

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL. REPRODUCCIÓN ASEXUAL. IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA*

PEDRO F. SILVA-RUIZ **

INTRODUCCIÓN

1. Con el propósito de lograr la mayor claridad expositiva posible, seguiremos el siguiente plan de trabajo, que constituirán partes del ensayo:

a. una breve referencia, básicamente descriptiva, de carácter informativo, de las técnicas de reproducción humana artificial, que integrará la primera parte de este escrito;

b. se impone —antes de avocarnos al estudio de las cuestiones y problemas jurídicos, en el ámbito del Derecho de Familia— ocuparnos de las preocupaciones éticas que la reproducción humana artificial suscitan. Ello constituye la segunda parte de este ensayo;

c. la tercera parte, como quedó dicho, es el estudio de las cuestiones jurídicas que, es-

* Ponencia oficial VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, San Salvador, El Salvador, Centroamérica, septiembre de 1992, Tema 3, subtema 2. (C) PFSR, 1992.

Revisado y modificado para publicación, por el autor, en el mes de octubre de 1992.

** Catedrático de Derecho, Universidad de Puerto Rico.

1. El autor de este ensayo lo es también de las siguientes publicaciones sobre temas relacionados con el de este trabajo: (1) *Manipulación de embriones humanos*, en (a) *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, Núm. 6, junio 1991 y (b) *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, Vol. XXV, set.-dic. 1990, pp. 83-99; (2) *La maternidad subrogada o de alquiler*, Vol. III Libro Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1989, pp. 827-847; (3) *Surrogate Motherhood: A Comparative Law Overview*, Proceedings of the Eleventh International Symposium on Asian Studies, Asian Research Service, Hong Kong, 1989, pp. 505-516; (4) *Desarrollos recientes y tendencias del derecho civil para el Siglo XXI en Puerto Rico*, La Tercera Parte del ensayo, publicado en: (a) "Revista de la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación", Vol. I, pp. 85, 94-103 (1989) y también en (b) "Anuario de Derecho Civil", Madrid, Tomo XLII, fascículo III, julio-setiembre 1989, la tercera parte del ensayo, pp. 895-904; (5) *La maternidad sustituta o subrogada*, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, Año III, Núm. 4, 1988, pp. 72-78; (6) *Panorámica general de la fecundación humana asistida (Inseminación artificial, fertilización in vitro y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos*, en el libro "La Filiación a finales del Siglo XX problemática planteada por los Avances Científicos en materia de Reproducción Humana (II Congreso Mundial Vasco)". Ed. Trivium, Madrid, España, abril 1988, pp. 85-97; (7) *Baby M y el contrato de maternidad subrogada, sustituta o suplente*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Núm. 1503, 15 sept. 1988, Madrid, España, pp. 3897-3901; (8) *El Derecho de Familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro*, 48 Rev. Colegio de Abogados de Puerto Rico, 23-35 (1987); (9) *El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Núm. 1447, 25 feb., 1987, Madrid, España, pp. 3-12; (10) *Artificial Reproduction Techniques, Fertility Regulation: The Challenge of Contemporary Family Law*, 34 American Journal of Comparative Law 125 (1986, Suppl.); (11) *La Familia y los avances científicos: la inseminación artificial y la fecundación extrauterina*, 19 Rev. Jurídica Univ. Interamericana de Puerto Rico, 533-554 (1985).

Párrafo(s) de este trabajo han sido transcritos literalmente de algunos de estos ensayos.

pecialmente, en el campo del Derecho de Familia, se plantean; y,

d. unas conclusiones serán la última —y cuarta parte— de este trabajo.

PRIMERA PARTE: LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ARTIFICIAL

2. Estas técnicas² se basan en la inseminación artificial (IA) y la fertilización *in vitro* (FIV). En esta última, la fecundación ocurre fuera del cuerpo humano, esto es, es extracorporal.

Se denominan "artificial", como opuestas a "no-artificial", ("normales" si se quiere). Referidas a la reproducción del ser humano, significan medios no sexuales —asexuales— para lograr la procreación en la especie humana.

3. En la IA, una vez extraído el semen,³ se introduce en el órgano femenino (vagina), por cualquier medio distinto de la relación sexual, bien en el cuello del útero —inseminación intracervical— o directamente en el interior del mismo, denominándose inseminación intrauterina.

