



Cuestiones Constitucionales

ISSN: 1405-9193

rmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

Escobar Fornos, Iván

Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación in vitro)

Cuestiones Constitucionales, núm. 16, enero-junio, 2007, pp. 137-158

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88501605>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

DERECHO A LA REPRODUCCIÓN HUMANA (INSEMINACIÓN Y FECUNDACIÓN *IN VITRO*)

Iván ESCOBAR FORNOS*

RESUMEN: El artículo aborda los problemas jurídicos suscitados por la aplicación de las modernas técnicas de reproducción humana asistida, que impactan no sólo al derecho civil, especialmente en materia de filiación, sucesiones, obligaciones, etcétera; sino también a diversos derechos fundamentales del individuo, como la vida, la integridad física, la salud, la intimidad y la identidad, entre otros. Luego de pasar revista por los ordenamientos jurídicos de España, Francia, Suiza y Costa Rica, y explicar la posición de la Iglesia católica a este respecto, el autor extrae las coincidencias y divergencias que se observan en ellos. Luego, a la luz de la legislación civil nicaragüense, que no norma la reproducción humana asistida, el autor pasa a considerar las distintas soluciones a los problemas jurídicos, fundamentalmente en materia de filiación, sucesiones y contratos, arribando a conclusiones que válidamente pudieran generalizarse a otros ordenamientos en los que aun no se regula positivamente esta materia.

Palabras clave: reproducción asistida, derecho de familia, derechos humanos.

ABSTRACT: This paper studies the legal problems derived from application of modern techniques for assist human reproduction, which has an impact not only in family law topics, as filiation, obligations, successions but also in different human rights like life, physical integrity, privacy, identity and others. After reviewing the legal systems of Spain, France, Switzerland, and Costa Rica and explaining the Catholic Church position, the author studies the coincidences and divergences of those regulations. Then reviewing the Nicaraguan family law, which has no regulation about the assist reproduction, the author considers different solutions to different legal problems, specifically about filiation, successions and contracts. These hypothetical situations could take place in the application of assist reproduction techniques and the results could be useful for other countries with no regulation about it.

Descriptors: assist reproduction, family law, human rights.

* Decano de la Facultad de derecho de la Universidad Hispanoamericana (UHISPAN), magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Managua, Nicaragua.

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos tienen aplicación en las relaciones privadas, de tal manera que el derecho a la vida, a la dignidad, a la integridad física, el derecho a la salud, a la intimidad, a la personalidad,¹ a la reproducción humana y a la identidad, entran en juego en la reproducción humana asistida, la que repercute en el matrimonio, la filiación, la investigación de la paternidad, en el derecho sucesorio, en la libre contratación y en general en los principios e instituciones del derecho de familia.

La reproducción humana normalmente es producto del amor y las relaciones sexuales entre la pareja. Con amor o sin amor el hombre y la mujer en forma natural son los autores de la reproducción humana. Pero también puede la reproducción humana no ser producto del acto sexual, sino de procedimientos técnicos dirigido por un personal cualificado.

Esta reproducción asistida repercute en el derecho y en la realidad biológica, y si ésta es perjudicada repercutirá en la vida de las personas.

II. TÉRMINOS RELEVANTES

Se distinguen tres términos que es importante conocer para comprender mejor este tema. Ellos son: *a) gameto* es la célula germinal masculina

¹ Existen derechos personalísimos de carácter subjetivo considerados absolutos, los que deben ser respetados por los miembros de la comunidad, inherentes a la persona y necesarios, vitalicios, salvo los casos de trasmisión a los herederos como la intimidad y el honor, inalienables porque están fuera del comercio y no pueden ser objeto de transacciones o cesión, extrapatrimoniales, pero si son lesionados pueden surgir indemnizaciones, y autónomos por constituir una categoría que se diferencia de los demás. Son protegidos por el derecho civil, penal, administrativo y constitucional. Su estudio y desarrollo se hace en los cursos de derecho civil, pero actualmente se contemplan en las Constituciones y se estudian también en el derecho constitucional. Estos derechos son: *a) el derecho a la vida* que comprende el estudio: *i) del aborto; ii) la eutanasia; iii) el suicidio; iv) la fecundación asistida; b) el derecho a la integridad física: i) tratamientos quirúrgicos; ii) esterilización; iii) cambio de sexo; iv) exámenes médicos obligatorios; v) disposición de parte del cuerpo (contemplada por la Ley General de Salud del 7 de mayo de 2002 que le dedica únicamente el artículo 74 a la donación y trasplante de órganos. Define lo que es implante y exige la voluntad del donante o de sus herederos en caso de muerte; pero espera la reglamentación y la promulgación de una ley especial); vi) trasplante de órgano; vii) destino del cadáver; c) derecho al honor; d) derecho a la intimidad; e) derecho a la identidad personal; f) derecho a la imagen; g) derecho a la libertad; h) derecho a la replica; i) derecho a la no discriminación.*

(espermatozoide) o femenina (óvulo). El espermatozoide tiene como función fertilizar al óvulo o célula sexual femenina originada en el ovario; *b)* la fecundación o concepción se realiza cuando el espermatozoide penetra en el óvulo, sea en el seno materno o fuera de él; *c)* el producto de la concepción es el cigoto que, hasta los noventa días, que principia la vida fetal, se denomina embrión, el que tiene tres estadios: el mórulo, que termina hasta que se produce la segmentación celular; después aparece el periodo de la blástula o blastocito, que a los catorce días aproximadamente anida en el útero, comenzando la gestación, hasta los noventa días y entonces aparece la vida fetal, que termina hasta el nacimiento.

III. BANCOS DE SEMEN, ÓVULOS Y EMBRIONES

Estos bancos de gametos y embriones surgen a raíz del uso frecuente de la técnica de la fecundación asistida.

