

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



Vol. 48, Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, págs. 25-35  
(enero a marzo de 1987)

## EL DERECHO DE FAMILIA Y LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL IN VIVO E IN VITRO\*

PEDRO F. SILVA-RUIZ\*\*

### I. Introducción.

1. El ordenamiento que aparece regulado en los tradicionales códigos civiles, entre ellos el de Puerto Rico,<sup>1</sup> se conmueve hasta sus cimientos mismos con los avances científicos que irrumpen en el derecho, particularmente el de la familia.<sup>2</sup> Los avances científicos —en la biología, la genética y la embriología, particularmente, la inseminación artificial— plantean innumerables cuestiones, éticas y jurídicas, al Derecho de Familia.

2. Una consideración inicial, especialmente significativa en los países de alta densidad poblacional, particularmente de menores de edad, es imprescin-

dible antes de continuar. La adopción de menores de edad,<sup>3</sup> en muchas de nuestras legislaciones con efectos no plenarios,<sup>4</sup> no es razón suficiente para soslayar el tema del Derecho de Familia y la inseminación artificial argumentando que las parejas infértiles adopten niños desamparados. Este Congreso Nacional de Derecho Civil ha sido convocado con el propósito fundamental de elaborar el "anteproyecto de Código Civil del siglo XXI", por lo cual, para cumplir bien con su encomienda, ha de estudiar, a mi juicio, las variadas, interesantes y trascendentales cuestiones que la inseminación artificial presenta al Derecho de Familia.<sup>5</sup> En última instancia, parejas infértiles pudieran no optar por la adopción, prefirien-

\* Trabajo preparado para el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, convocado por el Colegio de Profesores de Derecho Civil, A.C., de la Facultad de Derecho, UNAM, celebrado en Ciudad de México en noviembre de 1986.

\*\* Catedrático de Derecho, Universidad de Puerto Rico. (C) PFSR, 1986.

1. El Código Civil Español, que estaba vigente en Puerto Rico cuando ocurrió el cambio de soberanía —española a norteamericana— fue aprobado por Real Decreto del 24 de julio de 1889. Se hizo extensivo a Puerto Rico, Cuba y Filipinas por Real Decreto del 31 de julio de 1889. Comenzó a regir en Puerto Rico el 1 de enero de 1890.

El cambio de soberanía ocurre en 1898. Al establecerse un período de gobierno militar norteamericano, la Orden General núm. 1, suscrita por el Mayor General Brooke, al tomar posesión formal el 18 de octubre de 1898, deja vigente el Código Civil.

La edición del Código Civil hoy día vigente es la aprobada en 1930, según enmendada.

2. Sobre el vigente derecho de familia en Puerto Rico, incluyendo una definición funcional u operacional de la familia, véase mi trabajo *El Derecho de Familia en Puerto Rico y la revisión del Código Civil*, 52 Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico 331-342 (1983).

3. Pedro F. Silva-Ruiz, *Adopción de Menores: Reunión de Expertos*, 18 Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico 275 (enero-abril 1984).

4. Pedro F. Silva-Ruiz, *La adopción*, Documento núm. 7, Reunión de Expertos sobre Adopción de Menores (Ecuador, marzo, 1983), publicado por el Instituto Interamericano del Niño (OEA), Uruguay, 1983, 17 páginas.

5. Véase, en general, dos trabajos míos sobre el tema: (1) *La familia y los avances científicos: la inseminación artificial y la fecundación extrauterina*, 19 Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico 533 (mayo-agosto, 1985), ponencia leída en la Conferencia Judicial de Puerto Rico, celebrada en diciembre de 1984; (2) *Artificial Reproduction Techniques, Fertility Regulation: The Challenge of Contemporary Family Law*; 34 The American Journal of Comparative Law 125 (1986, Suppl.), informe leído en el XII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Australia, en agosto de 1986. Hago acopio de lo expuesto en ambos, y hasta cito de ellos libremente. Pero, en este ensayo incorporo el fruto de investigación reciente y de nuevos materiales no utilizados ni citados en los anteriores trabajos.

do la inseminación artificial, para lo cual el derecho del porvenir debe estar preparado.