4. En la IA se distingue la **homóloga** (IAH) (inseminación artificial con semen del marido) cuando por tratarse de mujer casada —o en el caso de pareja estable, como en el concubinato *more uxorio* o a manera de matri-

monio,⁴ no sin reparos, por algunos, este supuesto— el semen que se le inocula es el de su esposo (o del varón concubino en el caso del otro supuesto).⁵

En la IAD o con semen de donante —**heteróloga** (inseminación artificial con semen de un donante)— el material genesiaco no es del esposo (o del concubino), sino de un tercero.⁶

5. Es de rigor advertir que nos hemos referido a la mujer casada o a la concubina. No aludimos a la mujer soltera que vive sola. En la tercera parte de este ensayo —de planteamientos jurídicos— estudiaremos el derecho o no a la procreación de la mujer soltera. De tener o asistirle tal derecho, el medio para lograrlo, como la IAD, debería estar a su disposición.

6. En la fertilización *in vitro* (FIV), el óvulo⁷ se extrae del cuerpo, en el laboratorio, usualmente mediante laparoscopia,⁸ ante la imposibilidad de que el semen lo fertilice, naturalmente, en las trompas de falopio.⁹

2. Para una descripción detallada, véase Pedro F. Silva-Ruiz, *Manipulación de embriones humanos*, supra, nota 1, págs. 84-87.

3. El semen es un líquido que segregan los testículos y que contiene en suspensión los espermatozoides durante el acto sexual o la masturbación.

4. El concubinato *more uxorio* es "la unión de un hombre y una mujer, ambos solteros, que han vivido como marido y mujer por un tiempo, relativamente largo, sin que haya mediado entre ellos ceremonia o solemnidad matrimonial alguna. Pedro F. Silva-Ruiz, *Régimen patrimonial del matrimonio en el derecho puertorriqueño*, publicado en la "Revista Notarial", N° 869, julio-agosto 1983, Buenos Aires, Argentina, el tema VIII: El concubinato, p. 1061 (citas omitidas). Para que exista concubinato ni el hombre ni la mujer convivientes tienen incapacidad para contraer matrimonio.

5. Los cónyuges pueden ser fértiles, pero la fecundación no es posible a través del acto sexual (p. ej.: la impotencia del hombre o la imposibilidad de realizar el acto carnal, que no implica su esterilidad).

6. Por ejemplo, el marido es estéril. El semen del tercero puede obtenerse en un "Banco de semen".

7. Es la célula reproductora o gameto femenino que se produce en las células del epitelio germinal de la parte externa de los ovarios.

8. Es el procedimiento por el cual se introduce en el abdomen un endoscopio (aparato que combina un ocular óptico y luz) que permite la inspección de los órganos internos y la extracción de los óvulos.

9. Es el tubo muscular a través del cual el óvulo se traslada desde el ovario al útero y, en el cual, es fecundado.

Una vez fecundado el óvulo fuera del cuerpo de la mujer, se implanta¹⁰ en su útero, con el propósito de que anide.¹¹ Se habla, entonces, de transferencia de embriones, para significar el transporte de embriones¹² producidos por FIV, desde el laboratorio al interior del útero femenino donde se implantan.

7. La transferencia intratubaria de gametos (GIFT)¹³ es una variante de la técnica precedentemente aludida. Es una operación que consiste en depositar conjuntamente los óvulos, recientemente extraídos, y el semen, fresco o congelado, en el interior de las trompas de falopio de una mujer, en la misma intervención quirúrgica de recogida de óvulos, para producir la fecundación.¹⁴

8. Es conveniente significar que la fecundación extracorporal ha sido posible debido a la llamada "manipulación de los gametos y/o embriones". Con ello nos referimos "a cualquier clase de intervención, tratamiento o utilización de los embriones/ y gametos/ con fines procreativos, de diagnóstico, terapéutico o de investigación".¹⁵

9. Finalmente, las etapas del embrión humano son las siguientes:

(a) Desde la fecundación hasta el sexto día al no haberse iniciado la anidación, el ser humano se encuentra en una fase de "preembrión transplantable."

(b) Desde el sexto día inicia la interacción con la mucosa uterina hasta que se culmina su decimosegundo día, momento en que es "un preembrión transportable."