Existen bancos de gametos de donantes anónimos para la reproducción asistida heteróloga para corregir la infertilidad femenina o masculina.

Estos gametos son depositados en lugares bien acondicionados en base al empleo del frío para su conservación (críoconservación). Se usa desde la década de los sesenta el nitrógeno líquido. El semen se conserva con mayor facilidad que los óvulos, pues aunque el óvulo admite la críoconservación, su viabilidad es muy débil.²

Existen bancos de semen en muchos países tales como: Estados Unidos, España, Suiza, Dinamarca, China, Alemania, Inglaterra, Corea del Sur, Singapur y otros. El semen es muy cotizado en el mercado y objeto de exportación. Se busca un semen no contaminado. Es un producto no tradicional que Chile importa de Suiza y Estados Unidos y éste de Dinamarca.

También existen bancos de embriones, que si bien surgieron para tratar los casos de infertilidad masculina o femenina, se van conservando embriones que no son utilizados por exceder el número necesario para la implantación; o que son desechados por ser inviables por riesgos genéticos; o que se guardan para una futura implantación, ya sea a la misma persona o a otra.

² En Australia en 1984 se logró el congelamiento de embriones y en 1985 el congelamiento de óvulos.

El objetivo de la aplicación de estas técnicas es corregir los problemas de esterilidad y permitir la procreación, pero también se ha usado con fines terapéuticos para evitar que nazcan niños con enfermedades o para curar diferentes tipos de enfermedades.

Por ejemplo, el diagnóstico genético prenatal es posible a partir del segundo trimestre de vida, lo que permite conocer la existencia de las enfermedades hereditarias en el feto, como el síndrome de Down, aunque todavía no se ha logrado corregir disfunciones hereditarias en el feto.

Aparece también el llamado "diagnóstico preimplantacional". En la fecundación *in vitro* se podría hacer el análisis genético de los embriones y seleccionar los que no tienen defectos o malformaciones. Este diagnóstico también permitiría detectar y escoger el sexo, la raza y ciertas características físicas del nuevo ser, seleccionando y descartando así vidas.

También se usan células madres embrionarias para curar enfermedades, reemplazar tejidos dañados, etcétera.

Estas técnicas han avanzado bastante de tal manera que de nuevo se nos presenta el problema de la eugenesia y el perfeccionamiento de una raza o del hombre, lo que choca con la moral y la ética religiosa.

Se presenta, pues, una manipulación de gametos y embriones que, así como puede beneficiar a la humanidad, también nos puede llevar a un desenfrenado desarrollo que pone en riesgo nuestro sistema social, la vida y los valores éticos.

IV. TEORÍA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA VIDA EN SU DESARROLLO

Existen varias teorías sobre las etapas de protección del *nasciturus* en su desarrollo biológico:

a) *Teoría de la fecundación o de la formación del genotipo.* La vida humana tiene su inicio desde la fecundación fuera o dentro del seno materno. La unión del óvulo y el espermatozoide crea una nueva vida, distinta de la de sus padres.

La persona física y jurídica (la capacidad de ser sujeto de derecho) comienza desde la concepción dentro o fuera del seno materno. Esto se da cuando se une el óvulo al espermatozoide. Se crea una nueva vida única e irrepetible.

El embrión como sujeto de derecho es titular de un complejo conjunto de derechos: derecho a la vida, derecho a la dignidad, derecho a la inte-

gridad física y psíquica, derecho a la salud, derecho a tener una familia, derecho a la identidad consagrado en la Convención de los derechos del Niño e incorporado a nuestra Constitución en el artículo 71.2.

La identidad comienza con la concepción y se extiende durante toda la vida. La identidad comprende tres aspectos: identidad referida a la realidad biológica; identidad referida a los caracteres físicos; e identidad en la realidad existencial.

La Convención sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en su artículo 4o., establece “que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...”. Este convenio tiene rango constitucional de acuerdo con el artículo 46 de la Constitución.

El artículo 19 del Código Civil establece que desde la concepción comienza la existencia natural de las personas y el artículo 13 del mismo Código dispone que al concebido debe respetársele la vida para lo cual, a petición de cualquier persona o de oficio la autoridad, tomará todas las providencias para proteger su existencia.

Estas disposiciones podrían ser invocadas y aplicadas por analogía a la procreación asistida fuera del seno materno, que trataremos en éste trabajo, para restringirla o para rechazarla en su caso.

b) *Teoría de la anidación.* Existe vida humana hasta que el cigoto se fija en la pared del útero, lo que se realiza a los catorce días de la fecundación. Se funda en dos argumentos: antes de esa fecha no existe individualidad que caracterice a la persona, ya que el embrión es susceptible de segmentación o desdoblamiento, como sucede con los gemelos monocigóticos; hasta este momento existe una relación entre la madre y el concebido.

c) *Teoría de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central* (recién a partir de quince a dieciséis días de la fecundación aparecen los rudimentos). La personalidad e individualidad se produce cuando principia el proceso de formación del sistema nervioso que comienza el día quince de la concepción y se completa a las ocho semanas.

d) *Teoría del nacimiento con vida.* Esta señala que el feto no es independiente mientras permanezca en el seno materno, ya que necesita de ella para su subsistencia y antes del nacimiento es una víscera de la ma-

dre. Una vez que nace surge su personalidad e individualidad y las consecuencias jurídicas que éstas traen.

Pero esta teoría permite que se proteja al concebido en forma amplia.

La teoría de la fecundación es seguida por la Iglesia católica, y protege al embrión en toda su etapa del desarrollo hasta el nacimiento, no permitiendo el aborto.

Para las otras teorías mientras no se cumplan las condiciones que cada una exige, el embrión es una cosa o un bien y puede ser objeto de manipulación genética, y abren las puertas al aborto.