3. El 10 de diciembre de 1948, en París, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobaba y proclamaba la "Declaración Universal de Derechos Humanos". El artículo 16 reza:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho. . . a casarse y fundar una familia. . .

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. . .

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. (Subrayado nuestro).

El matrimonio es, pues, fundamento de la familia legítima.<sup>6</sup>

4. Disposiciones normativas recogen fundamentales presunciones —la presunción de concepción durante el matrimonio de la madre y la de paternidad del marido de ésta— que consolida la estructura orgánica y las relaciones emergentes de la filiación matrimonial.

El artículo 113 del Código Civil de Puerto Rico<sup>7</sup> ordena:

Son hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución.

Contra esta legitimidad no se admitirá otra prueba que la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.

La presunción acoge la recordada máxima romana conocida a través de los textos de Paulo: *Pa-*

*ter is est quem iustae nuptiae demonstrant*. Esto es, que el hijo, por haber sido concebido durante el matrimonio, se reputa engendrado por el marido de la madre. El Tribunal Supremo de Puerto Rico, en un caso resuelto en 1982, decidió que la presunción *juris tantum* que establece el artículo 113 del Código Civil puede ser destruida mediante prueba en contrario. En voto particular, uno de los jueces asociados del Tribunal Supremo sostuvo que "el concepto de imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer, comprende e incluye la falta de fecundación, hoy científicamente demostrable, toda vez que no es el acceso carnal, y sí la fecundación, el germen determinante de la paternidad en última consecuencia. . .".<sup>8</sup>

5. La regla *mater semper certa est* tampoco está ajena a interrogantes hoy día, pues hay debate sobre su alcance, a propósito de la fertilización *in vitro* y a la posibilidad de la madre sustituta o subrogada por préstamo o alquiler de útero.<sup>9</sup>

En Holanda, por ejemplo, en la reciente legislación sobre la nacionalidad, vigente desde el 1 de enero de 1985, el artículo 1 explícitamente dispuso: "Madre es la mujer que ha dado a luz (que ha parido) al niño". Propuestas encaminadas a diferenciar entre "madre genética", "madre fisiológica" y "madre legal" no fueron bien recibidas, prefiriéndose la norma precedentemente aludida.<sup>10</sup>

## II. La inseminación artificial: Definición.

6. Zanoni describe esta técnica o método con las palabras siguientes:

Salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer. En muchos casos, la pareja es infecunda debido a causas que atañen exclusivamente a la mujer, sin ser ésta estéril. . . No superándose estos trastornos

6. Sobre el concubinato en Puerto Rico, véase mi trabajo *Régimen patrimonial del matrimonio en el derecho puertorriqueño*, en *Revista de Derecho Privado* (España), las páginas 832-835 (septiembre de 1983).

7. 31 LPRA 461. En México, los artículos 324 y 325 del Código Civil para el Distrito Federal y, en España, el artículo 116 del Código Civil, con parecida redacción, establecen una presunción, mientras que en el de Puerto Rico se afirma categóricamente quiénes son hijos legítimos o habidos en matrimonio.

Es de rigor advertir que, en Puerto Rico, desde la trascendental decisión del Tribunal Supremo en *Ocasio v. Díaz*, 88 DPR 676 (1963), no es posible hablar de hijos "legítimos" e "ilegítimos". "DPR" significa "Decisiones de Puerto Rico", colección de los casos resueltos por el Tribunal Supremo de Puerto Rico.

8. *Moreno Alamo v. Moreno Jiménez*, 112 DPR 376, 388 (1983).

9. L. Waller, Informe General preliminar, Tema 6: "Relaciones Familiares y la Medicina Moderna", XII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, Monash University, Melbourne, Australia, 25 de agosto de 1986, página 6.

10. C.C.M. Enkelaar y M. Rood-de Boer, *Family Relations and Modern Medicine*, Informe holandés al XII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, páginas 2 y 12.

mediante tratamiento terapéutico puede recurrirse a la inseminación artificial con semen del marido.