(c) A los catorce días se ha formado el disco embrionario y se ha decidido cuál de los genomas manifestará de los dos heredados.

(d) A los veintiún días se inicia la formación del sistema nervioso.¹⁶

10. Una maestra de ética en Irlanda ha escrito: "¿Qué clase de respeto se le debe al embrión humano? ¿Debe protegerse al embrión humano como ser humano o como propiedad? La única contestación posible... es que el respeto debido al embrión humano se diferenciará en clase o especie al respeto debido a cualquier otro ser humano. El embrión humano será protegido como un ser humano, no como una propiedad u objeto que pueda utilizarse. Esto significa que el embrión humano tiene el derecho a no ser asesinado, sin importar propósito o finalidad".¹⁷

10. Implantación es la fijación del óvulo fecundado en la mucosa uterina.

11. La anidación, es el proceso de fijación del blastocisto en las paredes del útero. Se inicia aproximadamente a la semana de la fecundación y dura alrededor de otra semana. El blastocisto es el conjunto de células que resulta de la división del cigoto en el momento de implantación en la pared uterina. El cigoto (zigoto) es la primera célula, diploide (con dos pronúcleos), con potencialidad para desarrollar un ser humano, y que es producida por la fecundación de un óvulo por un espermatozoide.

12. El embrión es el producto de la fusión de gametos humanos, desde la formación del cigoto hasta su transformación en feto. El embrión preimplantatorio o preembrión es el producto de la fusión de gametos humanos hasta su anidación. Gameto es la célula reproductora. El gameto masculino se llama espermatozoide; el femenino, óvulo.

13. Gamete Intra Fallopian Transfer.

14. Fecundación es la fusión del óvulo y del espermatozoide.

15. SILVA-RUIZ, *Manipulación de embriones humanos*, supra nota 1, p. 86.

16. BARBERÁ GUILLEM, Emilio. *La manipulación o mediación científica en la reproducción humana*, en el libro "La Filiación a Finales del Siglo XX —Problemática planteada por los Avances Científicos en materia de Reproducción Humana (II Congreso Mundial Vasco)", supra, nota 1, p. 14. Además de la descripción del "embrión" que aparece en la anterior nota doce (12), se ha dicho también que el embrión es el "organismo durante los primeros estadios de desarrollo. En la especie humana se considera que la fase embrionaria dura desde la fecundación hasta las seis semanas, pasando a continuación a denominarse feto". Y por "feto" se entiende el ser "a partir de las seis semanas de la fecundación que el embrión pasa a denominarse feto hasta el momento del nacimiento". Véase, SILVA-RUIZ, *Manipulación de embriones humanos*, supra, nota 1, pp. 85-86.

"Genoma" es el código genético particular, distinto e individualizado, de cada ser humano, que cada ser vivo lega a sus descendientes.

17. IGLESIAS, Teresa. *In Vitro Fertilization: The Major Issues*, en el libro "Embryos and Ethics (The Warnock Report in Debate)", ed. N.M. de S. Cameron, Rutherford House Books, Edinburgh, Scotland, UK, 1987, p. 25.

SEGUNDA PARTE: EL CUESTIONAMIENTO ÉTICO

11. El 29 de noviembre de 1984 desde El Vaticano, el Director del Instituto Pontificio de Estudios sobre el Matrimonio y la Familia, señalaba:

(El)... énfasis en el argumento básico de Juan Pablo —que el componente “procreativo” del acto sexual no se puede separar del componente de “la unión”— significa que los nuevos avances de la medicina, tales como la fertilización “in vitro” y la fecundación artificial, eran inmorales. Recurrir a la fertilización “in vitro” no es moralmente lícito... Sólo el acto conyugal expresado a través del amor de la pareja es el que debe dar la vida.¹⁸

12. La IAH puede ser cuestionada aludiendo que:

En el matrimonio las funciones orgánico-sexuales son inseparables. Por tal razón, la licitud ética de la reproducción humana está condicionada a que se logre mediante la **cópula perfecta**. Lo contrario importaría una violación sul géneris de la ley natural.