V. TRASCENDENCIA DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

El avance de la tecnología, la revolución que provoca, trasciende hasta en las relaciones sexuales y reproductoras de las personas. Poco tiempo atrás la pareja solamente podía tener hijos a través de las relaciones sexuales.

Pero actualmente la inseminación genética, con fines procreativos, permite la procreación asistida, o sea, la inseminación o fecundación *in vitro* con esperma del mismo marido o de un donante, en una mujer virgen y soltera con esperma de donante; la fecundación en mujer casada o soltera que presta su vientre para procrear con material reproductivo de un matrimonio o pareja; la inseminación de la viuda con esperma de su marido difunto. Todo esto, repito, era impensable no hace mucho tiempo.

La repercusión de estos nuevos sistemas de procreación es revolucionaria en el derecho de familia, y en la mayor parte de los países no encuentran regulación legal por atraso de su orden jurídico o rechazo de este tipo de procreación.

El 26 de julio de 1978 se produjo un gran acontecimiento en Gran Bretaña al nacer el primer bebé de probeta (la niña Louise Brown),³ revolución biológica realizada por los doctores Patrick Steptoe (ginecólogo) y Robert Eduardo (fisiólogo). Se hizo a través de una fecundación *in vitro* de óvulos de su madre (Leslie Brown) y esperma de su padre (John Brown), seguido de la transferencia embrionaria.

³ La procreación no natural, sino artificial no es un fenómeno desconocido y nuevo, pues en Grecia y Roma se ensayó y en los siglos XVI y XVII se realizan los primeros experimentos técnicos y se logra, entre ellos, la fecundación artificial del gusano de seda y en los perros, pero no imaginaron que podía aplicarse a la especie humana.

Esto trae problemas legales y éticos que se estudian en la bioética. El problema es delicado y como tal debe ser abordado.

Son muchos los cambios que producen en la medida en que la reproducción humana asistida es aceptada: la procreación pierde su dimensión sentimental, sexual e íntima porque la procreación asistida se hace con cierta publicidad e intervención de varias personas que constituyen un equipo especializado; afecta el derecho a la intimidad; los progenitores sufren en su personalidad porque es todo un equipo el que dirige y vigila la procreación; el marido y la mujer que recibe el esperma del donante, y éste, sufren en su dignidad; existe riesgo sobre la vida del concebido o de los embriones que se pierden en el proceso; aparecen nuevos conceptos de paternidad y maternidad; se crean nuevas presunciones o ficciones legales como la de que el marido que consiente la inseminación artificial con esperma de donante es el padre, al prohibírselle impugnar la filiación matrimonial del bebé; se daña el derecho a la identidad en los casos de donación de esperma, maternidad subrogada, aplicación en mujeres solas; la asistencia *pos mortem* supone la derogación de la regla de la sucesión testamentaria de que el heredero debe sobrevivir al causante de acuerdo con los artículos 977.1 y 1155 del Código Civil.

VI. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Se llaman técnicas de reproducción humana asistida aquellos procedimientos que unen el espermatozoide con el óvulo por un medio diferente a la relación sexual natural.

Se aplican dos técnicas: la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. En virtud de la inseminación artificial se coloca el esperma en el aparato genital de la mujer para obtener la fecundación. El procedimiento artificial es claro: se obtiene el semen por medio de la masturbación o mediante la relación sexual con preservativo donde se deposita el esperma, y posteriormente lo introduce el grupo técnico en el cuerpo de la mujer.

La inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga. Es homóloga cuando el semen pertenece al marido o pareja estable de la mujer que espera concebir. Se realiza cuando el hombre es impotente, la mujer tiene vaginismo, o existen otros impedimentos como trastornos endocrinos o del metabolismo, secreciones vaginales que, al neutralizar los

espermatozoides, conducen a una inseminación intracervical (colocación del semen en el cuello del útero) o a una alteración del cuello del útero que exige la inseminación intrauterina (colocación del semen en el interior del útero).

Existe inseminación artificial heteróloga cuando el semen es aportado por un tercero ajeno al marido o pareja de la mujer. Se hace uso de este sistema cuando el varón es estéril, o cuando existe el peligro de transmisión de enfermedades o patologías hereditarias como la hemofilia, el síndrome de Down, etcétera o cuando existe incompatibilidad del factor Rh.

La fecundación *in vitro* es un proceso técnico que logra el embrión al unir el esperma con el óvulo fuera del claustro materno, que luego es trasplantado a éste para que el embarazo continúe su desarrollo natural.

Es complejo y costoso, por lo que es preciso fecundar muchos óvulos⁴ e implantar varios embriones (dos, tres o cuatro, pues menos de tres disminuye la posibilidad de embarazo y más de cuatro se corre el riesgo de embarazos múltiples), bajo el riesgo de múltiples embarazos, abortos y partos prematuros. Además se pierden embriones.

La transferencia al útero de embriones producidos *in vitro* se denomina FIV. Esta técnica ha permitido que surja otra conocida como FIVTIG (transferencia intrauterina de gametos), en virtud de la cual durante la misma operación de extracción de óvulos se depositan éstos junto con el semen en las trompas de la mujer.

VII. DERECHO COMPARADO

1. *Derecho español*

La Ley 35 de España del 22 de noviembre de 1988 regula la técnica de reproducción asistida. Es una ley amplia que ha despertado mucha polémica.

Con la mayor amplitud establece que toda mujer puede ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida.