Pero puede ocurrir que frente a la *esterilidad del marido*. . . la pareja decidiese recurrir a la inseminación artificial utilizando el esperma fértil de un tercero. En ese caso la inseminación no es sólo una técnica o método para permitir la fecundación genéticamente conyugal, sino que, además *aporta un componente genético ausente en la pareja para fecundar*. En otras palabras, en el primer caso planteado (inseminación homóloga, con semen del marido) los componentes genéticos —óvulo y espermatozoide fértil— existen en el marido y la mujer: la inseminación artificial sólo. . . facilita su encuentro apto para lograr la fecundación. En el segundo caso uno de los componentes genéticos de la fecundación —esperma fértil— está ausente, falta. La inseminación lo aporta, lo introduce "desde fuera" (inseminación heteróloga).

Ahora bien, tanto la inseminación artificial homóloga como la heteróloga participan de un carácter común: la fecundación se obtiene sin cópula o coito. El semen es inoculado mediante jeringas o catéteres y depositado en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo femenino. . .<sup>11</sup>

### III. La inseminación artificial homóloga (con semen del marido) (IAH) dentro del matrimonio.

7. Su cuestionamiento ético reside en "el medio por el cual se logra la inseminación que exige la obtención del semen del marido por medios antinaturales como la masturbación, por ejemplo. Pero si el semen se obtiene de la vagina tras un coito normal

entre marido y mujer sería aceptable el procedimiento que complementa el acto conyugal para lograr la fecundación".<sup>12</sup>

8. Consideraciones jurídicas en torno al *status* de filiación-paternidad<sup>13</sup> del hijo nos llevan a considerar lo dispuesto por los artículos 113, 114 y 115 del Código Civil de Puerto Rico.<sup>14</sup>

En este supuesto coinciden el fundamento biológico y el institucional de la procreación, ya que "el derecho de filiación matrimonial asienta en dos pilares fundamentales. Uno, de naturaleza biológica: el hijo es legítimo porque fue concebido por marido y mujer. El otro, de naturaleza institucional: el hijo es legítimo porque fue concebido durante el matrimonio. El primer fundamento implica una exigencia genética, el segundo una exigencia institucional".<sup>15</sup>

9. De trascendental importancia es el supuesto de la concepción de un hijo, mediando inseminación homóloga (IAH), que sea practicada después del fallecimiento del marido. Puede ocurrir que la esperma se conserve congelada y el marido consintiera antes de su muerte, claro está, a la inseminación de su esposa. Conocido es el caso Parpalaix,<sup>16</sup> en Francia, en el cual un tribunal resolvió que una viuda podía ser inseminada con el componente genético de su marido muerto, sin pronunciarse sobre las consecuencias legales de una inseminación exitosa.

A mi juicio, la inseminación *post mortem* con semen del marido no debe ser admitida por el ordenamiento, ya que "(o)ntológicamente el hijo ha sido

11. Eduardo A. Zanoni, *Inseminación artificial y fecundación extrauterinas (Proyecciones jurídicas)*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1978, páginas 43-44.

Jeffrey M. Shaman, *Legal Issues of Artificial Insemination*, 18 *Journal of Family Law* 331-333 (1979-80) dice: "AIH (Artificial Insemination Husband), is artificial insemination using the semen of the husband of the woman who is being inseminated. For AID (Artificial Insemination Donor), the semen of an unrelated donor is used. For AIC (Artificial Insemination Confused) which means confused or combined artificial insemination, the semen of a donor and the husband are mixed together. . .

"AI (Artificial Insemination) is relatively simple medical procedure that consists of inserting a syringe into the vagina and squirting semen toward the uterine opening. It is so simple, in fact, that women have performed it upon themselves and it has even been suggested that home insemination kits will soon become available as over-the-counter products".