Este pensamiento “...ha sido particularmente aludido en la ética católica”. “...Es superfluo observar —decía el Papa Pío XII en su siempre recordado discurso a los medios católicos en ocasión del congreso internacional de 1949— que el elemento activo /de la fecundación/ no puede ser jamás procurado lícitamente por **actos contra la naturaleza**”. Y más explícitamente lo repetía en el discurso a las

obstetras de 1951: “el acto conyugal en su estructura natural, es una acción personal, una cooperación simultánea e inmediata de los cónyuges... muchos más que la unión de los gérmenes que pueden también efectuarse artificialmente, es decir, sin la acción natural de los cónyuges. El acto conyugal ordenado y querido por la naturaleza, es una cooperación personal a la que los esposos, al contraer matrimonio, se otorgan mutuamente el derecho.”

Es decir, que se condena el **medio empleado** porque el matrimonio “no tiene por objeto”¹⁹ la descendencia, sino los actos naturales que son capaces de engendrar una nueva vida y destinados a ella... La fecundación artificial²⁰ viola la ley natural y es contraria al derecho y a la moral”. Pero, paralelamente, se acepta lo que se ha dado en llamar la **inseminación complementaria** que es “una ayuda para la consecución del fin de la procreación por el **medio natural**”. En otras palabras, lo reprochable éticamente desde la perspectiva que analizamos sería 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 será aceptable el procedimiento que complementa el acto conyugal para lograr la fecundación.²¹

18. “Juan Pablo II insiste que el sexo es para procrear”, en el periódico *El Mundo* (San Juan, Puerto Rico), jueves, 29 de noviembre de 1984, p. 12-BB, citado en SILVA-RUIZ, Pedro F. *La Familia y los Avances Científicos: la Inseminación Artificial y la Fecundación Extrauterina*, supra, nota 1, p. 537.

19. Advierte el autor citado más adelante, en notas explicativas al texto: “En la doctrina canónica debe distinguirse el objeto del fin del matrimonio. El objeto alude al contrato matrimonial y, en cuanto a la materia que nos ocupa, dicho objeto es la prestación de la cópula ordenada a la generación. En fin de la prestación es la procreación, y, consecuentemente, la educación de los hijos. Por eso, el matrimonio se anula por impotencia y no por esterilidad. La impotencia afecta el objeto del contrato, la esterilidad impide el fin cuyo logro, en definitiva, cae fuera de la voluntad de las partes... “el fin es la prole; el objeto inmediato del contrato (matrimonial) es el coito mediante actos por sí aptos para la generación de la prole” (citas omitidas).

20 Explica el autor que citamos: “En realidad no es correcto aludir a la fecundación artificial en el caso, “porque lo que es artificial es la **inseminación**, o sea, la colocación o inoculación del semen en el seno materno. La fecundación, en cambio, es completamente natural” (citas omitidas).

21. A. ZANONI, Eduardo. *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina (proyecciones jurídicas)*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1978, pp. 45-47 (citas omitidas; énfasis en el original). Véase también SILVA-RUIZ, *La Familia y los Avances Científicos: la Inseminación Artificial y la Fecundación Extrauterina*, supra, nota 1, pp. 538-9.

13. En la IAD o inseminación artificial con semen de donante el cuestionamiento ético

...radica en que los esposos, por un acto de voluntad, aceptan que intervenga en la fecundación el elemento activo de un tercero y éste, el tercero, cede ese elemento que le ha sido dado por naturaleza para procrear sin hacerse personalmente responsable del nuevo ser que contribuye a crear. Decía Pío XII: "A todo aquél que da vida a un pequeño ser, la naturaleza le impone, en virtud misma de este lazo, la carga de su conservación y educación. Pero entre el esposo legítimo y el niño fruto del elemento activo de un tercero (aunque el esposo hubiera consentido) no existe ningún lazo de origen, ninguna ligadura moral y jurídica de procreación conyugal."

A lo cual deben añadirse otras consideraciones... el procedimiento ataca el significado que tiene, en el matrimonio, la transmisión de la vida: obra personal e indelegable de los esposos. A ello aludía también Pío XII diciendo que reducir la cohabitación de los esposos y el acto conyugal a una pura función orgánica para la transmisión de los gérmenes, "sería sólo convertir el hogar doméstico, santuario de la familia, en un simple laboratorio biológico".