Se pueden presentar varios casos:

a) Si se trata de inseminación artificial homóloga, o sea, en la esposa o compañera de vida con esperma y consentimiento del marido o compañero de vida. La ley no se pronuncia sobre este caso con relación a la fi-

⁴ Los óvulos se obtienen mediante laparoscopia o por punción focial.

liación, pero esta será determinada como si no hubiera intervenido la reproducción artificial y, por lo tanto, el hijo será matrimonial y en caso de impugnación se admite toda clase de prueba. Este supuesto no produce muchos problemas.

b) En el supuesto de inseminación heteróloga, es decir, cuando la esposa sea inseminada con esperma de donante anónimo, se necesita el consentimiento del marido. Al marido que prestó su consentimiento le está prohibido legalmente impugnar la filiación matrimonial del hijo producto de esta asistencia reproductiva. Se establece pues, una filiación matrimonial inimpugnable, garantizada también por el anonimato del donante, que debe mantenerse. Se formula así una ficción o presunción *iuris et de iure* impuesta por la ley. Si falta el consentimiento del padre, el hijo será extramatrimonial de la madre. Si lo inscribe como del marido, éste podrá impugnar la paternidad según el derecho común.

c) Se permite la inseminación de la mujer sola, y el hijo que nazca tendrá el carácter extramatrimonial de la madre, pero no tendrá padre; se piensa que no se excluye de modo absoluto el conocimiento de la identidad de su progenitor, aunque es difícil por el anonimato del donante.

d) Se contempla la fecundación *pos mortem*, la que consiste en fecundar a la viuda del matrimonio con gametos conservados del marido fallecido, como caso excepcional cuando el marido dispuso en vida por escritura pública o testamento que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su esposa. La filiación de este hijo es matrimonial.⁵ El varón unido por vínculo no matrimonial también podrá hacer uso de este procedimiento.

La maternidad subrogada o sustitutiva, la que se puede dar con la donación de óvulos o con el uso del útero de otra mujer, está regulado por el artículo 10 que establece que es nulo de pleno derecho el contrato en que se convenga la gestación con o sin precio a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del tercero contratante. La filiación de los hijos será determinada por el parto, y queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto al padre biológico.

La ley sienta algunos principios. La técnica de reproducción sólo puede ser utilizada cuando existe posibilidad de éxito y no represente algún riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia; solo se pueden practicar en mujeres mayores de edad, en buen estado de salud y

⁵ Artículo 9.1.2.

que consientan libremente; los establecimientos encargados de hacer esta técnica deben de dar las explicaciones del caso, los riesgos que conlleva, y los problemas biológicos, jurídicos, éticos o económicos; se prohíbe la fecundación de óvulos para cualquier fin distinto para la procreación humana; se transferirán al útero los embriones más adecuados.

A los hijos nacidos con estas técnicas se les prohíbe conocer su identidad, lo que pone en duda su constitucionalidad.

Cataluña (España)

La Ley 9/1998 del 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña, regula en el artículo 92 la fecundación asistida de la mujer.

Los hijos nacidos por fecundación asistida de la mujer con el consentimiento expreso del marido, formalizado en escritura pública, son considerados hijos matrimoniales del marido.

Regula la fecundación *pos mortem*. Se dispone que esta fecundación después de la muerte del marido con esperma de éste, tiene por efecto tener al nacido como hijo del difunto siempre que concurran tres condiciones: *a) el consentimiento del marido en forma fehaciente para la fecundación asistida después de su muerte; b) que se limite a un único caso, comprendido el parto múltiple; y c) que el proceso de fecundación principie en el plazo máximo de doscientos setenta días después de la muerte del marido*. Este plazo puede ser prorrogado por la autoridad judicial, por causa justa y por un tiempo máximo de noventa días.

2. Derecho francés

El Código Civil francés, en el título VII, sección IV, en virtud de reformas de 1994, regula la reproducción asistida. En el artículo 311-19, para garantía del fruto de la reproducción y del donante dispone que no podrá establecerse ningún vínculo de filiación entre el donante y el hijo nacido de la procreación, y no permite ninguna acción de responsabilidad en contra del donante.

En el artículo 311-20 establece que los cónyuges o concubinos que quieran procrear y recurriren a asistencia médica para la intervención de un tercero donante, deben prestar su consentimiento ante juez o notario, que les informará de las consecuencias de sus actos en la filiación. Este

consentimiento debe de darse en condiciones que garanticen el secreto. El consentimiento dado a la reproducción asistida prohíbe cualquier acción de impugnación de la filiación o de reclamación de estado, salvo que se sostenga que el hijo no ha nacido de la reproducción asistida o que el consentimiento quedare sin efecto. Queda privado de efecto en caso de fallecimiento, de presentación de una demanda de divorcio o de separación de cuerpos o de cese de la convivencia antes de realizarse la reproducción asistida. Queda también sin efecto cuando el hombre o la mujer revoquen por escrito el consentimiento antes de la realización de la reproducción asistida, ante el médico encargado de comenzar esta asistencia.

El que después de haber consentido la asistencia médica o la reproducción no reconozca al hijo nacido compromete su responsabilidad con la madre y el hijo. Además, se declarará judicialmente la paternidad no matrimonial de quien después de haber consentido la asistencia médica no reconociere al hijo que ha nacido.

3. Otros países

No son muchos los países que han regulado legalmente la reproducción asistida. Además de los antes estudiado se han dictado leyes: en Suecia la Ley sobre la Inseminación Artificial (1984) y Ley sobre la Fecundación *in Vitro* (1988); en Dinamarca la Ley sobre el Establecimiento de un Consejo Ético y la Regulación de Algunos Experimentos Biomédicos (1987); en Noruega la Ley sobre Fertilización Artificial (1987) y Ley sobre las Aplicaciones Biotecnológicas en Medicina (1994); en Alemania la Ley sobre Protección del Embrión Humano (1990); en Inglaterra la Ley sobre Fertilización Humana y Embriología (1991).