12. Zanoni, obra citada, página 47. La óptica del autor es la de la ética católica, conforme él mismo reconoce.

13. Filiación-paternidad o paternidad-filiación ya que ". . . La Constitución (del Estado Libre Asociado de Puerto Rico) de 25 de julio de 1952 y la 'Ley para establecer la igualdad de derechos de los hijos' que es la núm. 17 de 20 de agosto de 1952 (31 LPRA 441) abolieron toda diferencia conceptual entre filiación y paternidad. *Ocasio v. Diaz*, 88 DPR 676 (1963). . .", *Poll Sella v. Lugo Christian*, 107 DPR 540, 547 (1978).

14. 31 LPRA 461-463 (filiación "legítima" —propia o impropia— o matrimonial).

El artículo 113 del Código Civil, 31 LPRA 461, fue transcrito previamente en el texto. Véase la página 27.

Artículo 114 del Código Civil, 31 LPRA 462: "Igualmente es legítimo el hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, si el marido no impugnare su legitimidad".

Artículo 115 del Código Civil, 31 LPRA 463: "Podrá impugnarse la legitimidad del hijo nacido después de los 300 días siguientes de la disolución del matrimonio; pero el hijo y su madre tendrán también derecho para justificar en este caso la paternidad del marido".

15. Zanoni, obra citada, página 39.

16. Parpalaix v. C.E.C.O.S., 1984, Gaz. Pal. 1-11.

concebido cuando el dador del semen ya había dejado de existir, de *ser*. Podría afirmarse, entonces que ese semen no es atribuible a persona alguna al momento en que la inseminación se realiza y la fecundación se logra. Desde esta perspectiva el hijo podría, a lo sumo, decir que fue engendrado *con* semen conservado de su padre, pero *no por* su padre. Y ello conduciría a concluir que ese hijo no tiene padre".<sup>17</sup>

El Derecho Comparado nos enseña que la Comisión de Reforma Jurídica de Nueva Gales del Sur, Australia, en el anteproyecto de ley que acompaña a su informe *Artificial Conception: Human Artificial Conception*, emitido en 1986, ha recomendado que la inseminación *post mortem* sea admitida. El propuesto artículo reza: El marido fallecido se presume, para todos los fines, haber embarazado (a su esposa) y ser el padre del hijo cuando: (i) el marido muere; (ii) su viuda, una vez fallecido él, se insemina de conformidad con el consentimiento que él había prestado; (iii) el semen utilizado para la inseminación era semen almacenado del difunto esposo; (iv) que la viuda quedó embarazada como resultado de la inseminación y que el hijo que nazca es el resultado de ese embarazo con semen del marido muerto y (v) la viuda no haya contraído (nuevo) matrimonio antes del nacimiento del hijo.<sup>18</sup>

En Puerto Rico, de ocurrir el nacimiento de un niño, en la hipótesis bajo estudio, el artículo 115 del Código Civil, transcrito anteriormente, podría ofrecer una solución a la cuestión de la "legitimidad" del hijo.

Algunas otras interrogantes que presenta la inseminación *post mortem*, son las siguientes: ¿por cuánto tiempo debe conservarse el semen, congelado y almacenado, del difunto esposo?; si no se utiliza dicho componente genético ¿qué hacer con él?, esto es ¿quién y cuándo ordenaría su destrucción?; ¿debe revestirse la prestación del consentimiento de los cónyuges de alguna formalidad? ¿de carácter notarial dicha formalidad?

#### IV. La Inseminación artificial heteróloga (con semen de donante (IAD) dentro del matrimonio.

10. Los cónyuges, ante la esterilidad del mari-

do, pueden recurrir a utilizar el semen de un "tercero" o donante para la inseminación. El cuestionamiento ético radica en que "el hombre no puede éticamente disponer, ceder o transferir sus componentes genéticos. Moralmente ello significa afirmar que es contrario a la naturaleza ofrecer el semen fecundante a quien no es la esposa (y, por supuesto. . . a través de la cópula perfecta), y, consecuentemente es contrario a la naturaleza recibirlo teniendo en cuenta que el hijo es participación personal de los esposos en su procreación".<sup>19</sup>

11. Es de rigor distinguir dos situaciones: (a) la inseminación que es realizada con el consentimiento del marido y (b) aquella otra que se efectúa sin dicho consentimiento o contra la voluntad de aquél.