Es evidente que en todos estos pensamientos existe un *prius* evidente. Tal *prius* es el siguiente: 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.

Sin embargo, no podemos ignorar que vivimos inmersos en un mundo concreto y en él obra toda una concepción antropológica obvia que nos condiciona. Desde otra perspectiva, quizás con el tiempo, el sentimiento ético pudiera ser distinto. Aún así quedarán siempre pen-

dientes las valoraciones éticas respecto a quien se desprende de su semen para su utilización por terceros. Puede ser repudiable su motivación: por ejemplo, lucrar mediante su venta o prestarse a experiencias eugenésicas que esconden razones raciales. Pero también podría ser altruista, aunque en la actualidad difícilmente se lo justifique: por ejemplo, donar el semen para su utilización por aquellos matrimonios infértiles.²²

14. La maternidad subrogada —que no se refiere a una técnica diferente de reproducción o procreación artificial, sino a la utilización de algunas de ellas— es rechazada por la Iglesia Católica Romana. *La Instrucción sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación*, emitida por la Congregación para la Doctrina de la Fe, el 22 de febrero de 1987, señala:

¿Es moralmente lícita la maternidad "sustitutiva"? No, por las mismas razones que llevan a rechazar la fecundación artificial heteróloga: es contraria, en efecto, a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana. La maternidad sustituta representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen.²³

15. En el *Informe Warnock* también se condena la maternidad subrogada. Dice:

Las objeciones morales y sociales a la maternidad subrogada (*surrogacy*) han pesado mucho sobre nosotros. En primer término, todos estamos de acuerdo que la maternidad subroga-

22. ZANONI, *ibid.* pp. 50-54 (citas omitidas); SILVA-RUIZ, *ibid.* pp. 541-542.

23. *Instrucción...* publicación de Mundo Cristiano, folleto 441, primera edición de abril de 1987, pp. 34-8. El propio documento señala que bajo el nombre de "madre sustitutiva" entiende "a) la mujer que lleva la gestación de un embrión, implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de "donadores", con el compromiso de entregar el niño, inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación; b) la mujer que lleva la gestación de un embrión o cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante la inseminación con el espermatozoides de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación. Véase, además, SILVA-RUIZ, *Maternidad subrogada o de alquiler*, *supra*, nota 1, p. 832.

da por mera conveniencia, esto es, cuando una mujer está físicamente capacitada para procrear una criatura, pero no quiere/desea embarazarse, es totalmente inaceptable éticamente. Aun en circunstancias médicas apremiantes, el peligro de explotación de un ser humano por otro pesa más que los beneficios potenciales, en casi todos los casos, para la mayoría de nosotros. Que personas puedan tratar a otras personas como medios para sus propios fines, por muy deseables que sean las consecuencias, siempre es moralmente objetable-rechazable. Ese trato/uso de una persona por otra se convierte positivamente en su explotación cuando intereses económicos se envuelven/ comprometen. Es, por consiguiente, con la explotación comercial de la maternidad subrogada que principalmente, pero no exclusivamente, nos hemos inquietado/ preocupado.²⁴

Lady Warnock, como parte del debate público que siguió a la presentación del documento, a título personal sostuvo que la maternidad subrogada es moralmente repugnante: "una mujer deliberadamente queda embarazada por dinero, a sabiendas de que entregará a su hijo; y (hay) otras personas, que por muy grande que sea su anhelo por tener hijos, ofrecen a la subrogada dinero para satisfacer sus fines". Ella concluía que "lo que es claramente percibido como erróneo es la maternidad subrogada (*surrogacy*), no por amor, sino por dinero. Comprometerse a realizar un servicio impersonal —embarazo por dinero— para aquellos que pueden pagar, pervierte la relación entre madre e hijo".²⁵

TERCERA PARTE: IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, PARTICULARMENTE EN EL DERECHO DE FAMILIA

16. La primera implicación de las técnicas de reproducción artificial (IA y FIV; la maternidad subrogada, suplente o sustituta como aplicación de aquellas) aplicadas al ser humano que convive en sociedad organizada, y por consiguiente, al ordenamiento jurídico que rige las relaciones en ese grupo, es el de su recepción —con o sin limitaciones— o rechazo.

