lo tanto, no tendría derecho al nombre ni a la herencia y menos a la vinculación parental con la familia del aportador del semen.

## VII. CONSECUENCIAS NO JURÍDICAS

Ante un fenómeno como la inseminación artificial, el jurista debe tomar en cuenta, como expresa Lledó Yagüe<sup>9</sup> que: “la ingeniería genética no puede ser enjuiciada desde una dirección puramente legalista, la cual resultaría insuficiente sino que tiene que apoyarse en datos aportados por otras ciencias”. Agregaríamos la necesidad de tomar en cuenta las consecuencias extra-jurídicas que la inseminación produce como son las psicológicas.

Javier Hurtado Oliver<sup>10</sup> menciona un reporte, publicado por el *American Journal of Psychological View of Artificial Insemination*, el cual registra que una de cada cinco familias que optaron por la inseminación artificial sufrieron trastornos psicológicos, entre ellos, el desarrollo de sentimientos de culpa de la esposa por haber dado a luz a un hijo extraño a la pareja. Nosotros nos preguntamos si el marido o la pareja que consintió en la inseminación artificial de su pareja o esposa ¿se sentirá verdaderamente vinculado al “hijo” o lo vivirá como una prueba de su incapacidad para engendrar, que propicie un rechazo hacia el hijo y un resentimiento frente a la esposa?

El donante que entregó su esperma y desapareció ¿no se inquietará con el tiempo por tener noticias del o de los hijos que pudo haber engendrado? ¿en ningún momento percibirá que donó no sólo un flujo corporal sino su carga genética? En cuanto al menor, el desconocimiento de sus orígenes le puede crear problemas en su sentimiento de identidad por el resto de su vida y la sensación de ser diferente a los demás, ¿le inquietará saber quién fue su padre biológico y dónde está? y si no puede obtener éstos datos ¿qué sentirá de tener un progenitor anónimo?, sólo un dato en el banco de semen y, en el caso de la madre soltera, sin un padre legal ni afectivo, sumado al posible rechazo de su madre o de su “padre” por decisión.

Estas preguntas sólo serán resueltas en el transcurso de la vida de la pareja y del hijo nacido como resultado de una inseminación artificial.

<sup>9</sup> Lledó, Yagüe, *op. cit.*, p. 341.

<sup>10</sup> Hurtado Oliver, Javier, “Una aproximación a la inseminación artificial para la procreación humana”, *Revista Judicial Jalisciense*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. 2, núm. 2, enero-abril de 1992, pp. 47-81.

## VIII. DERECHO A LA REPRODUCCIÓN POR INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

### 1. *Derecho a la reproducción*

Los apartados anteriores nos permiten contar con un esquema de lo que jurídicamente es una inseminación artificial, quiénes intervienen en ella, cómo se regula y cuáles son sus consecuencias. Con él intento establecer lo que considero deben ser los límites al derecho a la reproducción, por medio de una inseminación artificial.

El artículo 4º constitucional establece: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos...", pero, como todo derecho, éste se extiende hasta donde no se vulnere otros derechos reconocidos.

El individuo, comprendidos hombres y mujeres, puede actuar con plena autonomía, en cuyo ámbito es soberano. En este supuesto,<sup>11</sup>

El derecho a la reproducción es una expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de su personalidad, derecho que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente por los poderes públicos. Sin embargo, no es un derecho absoluto, es un derecho con límites, si bien, éstos no son otros que los derivados del ejercicio de la propia libertad y de la libertad de los demás, el ejercicio de los propios derechos y el respeto a los derechos de los demás.

¿Hasta dónde el derecho a la reproducción es un derecho autónomo o en dónde empiezan los derechos de los demás? Ya se ha apuntado que en el proceso inseminatorio interviene una variedad de sujetos que deben ser tomados en cuenta, amén de los derechos del nacido. Resulta imprescindible regular el reconocimiento jurídico de todos los sujetos que participen en la generación de un nuevo ser.

El ejercicio de un derecho está vinculado al principio de igualdad. Todos los sujetos, en igualdad de circunstancias, deben tener los mismos derechos. La discriminación por razón de sexos está prohibida por la Constitución, en tal caso podemos afirmar que tanto el hombre como la mujer tiene derecho a la reproducción por medios de la inseminación artificial.

11 "Algunas reflexiones jurídicas constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de la reproducción asistida", *Revista de Derecho Político*, España, Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. 26, 1988, p. 113.

En el caso de la mujer, ella tiene derecho a ser inseminada con esperma ya sea de donador conocido o anónimo, pero en el caso del hombre ¿cómo se hará efectivo su derecho a la procreación? ¿tiene derecho a que se le proporcione un útero para que gaste su carga genética cuando sea soltero o, si es casado, y su esposa esté incapacitada médicamente para llevar a cabo una gestación. "En un intento de mejorar la situación del hombre respecto a su derecho a reproducirse, debería defenderse su derecho a proveerse de la posibilidad de alquilar úteros para gestar hijos de su propia esperma"<sup>12</sup> y sólo así podremos referirnos a un igual derecho a la reproducción, reconocido a hombres y a mujeres.