El tema que estamos tratando ha sido incorporado a la Constitución en Suiza, dada la importancia de la ingeniería genética. Transcribiremos dos artículos:

Artículo 119.1. El ser humano está protegido de los abusos de la medicina reproductiva y de la ingeniería genética. 2. La Confederación dicta prescripciones sobre la utilización del patrimonio germinal y genético humano. En este ámbito prevé la tutela de la dignidad humana, de la responsabilidad y de la familia y se atiene en particular a los siguientes principios: Todos los tipos de clonación y las intervenciones en el patrimonio genético de células germinales y embriones humanos son inadmisibles. El patrimonio germinal y genético

co no humano no puede ser transferido al patrimonio genético humano ni ser fundido con este último. Las técnicas de procreación asistida pueden ser aplicadas sólo cuando no existan otros modos para curar la infertilidad o para evitar el peligro de transmisión de enfermedades graves, pero no para predefinir determinados caracteres en el *nasciturus* o para fines científicos; la fecundación de ovocitos humanos fuera del cuerpo de la mujer está permitida sólo en las condiciones establecidas por la ley; fuera del cuerpo de la mujer pueden ser cultivados como embriones sólo tantos ovocitos humanos cuantos se puedan implantar inmediatamente. La donación de embriones y toda otra forma de maternidad de alquiler son inadmisibles. No puede comerciarse el patrimonio germinal humano ni los productos de los embriones. El patrimonio genético de una persona puede ser analizado, registrado o revelado sólo con su consentimiento en base a una prescripción legal. Toda persona tiene acceso a sus datos genéticos.

Artículo 120.1. El ser humano y su ambiente están protegidos de los abusos de la ingeniería genética. 2. La Confederación dicta prescripciones sobre la utilización del patrimonio germinal y genético de los animales, plantas y de otros organismos. En ese ámbito tiene en cuenta la dignidad de la criatura así como la seguridad del ser humano, de los animales y del ambiente y protege la variedad genética de las especies animales y vegetales.

4. *El caso de Costa Rica*

En Costa Rica se dictó el Decreto Presidencial No. 24029-S sobre la Regulación de la Reproducción Asistida del 3 de febrero de 1995.

En este Decreto se hace una regulación parcial de la reproducción asistida:

a) Se autoriza la reproducción asistida homóloga entre cónyuges por un equipo profesional interdisciplinario, previos requisitos indispensables, entre ellos: que sea el último medio técnico terapéutico para concebir, y que informado el matrimonio sobre la adopción renuncie a ella.

b) También se permite la reproducción asistida heteróloga en el matrimonio cuando aun con las técnicas homólogas no se puede concebir, se identifique el tercero donante y se renuncie a las posibilidades a una adopción, entre otros requisitos.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense, por sentencia del 15 de marzo de 2002, con el voto disidente de dos ma-

gistrados, declaró la inconstitucionalidad de dicho Decreto por razones de forma y de fondo. Entre otras razones expresa las siguientes:

- a) El Decreto No. 24029-S es declarado inconstitucional y, como consecuencia, nulo por defecto de forma, al violar la reserva de ley que exige este tipo de norma que regula la materia que contiene y no un reglamento ejecutivo.
- b) Desde la concepción existe la persona y un ser vivo con derecho a ser protegido.
- c) El artículo 4.1 del Pacto de San José dispone el respeto a la vida desde el momento de la concepción.
- d) El embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto y debe ser protegido con igualdad a otro ser humano y solamente las tesis contrarias permitirían que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e incluso desestimado.
- e) La aplicación de la técnica de la fecundación *in vitro* y la transferencia embrionaria atenta contra la vida humana.
- f) En esta técnica se produce una elevada pérdida de embriones que son seres humanos.
- g) Admite que se pueden mejorar las técnicas y desaparecer las objeciones.
- h) Ni por norma legal es posible autorizar la aplicación de esta técnica, aunque en el voto disidente se dice que no necesita de regulación legal para aplicarse.

VIII. CIERTAS COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO

Se podrían extraer algunos conceptos en los cuales existe coincidencia y en otros no; a saber: la experimentación en embriones humanos no es de aceptación general, la procreación asistida generalmente se admite en el matrimonio y en algunos países en la pareja en unión de hecho estable; en la mujer sola existe fuerte discusión, pero es admitida excepcionalmente; la fecundación *pos mortem* en algunos países se admite, en otros no; se admite la donación y conservación de semen, pero en algunos países se permite conservarlo por un periodo de cinco o diez años; se limita el número de hijos del mismo donante; deben seleccionarse minuciosamente los criterios para la selección de los embriones.

mente los donantes para evitar enfermedades o deficiencias hereditarias; se le concede el derecho al anonimato al donante, salvo casos excepcionales, aunque algunas legislaciones permiten investigar la identidad biológica; la congelación de óvulos es permitida en algunas legislaciones y en otros no; en algunas legislaciones se permite la donación de embriones, en otros se prohíbe; se prohíbe generalmente la experimentación embrionaria no encaminada a obtener nacimientos; algunos países permiten la maternidad de sustitución, pero sin fines lucrativos, otros la prohíben; se prohíben las desviaciones en el uso de la técnica de la reproducción asistida como la clonación, y la creación de híbridos y quimeras; se prohíbe la selección de sexo en el embrión obtenido *in vitro* cuando no exista riesgo de trasmitir una enfermedad hereditaria ligada al sexo; se prohíbe la transferencia de embriones humanos en útero de animales o viceversa.

Las violaciones a las prohibiciones son castigadas con multas o prisión, más los daños y perjuicios que se pudieren haber causado.

IX. LA IGLESIA CATÓLICA

La Iglesia rechaza estas técnicas de fecundación, por considerarlas contrarias a la moral, en las que interviene la masturbación y la fecundación artificial. El papa Pío XII fue uno de los primeros en condenarlas por inmorales.