17. Un autor español, con elocuencia, significa:

Una cuestión preliminar concita de inmediato la atención del jurista. Podría formularse así: ¿Las técnicas de FIV y de IA se han de aceptar como meros procedimientos terapéuticos contra la infertilidad o como soluciones alternativas para la reproducción humana?

Si las técnicas de que nos ocupamos constituyen únicamente una terapéutica de la infertilidad, el problema se restringe: la infertilidad no tiene pleno sentido en la mujer soltera ni, en paridad de conceptos, en la que llamaremos, "pareja estable" —sin perjuicio de ulterior precisión—. La mujer sola o la pareja *de facto* no se presenta —*hic et nunc*— ante el Derecho con ningún tipo de "derecho subjetivo", al menos de valor absoluto, a tener hijos.

Si la FIV o la IA se presentan sólo como un remedio de infertilidad, se acota el campo en que van a jugar: el matrimonio o la que, de momento, llamaremos "unión estable" en este último supuesto no sin graves disensiones.

Si, por el contrario, se presentan como un "medio de reproducción alternativo", el tema se amplía y se agrava sensiblemente. Entran en juego otras consideraciones que afectan el or-

24. *Informe Warnock* que es el nombre por el cual se conoce al *Report of the committee of Inquiry into human Fertilization and Embriology*, Cmnd. 9314, julio 1984, párrafo 8.17, p. 46 (traducción nuestra). Es una publicación del gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. La Comisión, presidida por Lady Warnock, por cuyo nombre se conoce el informe, fue nombrada por el Gobierno de Su Majestad.

25. Según citado en L. WALLER, "The Waller Report and Australian Legislation", publicado en *Artificial Procreation, Genetics and the Law* (Instituto Suizo de Derecho Comparado), Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, Suiza, 1986, p. 144 (traducción nuestra). Véase, además, SILVA-RUIZ, *Maternidad subrogada o de alquiler*, supra, nota 1, p. 833.

den público y a los fundamentos del orden civil de la convivencia.

...A mi juicio, el centro se encuentra precisamente ahí: las repetidas técnicas de que se trata se traducen en una fecundación asistida...²⁶

En resumen: las técnicas de reproducción humana asistida ¿son tan sólo remedio para la infertilidad o, por el contrario, medios de reproducción alternativo?

18. Refiriéndose a un derecho positivo —el puertorriqueño,²⁷ que es el de mi país, y conozco mejor que otros— para ofrecer una contestación a la interrogante precedente, independiente de preferencias personales, afirmaría que esas técnicas son medios de reproducción alternativo. Dichas técnicas, además, estarían disponibles no tan sólo a la mujer casada, sino también a la soltera, la concubina inclusive, pues no está casada.

Las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América vinculan y son precedentes judiciales obligatorios en Puerto Rico. El más alto tribunal federal norteamericano —la Suprema Corte de Justicia (de los Estados Unidos), como se le llamaría en algunos países latinoamericanos; simplemente, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos— en *Eisenstadt vs. Baird* señaló:

Es cierto que en *Griswold* el derecho a la intimidad... (es) inherente en la relación marital. Sin embargo, la pareja casada no es una independiente con espíritu y corazón propio, pero la asociación de dos individuos cada uno con su propio y separado intelecto y constitución emocional. Si el derecho a la intimidad significa algo, es el derecho del individuo casado o soltero, de estar libre de intromisión gubernamental injustificada en asuntos que afectan tan fundamentalmente a una persona como la decisión de si engendrar o parir un niño.²⁸

Del análisis de esa jurisprudencia, un autor opina que el reconocimiento del derecho a procrear "debe lógicamente extenderse a la decisión de cómo ese niño debe ser concebido. La jurisprudencia demuestra que el Estado no puede prohibir a una pareja la decisión de engendrar o dar a luz a un niño. Esta decisión es el fundamento del acuerdo de maternidad subrogada y aparece como la alternativa constitucionalmente protegida. Una vez se decide tener un niño, el método empleado —reproducción natural/coital, inseminación artificial o maternidad subrogada— debe ser interpretado/ entendido como parte de esta amplia garantía constitucional".²⁹

Otro autor opina que la jurisprudencia no decide directamente el derecho de una pareja

26. MONTES PENADÉS, Vicente L. *La Genética Actual y el Derecho de Familia*. Ponencia, Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Cáceres, España, septiembre-octubre de 1987, p. 53 (de la publicación que recoge las cuatro ponencias del Congreso). Está conforme con este criterio, LLEDÓ-YAGUÉ, Francisco. *La regulación jurídica de la inseminación artificial y fecundación in vitro*, separata de "Estudios Filosóficos", núm. 100, Vol. XXXV, septiembre-octubre 1986, pp. 474-5.