12. En la primera alternativa—inseminación de mujer casada con el componente genético de un tercero o "donante", consintiendo el marido— como la concepción ocurre durante el matrimonio, serán de aplicación los artículos 113, 114 ó 115 del Código Civil de Puerto Rico, según el caso sea.<sup>20</sup>

Pero, ¿qué si "el marido de la mujer que dio a luz el hijo, no obstante haber asentido a la inseminación de aquélla con esperma fértil de un tercero, pretende luego probar judicialmente que el hijo no es genética o biológicamente suyo? Imaginemos, pues, que recurriendo a. . . prueba hematológica de incompatibilidad de los grupos sanguíneos. . . y, además, a la acreditación fehaciente de la inseminación heteróloga misma. . ." <sup>21</sup> impugna la legitimidad del hijo, bajo el supuesto que regula el artículo 114 del Código Civil, 31 LPRA 462. A mi juicio, el marido no debería resultar triunfante, pues la doctrina de los actos propios se lo impediría.

La posibilidad de que se plantee la situación descrita en el párrafo inmediatamente precedente, invita a pensar en legislación que regule aspectos diversos de la inseminación artificial, tales como los deberes, derechos y obligaciones, si algunos, del donante, los cónyuges, y el hijo que pueda procrearse. A tales efectos, el artículo 72 del Código de la Familia de Costa Rica, vigente desde el 7 de agosto de 1975, dispone: "La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el

17. Zanoni, obra citada, página 75, nota número 45 al pie de la página.

18. New South Wales Law Reform Commission (Australia), *Report: Artificial Conception — Human Artificial Insemination* (LRC 49). 1986, página 121 (traducción nuestra).

19. Zanoni, obra citada, página 52, aludiendo a la ética católica.

20. 31 LPRA 461-463. Véase la nota número 14.

21. Zanoni, obra citada, página 57.

consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales cualidades".

13. En la segunda posibilidad —esto es, inseminación artificial heteróloga dentro del matrimonio, pero sin el consentimiento del marido o contra su voluntad—, es posible analizar varias situaciones.

(a) En primer término, y en cuanto a la acción de impugnación de la "legitimidad" del hijo, que es hijo habido en matrimonio, podrían invocarse los artículos 113 ó 114 del Código Civil, según otras circunstancias del caso.<sup>22</sup>

La acción de impugnación de la paternidad-filiación también podría ser incoada por los herederos del marido, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Código Civil de Puerto Rico.<sup>23</sup>

(b) En el orden penal, ¿podría procesarse, y ser declarada culpable de adulterio, la mujer casada que ha sido inseminada, con semen de donante, sin o contra el consentimiento de su marido?

El Código Penal de Puerto Rico tipifica el delito mencionado en los términos siguientes: "Toda persona casada que tuviere comercio carnal con persona que no fuese su cónyuge, incurrirá en adulterio. . .".<sup>24</sup> La frase "comercio carnal con persona" conlleva relaciones sexuales, que no existen en la situación que examinamos. Por consiguiente, no prosperará una convicción por el delito aludido.

En Canadá, el Tribunal Supremo de Ontario, resolvió que tanto la inseminación artificial heteróloga (con semen de donante, IAD) así como la donación del componente genético constituyen adulterio, señalando que "la esencia del delito de adulterio consiste no en la vileza o infamia moral del acto o comercio carnal, sino en la entrega voluntaria a otra persona de los órganos o las facultades reproductoras".<sup>25</sup> En Illinois, Estados Unidos, también se ha resuelto que la IAD constituye adulterio.<sup>26</sup> En California, también Estados Unidos, se ha decidido que no hay adulterio en la ausencia de comercio carnal.<sup>27</sup>

(c) Volviendo al orden civil, la IAD, sin el consentimiento del marido, podría, a mi juicio, dar lugar a que éste promueva, con éxito, una acción de divorcio vincular por la causal de "trato cruel o las injurias graves", pero no por la de "adulterio".<sup>28</sup>

El "trato cruel o las injurias graves" comprende dos supuestos. La valoración de los actos se hará considerando la intensidad de los mismos y las personas de que se trate, exigiéndose que la conducta haya perturbado gravemente el matrimonio, haciendo imposible la convivencia de los esposos.