La Congregación para la Doctrina de la Fe en documento del 22 de febrero de 1987, rechaza tales procedimientos artificiales:

La biología y la medicina contribuyen con sus aplicaciones al bien integral de la vida humana, cuando desde el momento en que acuden junto a la persona enferma respetan su dignidad de criatura de Dios. Pero ningún biólogo o médico puede pretender razonablemente decidir el origen y el destino de los hombres en nombre de su competencia científica. Esta norma se debe aplicar de manera particular al ámbito de la sexualidad y de la procreación, pues ahí el hombre y la mujer actualizan los valores fundamentales del amor y de la vida... Un aspecto preliminar a la valoración moral de tales técnicas es la consideración de las circunstancias y de las consecuencias que comportan en relación con el respeto debido al embrión humano. La consolidación de la práctica de la fecundación *in vitro* ha requerido formar y destruir innumerables embriones humanos... La conexión entre la fecundación *in vitro* y la elimina-

ción voluntaria de embriones humanos se verifica demasiado frecuentemente. Ello es significativo: con estos procedimientos, de finalidades aparentemente opuestas, la vida y la muerte quedan sometidas a la decisión del hombre, que de este modo termina por constituirse en dador de la vida y de la muerte por encargo.

Sobre la fecundación heteróloga expresa que:

...lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultar la maduración de su identidad personal. Constituye, además, una ofensa a la vocación común de los esposos a la paternidad y a la maternidad: priva objetivamente a la fecundidad conyugal de su unidad y de su integridad; opera y manifiesta una ruptura entre la paternidad genética, la gestacional y la responsabilidad educativa. Esta alteración de las relaciones personales en el seno de la familia tiene repercusiones en la sociedad civil: lo que amenace la unidad y la estabilidad de la familia constituye una fuente de discordias, de desórdenes e injusticias en toda la vida social.

Precisa que en la fecundación artificial homóloga “intentando una procreación que no es fruto de la unión específicamente conyugal, realiza objetivamente una separación análoga entre los bienes y los significados del matrimonio”.

Advierte que estas técnicas permiten al hombre tener en sus manos el propio destino y lo expone a la tentación de transgredir los límites de un razonable dominio de la naturaleza. Por tal razón, si tales técnicas pueden constituir un progreso al servicio del hombre, al mismo tiempo llevan graves riesgos.

En cuanto a “la fecundación artificial homóloga dentro del matrimonio no se puede admitir, salvo en el caso de que el medio técnico no sustituya el acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquél alcance su finalidad”.

En la carta encíclica *Evangélium Vitae* de Su Santidad Juan Pablo II, sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana, se expresa:

También las distintas técnicas de reproducción artificial, que parecerían puestas al servicio de la vida y que son practicadas no pocas veces con esta intención, en realidad dan pie a nuevos atentados contra la vida. Más allá del hecho de que son moralmente inaceptables desde el momento en que separan la procreación del contexto integralmente humano del acto conyugal, estas téc-

nicas registran altos porcentajes de fracaso. Este afecta no tanto a la fecundación como al desarrollo posterior del embrión, expuesto al riesgo de muerte por lo general en brevísimo tiempo. Además, se producen con frecuencia embriones en número superior al necesario para su implantación en el seno de la mujer, y éstos así llamados “embriones supernumerarios” son posteriormente suprimidos o utilizados para investigaciones que, bajo el pretexto del progreso científico o médico, reducen en realidad la vida humana a simple “material biológico” del que se puede disponer libremente.

X. NUESTRO SISTEMA LEGAL

Nuestro sistema legal carece de un cuerpo normativo sobre la procreación asistida. El Código Civil de 1904 obviamente no contempla las técnicas de la reproducción asistida, ni las rechaza, porque no existían, razón por lo cual resulta difícil dar una solución firme, carente de impugnaciones, a los diferentes casos.

Solucionó el problema de la concepción y el nacimiento de acuerdo a los conocimientos científicos y prácticos de la época. Los artículos 50., 11, 18, 19, 22, 23, 200, 202, 211, 212, 213 del Código Civil y otros regulan estos conceptos.

El derecho a la reproducción humana es de la tercera generación y aparece consagrado en el artículo 74 de la Constitución que en su párrafo 1 expresa: “El Estado otorga especial protección al proceso de reproducción humana”.

Este párrafo no señala ninguna prohibición a la procreación asistida. Por el contrario, sin distinciones acepta la procreación en forma general.

Para solucionar los casos en el estado actual de nuestra legislación o para promulgar una futura legislación sobre el derecho humano a la reproducción humana asistida debemos tener presente que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos, por las justas exigencias del bien común,⁶ la ética y las buenas costumbres.

Por otra parte, creo que para hacer uso de las técnicas de la procreación asistida deben agotarse primero los recursos terapéuticos para concebir.

Debemos de tener en cuenta que como no existe regulación legal de la procreación asistida no se ha establecido el anonimato del donante, la

⁶ Artículo 24, párrafo 2, de la Constitución.

prohibición del marido que prestó su consentimiento de impugnar la filiación matrimonial del hijo en la fecundación *in vitro* heteróloga y su responsabilidad, la prohibición de cualquier vínculo de filiación entre el donante y el niño y la prohibición de cualquier acción de responsabilidad contra el donante.

A la luz de lo expuesto y de nuestras leyes haremos el estudio de algunos casos de procreación asistida.

1. *Inseminación y fecundación homóloga*

La mujer es embarazada por inseminación artificial o fecundación *in vitro*⁷ con consentimiento del marido y material genético de ambos. Si ambos consienten el fruto es matrimonial y la filiación se determina por el artículo 199 del Código Civil que expresa que el marido es el padre del hijo concebido en matrimonio, y que la maternidad se determina por el parto. El parto sigue al vientre (*partus sequitur ventrem*). Este supuesto es aceptable en nuestro sistema y presenta pocos problemas. Si al marido se le ocurre impugnar la paternidad porque no tuvo acceso carnal durante el periodo de la concepción, bastará probar la realización de la fecundación asistida o realizar la prueba biológica que establezca el vínculo con el padre impugnador (ADN).