27. El derecho puertorriqueño ha sido descrito como uno "híbrido" o "mixto", con el propósito de señalar la convivencia o el entrecruzamiento de significativas características de los ordenamientos legales propios de las familias romano-germánica (Derecho Civil) y anglo-americana (*Common Law*). Véase, Smith, T. B. *The Preservation of the Civilian Tradition in Mixed Jurisdiction*, vol. XXXV, Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, p. 263 et. seq. (1963). A la p. 265, el autor define una jurisdicción mixta como aquella donde un ordenamiento jurídico de Derecho Civil ha estado bajo la fuerte influencia del Derecho común anglo-americano y en consecuencia su derecho ha sido influido /sustituido ("overlaid") por este último. Véase, además, SILVA-RUIZ, Pedro F. *Desarrollos recientes y tendencias del Derecho Civil para el Siglo XXI en Puerto Rico*, Tomo XLII, fascículo II del "Anuario de Derecho Civil", Madrid, España, julio-setiembre 1989, pp. 887-9.

28. 405 U.S. 438, 453 (1972) (opinión de una pluralidad de jueces) (énfasis nuestro). En *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678,685 (1977) se cita, por el Tribunal, con aprobación. *Eisenstadt* en el aspecto que nos interesa: la libertad individual de intromisión gubernamental en cuanto a la decisión de procrear. A la p. 687 dice: "Leído a la luz de su progenie, la enseñanza de *Griswold* es que la Constitución protege las decisiones individuales en asuntos sobre procreación de niños ("Childbearing") de intromisión estatal injustificada." Dice Tribe: "...el efecto de *Eisenstadt s. Baird* fue significar como decisivo en *Griswold* el elemento de autonomía reproductiva..." Tribe, L. H. *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, New York, 2 a. ed., 1988, p. 1339. En *Skinner vs. Oklahoma*, el Tribunal caracterizó el derecho a procrear como "uno de los derechos civiles básicos del ser humano", 316 U.S. 535, 541 (1942) y mismo autor citado anteriormente.

29. CROW, Carol A. *The Surrogate Child; Legal Issues and Implications for the Future*, 7 Journal of Juvenile Law 80, 87 (1983) (traducción nuestra). Véase, SILVA-RUIZ, *La Maternidad subrogada o de alquiler*, supra, nota 1, p. 834.

casada a la reproducción sexual. No obstante, sostiene que el Tribunal Supremo, en dicta, en numerosas ocasiones, ha reconocido a una pareja casada el derecho a procrear, en términos tan amplios, que comprende la reproducción coital como la no coital. Entiende, además, que si el Tribunal Supremo reconociese el derecho de una pareja casada a la reproducción coital, debería igualmente reconocer el derecho de una pareja a la reproducción no coital. Se expresa en los siguientes términos: "La necesidad de que un donante o suplente provea la esperma, el óvulo o el útero necesario para que una pareja engendre, dé a luz o de cualquier modo tenga un niño, bajo los principios de libertad reproductiva /procreadora, son también parte de los derechos a la procreación de una pareja casada".³⁰

En resumen: el derecho al intimidad comprende el derecho del individuo, casado o soltero, a decidir si engendrar o parir una criatura. Este derecho posiblemente comprende también la decisión de cómo la criatura debe ser engendrada/concebida, esto es, por concepción/reproducción tanto normal o coital e igualmente no coital o asexual. Entonces, las técnicas IA, FIV, así como su aplicación, la maternidad subrogada, se traducen en medios de reproducción/fecundación/concepción alternativo.