Entretanto, el adulterio "ha de entenderse en sentido estricto, o sea, la cópula carnal con persona distinta del cónyuge. Corresponde a la acción tipificada. . . (en el) Código Penal. . . No estarán, pues, comprendidos en esta causa los contactos sexuales sin cópula, ni las intimidades más o menos desho-

22. 31 LPRA 461, segundo párrafo y 462, transcritos anteriormente; *Moreno Alamo v. Moreno Jiménez*, citado.

En Estados Unidos, véase la tendencia de la jurisprudencia, en favor de la "legitimidad" del hijo, en J.M. Shaman, citado, páginas 334-336.

23. Artículo 116 del Código Civil de Puerto Rico, 31 LPRA 464:

La legitimidad puede ser impugnada solamente por el marido o sus legítimos herederos. Estos sólo podrán impugnar la legitimidad del hijo en los casos siguientes:

(1) Si el marido hubiese fallecido antes de transcurrir el plazo señalado para deducir su acción en juicio.

(2) Si muriese después de presentada la demanda sin haber desistido de ella.

(3) Si el hijo nació después de la muerte del marido.

A la luz de lo resuelto en *Robles López v. Guévarez Santos*, 109 DPR 563 (1980), la acción para impugnar la legitimidad también aprovecha al propio hijo de "filiación enmarafada". Esta decisión revocó jurisprudencia que tenía resuelto que el hijo no podía impugnar su propia filiación.

24. 33 LPRA 4147. Véase *Pueblo v. Birrier*, 18 DPR 265, 270 (1912); *Pueblo v. Rivera*, 26 DPR 275, 276 (1918) y *Pueblo v. Cuevas*, 27 DPR 897, 899 (1919).

25. *Orford v. Orford*, 58 DLR 251 (1921).

26. *Doornbos v. Doornbos*, citado en J.M. Shaman, trabajo citado, páginas 333-334.

27. *People v. Sorensen*, 68 Cal. (2d.) 280 (1968).

28. Artículo 96 del Código Civil de Puerto Rico, 31 LPRA 321.

nestas de uno de los cónyuges con *tercera persona*. . .".<sup>29</sup>

#### V. La confidencialidad del expediente médico.

14. La confidencialidad del expediente médico en la inseminación artificial, particularmente heteróloga o con semen del donante (IAD), es de significativa importancia.

El hijo concebido y nacido mediante IAD podría tener interés en conocer a su padre biológico por razones médicas. El padre biológico pudiera querer, por diversas razones, mantenerse en el anonimato.

En *Chatman v. Bennet*,<sup>30</sup> un niño adoptivo pidió acceso al expediente de adopción con el propósito de obtener información médica acerca de sus padres biológicos. El tribunal ordenó se proveyese la información solicitada, pero sin revelar la identidad de los padres biológicos.<sup>31</sup>

Hasta podría ocurrir que la información sobre el donante en el expediente médico fuera incompleta y al hijo nacido por IAD le urja conocer la identidad de su padre biológico para obtener directamente de él información médica indispensable. En esta situación, es mi opinión que debe revelarse al hijo dicha identidad.<sup>32</sup>

En Suecia, legislación recientemente aprobada, otorga al hijo concebido por IAD, que haya alcanzado suficiente madurez, el derecho de acceso a información sobre la identidad de su padre biológico. El hijo puede solicitar directamente al hospital tal información. Sin embargo, a sus padres (legales) no se les reconoce igual derecho. Caso a caso tendrá que juzgarse si el solicitante es lo suficientemente maduro para pedir la información precedentemente indicada.<sup>33</sup>

15. Se necesita, con urgencia, que, mediante legislación, se regule este aspecto de la insemina-

ción artificial, esto es, la información que debe reflejar el expediente médico y el alcance de la confidencialidad de éste.