## 2. *Derecho de la mujer a ser inseminada en forma artificial*

Como la situación planteada en el apartado anterior queda mas en el campo de la especulación que de la realidad cotidiana, me referiré al derecho de la mujer a someterse a las técnicas de la inseminación.

Una perspectiva individualista y totalmente subjetiva de los derechos de la mujer y sus libertades, unidos a las posibilidades de la ciencia en expansión, ofrecería respuestas afirmativas. Pero no podemos desconocer la participación de otros sujetos en el proceso y en los efectos de la inseminación artificial. La libertad de procreación de la mujer por medios artificiales debe estar limitada y esos límites determinados por los derechos de aquéllos a quienes afecta en mayor o menor grado la inseminación artificial.

La inseminación homóloga no presenta conflicto de intereses pues, tanto el padre donador del semen como la madre receptora son, a la vez, los progenitores reconocidos por el derecho. La heteróloga sólo procede cuando el esposo haya otorgado su consentimiento, pues, jurídicamente, se considerará hijo del matrimonio al nacido, afectando la esfera jurídica del esposo al establecerse la paternidad. El hombre libre de matrimonio que convive con una mujer, también se vería afectado en sus intereses jurídicos si se establecieran lazos de filiación con el hijo nacido de su pareja si él no otorgara el consentimiento para la inseminación artificial.

12 *Loc. cit.*

### 3. *Situación del donante anónimo*

La donación de gametos es generalmente un contrato gratuito, formal y secreto entre el donante y el centro autorizado. Es claro que el donante no desea establecer una relación de filiación con el menor que nazca después de practicada la inseminación artificial. El nunca manifiesta su voluntad procreacional, pero resulta que la legislación mexicana actual no regula la donación de semen, de manera que el anonimato del donante no está protegido por una norma de carácter general, por lo tanto, los contratos que se establezcan no pueden contravenir a lo dispuesto en la legislación civil en materia de filiación.

El artículo 382 del Código civil consigna que la persona que tenga a su favor un principio de prueba —y el contrato de donación y la inseminación lo serían— puede llevar a cabo una investigación de la paternidad. Si llegara a establecerse la paternidad en el juicio, surgiría, aunque esa no hubiera sido la intención del donante, una filiación con respecto al nacido con todos los efectos jurídicos.

### 4. *Derechos del menor*

#### A. *Subjetivación del menor*

El “derecho al hijo” se enfoca desde el punto de vista del adulto, de las personas que consideran tener el derecho a reproducirse, lo cual lleva a considerar al menor como un objeto y no como un sujeto. La cosificación del ser humano es uno de los precios que se paga en beneficio de la procreación artificial. Si instituciones como la patria potestad y la tutela que aparecieron en el derecho romano para beneficiar al *pater-familiae* o al que no tenía descendencia que recibiera su herencia, fueron transformándose en instituciones que se preocupan por el bienestar de los hijos, sean naturales o adoptivos, no se encuentra la razón para que la inseminación artificial no atienda de manera preeminente a los derechos del menor que nazca como consecuencia de una inseminación artificial.

Tanto a nivel internacional,<sup>13</sup> como nacional, se reconocen los derechos del menor, entre ellos, mencionaré algunos de los que tienen relación con la inseminación artificial:

13 Convención de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 16 de octubre de 1989.

### B. Derecho a una filiación materna y paterna

El menor que nace como resultado de una inseminación artificial llevada a cabo por una madre soltera, nace sin padre. No podemos dejar de reconocer que existen muchas madres solteras embarazadas involuntariamente o madres viudas pero, como expresa Harry Kraus, éstas son tragedias de la vida real, "pero no es una buena práctica manufacturar tragedias". Una situación de hecho es distinta a una situación deliberada de negar a un menor el derecho de establecer su filiación paterna. Resulta una contradicción que, por un lado, se permita la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, para constituir las relaciones biparentales y que, por el otro, se propicie el nacimiento de hijos sin padre.

No todas las corrientes comparten la opinión de que el niño tenga derecho a un padre y a una madre. Afirman quienes así piensan, que el niño lo que necesita es sentir un ambiente afectuoso.<sup>14</sup> Es indudable esta necesidad infantil y casuísticamente puede un niño sin padre estar rodeado del ambiente recomendable para su desarrollo físico y emocional, pero casos aislados no constituyen la generalidad, y la norma jurídica debe prever circunstancias generales. También puede haber una madre soltera que agobiada por la carga de la maternidad, sin ayuda paterna, se comporte en forma muy hostil hacia el menor.

En el caso de la fecundación *post-mortem*, como ha expresado Fernando Pantaleón,<sup>15</sup> el menor es considerado como un objeto de gratificación personal, como un *souvenir*, para la viuda que extraña a su marido, sin tomar en cuenta que traerá al mundo a un menor sin padre.