2. *Inseminación y fecundación heteróloga*

Si la inseminación o fecundación *in vitro* es con el consentimiento del matrimonio con óvulo de la esposa y semen del donante, la filiación ma-

⁷ Los casos de fecundación *in vitro* pueden presentar variantes. Para ilustrar esta afirmación me concretaré a citar los casos enumerados por María Jesús Moro Almaraz de fecundación *in vitro* “Pueden darse los siguientes supuestos: «Hijo» del óvulo y semen de la pareja en tratamiento, gestado por la mujer de la misma. «Hijo» del óvulo de la mujer de la pareja, gestado por ella, y de semen de donante. «Hijo» de óvulo de gametos de la pareja, gestado por una segunda mujer. «Hijo» de óvulo de la mujer de la pareja, semen de donante gestado por una segunda mujer. «Hijo» de óvulo donado, semen del varón de la pareja y gestado por la mujer de la pareja. «Hijo» de óvulo de donante, semen del compañero y gestado por una tercera mujer. «Hijo» de óvulo de donante, que a su vez es la gestante, y semen del miembro masculino de la pareja. «Hijo» de óvulo de donante, a su vez gestante, y semen de donante. «Hijo» de óvulo y semen de donante, gestado por la mujer de la pareja» (*Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 213).

rimonial no puede ser impugnada por el marido, aplicando por analogía de artículo 200 del Código Civil que dispone la legitimación del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio no puede impugnarse si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento de la preñez de su mujer o si de cualquier modo lo reconoció como tal. Sirve, pues, el reconocimiento o consentimiento anterior o posterior del marido aprobando la técnica empleada.

Si el marido no consintió el hijo es extramatrimonial y puede impugnar la paternidad.

El consentimiento del cónyuge o la pareja quedaría sin efecto si antes de realizarse la reproducción asistida fallece el marido o la pareja, si se propone una demanda de divorcio o si es revocado el consentimiento por cualquiera de los cónyuges o pareja estable porque es un acto muy interno y personalísimo. Por tal razón tampoco podría darse el consentimiento por poder.

La misma solución podría darse si dona óvulo otra mujer al matrimonio y se fertiliza con el semen del marido: tampoco el matrimonio podría impugnar la legitimación del hijo.

Por otra parte, no se podría impedir una reclamación del hijo para reconocer su origen biológico, por aplicación analógica del artículo 233.2 del Código Civil, si logra comprobar el convenio de asistencia, o si la paternidad resulta de una sentencia civil o penal.

También quedaría pendiente la impugnación de la filiación por parte del donante del semen o del óvulo, la cual podría ser rechazada por aplicación analógica del artículo 233.1 del Código Civil que no permite reconocer al hijo habido con mujer casada durante el matrimonio de ésta y además prohíbe la investigación de la paternidad o maternidad en este caso.

Pero no debemos callar que el tema de la licitud de este convenio procreacional es objeto de controversia. Se puede sostener que es válido, ya que el padre no puede contradecir su propio acto del consentimiento donde comprometió su buena fe (doctrina de los propios actos), lo que llevó a la esposa a someterse al proceso de procrear en esa forma; pero por el contrario, se podría afirmar que la filiación es una cuestión de orden público, fuera del comercio, la cual no puede ser objeto lícito de la libre voluntad de las partes, ya que está fundada en la realidad biológica y no en la autonomía del consentimiento, lo que trae como consecuencia la nuli-

dad absoluta del convenio y, como consecuencia, surgirían las acciones de impugnación de la paternidad del marido o del donante y de la maternidad de la que donó el óvulo. También se pueden presentar problemas en la sucesión del nacido, o reclamos de éste en las sucesiones de los padres biológicos.

Como nuestra legislación no regula esta situación ni la prohíbe⁸ queda, pues, en poder de los jueces determinar su procedencia, tomando en consideración los derechos de las personas, las circunstancias sociales, éticas y legales que presenta el caso.

Si la inseminación o fecundación *in vitro* se logra sin el consentimiento del marido no se podría invocar el adulterio porque no existe este delito al derogarse el artículo 211 y otros del Código Penal que lo contemplaban. Pero aun cuando se encontraba vigente tampoco existía adulterio porque para que este delito existiera era necesario la consumación del acto sexual de acuerdo con el citado artículo que en el párrafo 1 disponía que “comete adulterio la mujer casada que yace con varón que no es su marido y el que yace con ella, sabiendo que es casado, aunque después se declare nulo el matrimonio”.

Como hecho histórico también es importante relatar que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Ontario, Canadá, al resolver un juicio de divorcio instaurado por el marido ofendido porque su mujer había sido inseminada con semen de un tercero sin haber dado él su consentimiento. La Corte en el año de 1921 accedió a la disolución del matrimonio porque la mujer había cometido adulterio, aduciendo que lo esencial en el adulterio no es el acto sexual del cónyuge con un extraño sino la voluntad de reproducir con un extraño e introducir en la familia sangre extraña a la estirpe. Posteriormente se dictaron sentencias en el mismo sentido y otras contradictorias.

En el año de 1958 una corte inglesa exigió el acto sexual consumado para que existiera adulterio, aunque no tuviera lugar la impregnación seminal. Sin acto sexual no hay delito de adulterio.

Como consecuencia, en nuestro sistema no existe el delito de adulterio en la fecundación *in vitro* heteróloga.

⁸ De acuerdo con el artículo 32 de la Constitución ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no mande, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe.

3. Inseminación y fecundación en mujer sola

Se refiere a la procreación con semen de donante por inseminación artificial o fecundación *in vitro* en mujer soltera, viuda, divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo.