En Victoria, Australia, legislación vigente desde 1984 requiere que de todo embarazo que resulte de IAD se constituya un expediente médico, el cual se archivará en un registro central en el Ministerio de Salud.<sup>34</sup>

#### VI. La mujer soltera y la inseminación artificial.

16. Zanoni descarta la inseminación artificial de una mujer soltera: "La inseminación de una mujer soltera nos parece un caso patológico. Ni hablar del supuesto en que se seleccionaran 'mujeres ideales' (por sus caracteres biológicos o raciales) para recibir el semen de 'hombres ideales', como se dice ocurrió en las experiencias eugenésicas del nazismo. (Y advierte que) la procreación no es una pura *función biológica* que pueda ser objeto de consideración independiente de la *función institucional* que aquella cumple socialmente. . .".<sup>35</sup>

En los Estados Unidos, a la luz de fallos del Tribunal Supremo Federal que resuelven que la decisión individual de procrear es un derecho fundamental comprendido en el derecho a la intimidad, se ha escrito que es de dudosa constitucionalidad legislación que prohíba la IAD de mujeres solteras.<sup>36</sup>

#### VII. La fertilización *in vitro*; la investigación con embriones.

17. Fertilización *in vitro* es un término genérico que denomina varios métodos médicos que se utilizan para remediar algunos tipos de infertilidad.

El método más frecuentemente utilizado consiste en la remoción del óvulo materno, su fertilización *in vitro* con semen del marido y su implante en el vientre de la misma mujer de donde aquél proce-

29. Carlos Mascareñas, La disolución del matrimonio en el derecho puertorriqueño, 29 *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico* 272-73 y 276-279 (1960).

30. 57 App. Div. 618, 393 N.Y.S. 2d. 768 (1977).

31. El expediente judicial de adopción es confidencial. En Puerto Rico, véase 32 LPRR 2696. No obstante, es conveniente señalar que la tendencia en los últimos años es la de permitir que los hijos adoptivos conozcan la identidad de sus padres biológicos. Véase, Michigan Compiled Laws Ann. sec. 710.68; Código Civil de California, sec. 227 (b) y Pedro F. Silva-Ruiz, *Adopción de Menores: Reunión de Expertos*, citado, páginas 281-2.

32. Se informa de un estudio, realizado en 1979, que demostró que los expedientes médicos en los casos de IAD son incompletos. Walter Wadlington, *Artificial Conception: The Challenge for Family Law*, 69 *Virginia Law Review* 472-473 (1983).

33. Michael Bogdan, *Artificial Insemination in Swedish Law*, trabajo multicopiado, páginas 8-9. La "Swedish Insemination Act" (Lag (1984: 1140) on insemination) entró en vigor el 1ero. de marzo de 1985.

34. *Infertility (Medical Procedures) Act* 1984, núm. 10163, Victoria, Australia, Part III: Expedientes, secs. 19-23.

35. Zanoni, obra citada, página 54.

36. J.M. Shaman, citado, página 345.

dió. En otras palabras, en vez de fertilizar, *in vivo*, la fertilización es *in vitro*.

El segundo método es una variación del primero, en cuanto el semen fecundante proviene de un tercero o donante.

Las situaciones anteriores presentan algunas cuestiones similares a la IAH e IAD.

Un tercer método conlleva la utilización de óvulo y semen de donantes. La madre fisiológica no es la madre genética. Se fertiliza *in vitro* y luego se implanta en el vientre de la madre fisiológica.