Fernando Pantaleón<sup>16</sup> plantea el absurdo de que "si se inventará en el futuro una máquina que pudiera llevar una gestación a término sólo con la 'pequeña pega' de que los niños nacieran un poco subnormales, se aceptaría porque de otra forma los niños así producidos no hubieran venido al mundo y es preferible nacer sin padre y un poco tarados que no nacer".

14 Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, "¿La maternidad es siempre cierta? La modernidad del derecho frente a los avances médicos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM-IJ, mayo-agosto de 1989, vol. 22, núm. 65, pp. 497-528.

15 Pantaleón, Fernando, "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Revista de Jueces para la Democracia*, España, 1988, pp. 19-36.

16 *Loc. cit.*

La filiación es una institución jurídica que ordena las relaciones familiares, no sólo del hijo con el padre y la madre, sino que lo entronca con todo el grupo familiar paterno y materno: hermanos, abuelos y tíos. Al negarle al menor el derecho a un padre se le niega el derecho a una filiación paterna.

La filiación establece las relaciones entre un sujeto y su grupo familiar, lo individualiza. Identifica y determina los derechos y los deberes del sujeto dentro de su orden genealógico familiar, si la mujer soltera deliberadamente priva a su hijo de tener un padre, le niega una filiación paterna y le priva de una serie de vínculos afectivos y de derechos a que tendrá acceso con una filiación paterna.

### C. *Derecho del menor a conocer sus orígenes genéticos*

Desconocer el derecho de toda persona a conocer su orígenes genéticos podría estar en contradicción con los derechos humanos fundamentales. El desconocimiento de los orígenes puede causar graves perjuicios psicológicos al menor, pero además, para la atención médica del individuo a lo largo de su vida es muy importante contar con el registro de las enfermedades y otros antecedentes médicos de sus familiares "biológicos"

### D. *Derecho del menor a pertenecer a una familia integrada*

Es en interés del menor que éste nazca y crezca en el seno de una familia estable. Las investigaciones más modernas<sup>17</sup> concuerdan en que quizá ésta sea una de las condiciones más importantes para la buena socialización del menor. La separación del menor de sus padres sólo se justifica en casos de necesidad o cuando la convivencia causara un perjuicio al menor, pero si ello no ocurre, no se debe privar al menor del ejercicio de su derecho.

### E. *Interés de la sociedad*

A la sociedad entera interesa determinar el estado de las personas y sus relaciones de parentesco para determinar los nexos jurídicos y los deberes y derechos recíprocos entre los sujetos que son

<sup>17</sup> El Proyecto de Informe sobre Fecundación Artificial en Vivo e *in Vitro* de la Comisión de Asuntos Jurídicos de los Derechos de los Ciudadanos del 6 de diciembre de 1988 del Parlamento Europeo, reconoce que la familia integrada constituye la mayor garantía para el crecimiento armónico del menor.



considerados parientes. Pero, además, la preocupación de la sociedad recae sobre las circunstancias en que los menores nacen y se desarrollan, pues esos menores forman parte y son responsabilidad de esa sociedad, por ello, podemos hacer referencia de un interés público en el bienestar del menor.

## IX. CONCLUSIONES

El artículo 4º constitucional consigna el derecho de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos. La Ley General de Salud se refiere a la inseminación artificial en forma tangencial, pero ante la presencia de los distintos intereses que confluyen ese acto, deben establecerse normas que regulen cuidadosamente la inseminación artificial. Si bien la legislación establece el derecho a la procreación, incluida la que se obtiene por medio de la inseminación, debe entenderse que ese derecho no es absoluto y habrá de regularse tomando en cuenta otros derechos y las especiales circunstancias de cada caso.

En primer término, las prácticas inseminatorias reunirán todas las condiciones técnicas que aseguren los óptimos resultados y no suponga graves riesgos para la salud de la mujer o sus posibles descendientes. Debe permitirse sólo cuando las circunstancias médicas la justifiquen, en todo caso, debe entenderse que la práctica de la inseminación artificial es una práctica excepcional contra la infertilidad de la pareja y no como una medida usual para traer niños al mundo.

Debe considerarse que el niño no es un medicamento prescrito contra la frustración que ocasiona la falta de un hijo, sino un sujeto de derechos tutelados jurídicamente. Desde el punto de vista del donante; esposo, pareja o de origen desconocido, la legislación habrá de asegurarse de no atribuir la paternidad a quienes no hayan manifestado su voluntad de establecer lazos de filiación y de reconocer los de quienes lo hubieren hecho.

La Administración Pública debe dictar normas para que en los centros médicos especializados en la materia, se garantice el respeto a las personas que intervienen en el proceso y se cercioren de las libres manifestaciones de voluntades.

La inseminación artificial habrá de someterse a normas precisas. Resulta necesaria la colaboración de los científicos y de los juristas, de modo que el derecho no limite el avance de las ciencias, pero

que la ciencia no transgreda los derechos y libertades fundamentales de los individuos y que sólo se traigan al mundo, a través de la inseminación artificial, a niños en el mejor de los proyectos posibles.

Ingrid BRENA SESMA