Es una filiación extramatrimonial. La maternidad se determina por el parto.

La paternidad queda determinada en el supuesto que el donante reconozca al hijo, situación muy difícil que se presente ante la ausencia de la voluntad procreacional del donante. El caso es muy improbable ante donador anónimo, pero el hijo conserva el derecho de investigar su identidad biológica.

Ante el silencio de la ley y no estar expresamente prohibida se puede permitir esta procreación asistida, pero como ya expresamos queda a juicio de los jueces y autoridades aceptarla o rechazarla analizando caso por caso.

4. Maternidad subrogada o sustituida

La maternidad subrogada se presenta cuando el embrión (unión del semen con el óvulo) se implanta y desarrolla en el vientre de otra mujer.

Cabe distinguir en esta situación entre la madre genética (la que da su óvulo) y la madre de gestación (la que da su vientre).

Veamos los supuestos:

a) Mujer que presta su vientre y óvulo (casada o no) y es fecundada por inseminación artificial o fecundación *in vitro*, comprometiéndose a entregar el niño o la niña al marido donador del semen y a su mujer. Esta se denomina también maternidad sustituida o compartida.

La maternidad se determina por el parto de la que prestó su vientre y óvulo. Si esta mujer fuere casada, su marido queda afectado por el artículo 199 del Código Civil, que establece que el marido es el padre del hijo concebido durante el matrimonio, pero se puede impugnar la paternidad matrimonial si el marido no dio su consentimiento. Pero en ningún caso están obligados a entregar al bebé porque el convenio es nulo, pero tampoco puede reclamar el precio por el servicio, si se pactó.

En caso que la que presta su vientre y su óvulo, sea soltera, la filiación es extramatrimonial y al padre biológico o dador del semen se le presenta

la disyuntiva de reconocerlo o ser demandado por el hijo para reclamar su filiación extramatrimonial.

Si el hijo fue inscrito a nombre de la mujer del dador del semen, procede la acción de impugnación de la maternidad, por no ser la madre del hijo.

Es nulo el pacto de este procedimiento de asistencia entre el esposo, su mujer y la mujer inseminada, y por lo tanto, la mujer soltera no está obligada a entregar al bebé, pero tampoco puede reclamar el precio por el servicio.

La nulidad es absoluta porque tiene un objeto ilícito, fuera del comercio y contra las buenas costumbres de acuerdo con los artículos 2204, 2211 y 2473 del Código Civil.

b) Fecundación *in vitro* con material genético (óvulo y semen) de un matrimonio o pareja estable y gestación en el vientre de otra mujer. Existe madre genética y madre gestacional. Se denomina maternidad subrogada.

La maternidad se determina por el parto. Podría plantearse la posibilidad de impugnarse la maternidad por no ser la mujer que prestó el vientre la madre biológica;⁹ pero creo que no pueden impugnar la mujer que prestó el vientre (madre subrogada), su marido, el marido y la esposa a quien o a quienes se comprometieron a entregar al bebé, porque este convenio es nulo, con nulidad absoluta, por ser su objeto (el embrión) no negociable de acuerdo con los artículos 2165 y 2205 del Código Civil. Como consecuencia, y en virtud de *ad agio nemo auditur*,¹⁰ frente a una demanda la mujer que prestó el vientre no está obligada a entregar al bebé.

Sin embargo, algunos autores sostienen que el convenio es válido y los donadores del material genético tienen acción para reclamar al niño. Dentro de un criterio contractual, como en algunos casos resueltos en los Estados Unidos, se podría, pues, obligar a la madre sustituta a entregar al hijo.

Pero un tribunal de Inglaterra declaró sin lugar la acción esgrimida por el matrimonio contra la madre genética que reclamaban a unos mellizos, porque no debían romperse los lazos entre la madre y sus bebés.

Este tipo de procreación pudiera ser aceptable cuando el convenio es gratuito, ya que la madre subrogada lo hace por altruismo. Es el juez a quien le corresponde estudiar bien el caso. En algunos países se admite este tipo de procreación.

⁹ Artículo 226 del Código Civil.

¹⁰ Artículo 2473 del Código Civil.

La verdad que el alquiler de vientre se ha generalizado y ya es un negocio; pero debe rechazarse.

5. *Asistencia pos mortem*

a) Mujer embarazada por inseminación artificial o fecundación *in vitro* con el semen congelado de su marido muerto. La maternidad queda determinada por el parto.

Se priva al niño de la sucesión testamentaria, ya que el heredero debe sobrevivir al causante de acuerdo con los artículos 977.1 y 1155 del Código Civil.

Si se prueba el nexo biológico y la voluntad de tener el hijo manifestada en vida de los padres, por escritura pública, testamento o cualquier otro medio auténtico de prueba, el hijo es del matrimonio independientemente si nace dentro o fuera de los trescientos días del fallecimiento del marido.

No es un caso prohibido por la ley y creo que es lícito por lo que es aceptable, aunque de *lege ferenda* es discutible, ya que se permitiría que un niño naciera sin padre.

b) Fecundación *in vitro* en una mujer que presta su vientre con material genético del matrimonio después del fallecimiento de la madre del matrimonio.

La maternidad se determina por el parto. La filiación del hijo con el padre será extramatrimonial, pero puede ser reconocido, voluntariamente o en juicio.

Si el padre se casa con la madre genética el hijo será del matrimonio por la presunción del artículo 212 del Código Civil. Además puede ser legitimado.

Ante el silencio de la ley serán las autoridades y los jueces los que podrán admitir o rechazar caso por caso la procreación.

c) Mujer fecundada *in vitro* con material genético de un matrimonio ya fallecido antes del implante.

Este tipo de procreación es ilícito porque deja al niño sin padre ni madre.