18. Es también posible que óvulos fertilizados (embriones) no se implanten en el vientre de una mujer y se mantengan en el laboratorio con fines investigativos. Luego podrían ser destruidos. Ello ha ocasionado serios debates e interrogantes. En Inglaterra, el discutido "Informe Warnock" recomendó:

que ningún embrión humano, derivado de fertilización *in vitro*, congelado o no, se mantenga vivo más de 14 días después de la fertilización, si no es transferido a un vientre materno; ni sea tampoco utilizado con fines investigativos más de 14 días después de la fertilización. . .<sup>37</sup>

### VIII. La madre sustituta, suplente o madre subrogada.

19. La maternidad subrogada implica el alquiler de las funciones reproductivas de una mujer. Una madre subrogada es una mujer fértil que acuerda, mediante ¿contrato?, ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo. Una vez el hijo ha nacido, la madre cede la custodia en favor del padre y, además, renuncia sus derechos paterno-filiales sobre el hijo de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo.<sup>38</sup>

¿Alquiler del útero materno? ¿Úteros mercenarios?

20. ¿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 éste nazca para que otra persona le adopte.<sup>39</sup>

En Inglaterra, y para todo el Reino Unido, se aprobó legislación cuya finalidad es prohibir, castigando como ofensa penal, la publicidad y la gestión comercial, o con fines de lucro, encaminada a fomentar y ayudar a que se convenga un acuerdo de maternidad subrogada.<sup>40</sup>

Finalmente, en Estados Unidos, hasta enero de 1985, ninguna jurisdicción había aprobado legislación prohibiendo este tipo de contrato.<sup>41</sup>

### IX. Conclusiones y recomendaciones.

21. El Derecho debe aceptar y regular las técnicas o métodos modernos, los avances científicos, incluyendo aquellos aspectos de la inseminación artificial, que se muestren conforme a la naturaleza y a la dignidad del hombre.

22. Consideraciones éticas y valorativas, así como también jurídicas, en el orden indicado, son esenciales en el análisis del Derecho de Familia y la inseminación artificial.

23. El ordenamiento jurídico vigente ofrece soluciones para algunas de las cuestiones que suscita la inseminación artificial. Se recomienda la aprobación de legislación que regule algunos aspectos, inclusive prohibiendo algunas prácticas o modalidades que posibilita la inseminación artificial, conforme se discuten y analizan en este trabajo.

37. *Report of the Committee of Inquiry into Fertilization and Embryology*, (Informe Warnock), Cmnd 9314, Londres, Inglaterra, julio de 1984, página 66 (traducción nuestra). Antes de los 14 días no hay indicios de que exista el sistema nervioso y, además, no es posible hacer un implante en el vientre materno de un embrión que tenga sobre 14 días.

38. Phyllis Coleman, *Surrogate Motherhood: Analysis of the Problems and Suggestions for Solutions*, 50 *Tennessee Law Review* 71,75 (1982).

El previamente citado *Informe Warnock* describe la maternidad subrogada así: "Surrogacy is the practice whereby one woman carries a child for another with the intention that the child should be handed over after the birth. The use of artificial insemination and the recent development of *in vitro* fertilization have eliminated the necessity for sexual intercourse in order to establish a surrogate pregnancy. Surrogacy can take a number of forms. . . Of these various forms perhaps the most likely are surrogacy involving artificial insemination, where the carrying mother is the genetic mother inseminated with semen from the male partner of the commissioning couple, and surrogacy using *in vitro* fertilization where both egg and semen come from the commissioning couple, and the resultant embryo is transferred and implanted in the carrying mother", (página 42).

39. En Puerto Rico, 33 LPRA 4245: se pena la entrega de un menor para su adopción a cambio de dinero u otros bienes o beneficios materiales. En Quebec se duda si el objeto del contrato es válido. Jean-Louis Baudouin, *Family Relations in Modern Medicine: A Canadian Perspective*, Informe de Canadá al XII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, página 31.

En Holanda la opinión es que la causa del contrato es ilícita; por consiguiente, el contrato es nulo, C.C.M. Enkelaar y M. Rood-de Boer, trabajo citado, página 16.

40. *Surrogacy Arrangements Act 1985*.

41. Véase mi trabajo *Artificial Reproduction Techniques, Fertility Regulation: The Challenge of Contemporary Family Law*, citado, página 136.