19. La mujer soltera, en el derecho norteamericano, por estar fundamentado en el derecho a la intimidad, la alternativa constitucionalmente protegida, podrá también optar por procrear, utilizando las técnicas anteriormente descritas (reproducción no coital/asexual).³¹

Un profesor argentino cuestiona la inseminación artificial fuera del matrimonio, particularmente la de la mujer soltera. Escribe:

El uso de la técnica de la inseminación artificial no puede transformarse en instrumento caprichoso para la fecundación en circunstancias en que la mujer que recibe el semen no se encuentra en las mejores posibilidades éticas de ser madre. La inseminación de una mujer soltera nos parece un caso patológico. Ni hablar del supuesto en que se seleccionarán "mujeres ideales" (por sus caracteres biológicos o raciales) para recibir el semen de "hombres ideales", como se dice ocurrió en las experiencias eugenésicas del nazismo.

En tal sentido concordamos en que la procreación no es una pura función biológica que pueda ser objeto de consideración independiente de la función institucional que aquélla cumple socialmente...³²

20. La presunción de que la mujer casada procrea de su marido —que el hijo, por haber sido concebido durante el matrimonio, se reputa engendrado por el marido de la madre—³³ acoge la recordada máxima romana, conocida a través de los textos de Paulo: *Pater is est quem iustae nuptiae demonstrat*. Esta presunción *iuris tantum* puede ser destruida mediante prueba en contrario. Así, "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 es la fecundación, el germen determinante de la paternidad en última consecuencia..."³⁴

30. ROBERTSON, John A. *Embryos, Families and Procreative Liberty: The Legal Structure of the New Reproduction*, 59 Southern California Law Review 939, 958-960 (1986). (Traducción nuestra). Véase, Silva-Ruiz, *La maternidad subrogada o de alquiler*, supra, nota 1, p. 834-35.

31. ROBERTSON, *ibid*, p. 962 y sigtes.; KERN, P. y RIDOLFI, K. M. *The fourteenth Amendment's Protection of a Woman's Rights to be a Single Parent Through Artificial Insemination by Donor*, 7 Women's Rights Law Reporter 251 (1982).

32. ZANONI, Eduardo. *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina*, supra, nota 21, p. 54.

33. En Puerto Rico, artículo 113 del Código Civil, 31 LPRA 461, que reza:

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

"Contra esa 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."

34. *Moreno Álamo vs. Moreno Jiménez*, 112 DPR 376, 388 (1983).

La máxima se transmuta en *Pater is quem sanguis demonstrat*.³⁵ Así, en la eventualidad de una inseminación artificial heteróloga o con semen de donante (IAD), el propio hijo de "filiación enmarañada",³⁶ presuntamente hijo del esposo de la madre, podría impugnar su propia filiación.

21. La regla *mater semper certa est* —la maternidad siempre cierta es; comprobado el hecho de parto y la identidad del hijo, madre es quien pare—³⁷ tampoco está ajena a interrogantes hoy día, pues hay debate sobre su alcance, a propósito de la FIV y a la posibilidad de la madre sustituta o subrogada.

Se habla de "madre fisiológica", "madre genética", "madre portadora" y "madre legal" para distinguir los supuestos, en la maternidad subrogada, en los cuales: (1) la mujer que aporta el óvulo ("madre genética" o "fisiológica"), es también la que lleva la criatura en su vientre ("madre portadora") y la que lo pare ("madre jurídica o legal"), aunque el semen no sea de su marido, si fuese casada, como ocurrió en el caso de Baby M,³⁸ y (2) la mujer que aporta el óvulo no es la portadora de la criatura, sino otra, quien lo pare, considerada "madre jurídica o legal". Lo usual es que la misma mujer sea "madre genética", "madre portadora"

y también "madre jurídica". Quizás será preferible decir "progenitora genética", reservando el concepto de "madre" para la mujer que pare/procrea, que es a la que el ordenamiento jurídico reconoce como tal.

En el caso de *Baby M*, la denominada madre subrogada, una vez procreó una criatura —para la cual aportó su óvulo, y llevó el feto a feliz término, pero el semen no era de su esposo— se negó entregarla al progenitor, también padre (jurídicamente hablando)³⁹ para que la esposa de éste la adoptara, renunciando aquélla a la maternidad que, tanto el contrato de maternidad subrogada como la legislación vigente en el estado de Nueva Jersey, le reconocían. Después de las correspondientes acciones judiciales, se le reconoció a la denominada subrogada, madre jurídica, su derecho filial, y, como tal, la maternidad de la criatura. Sin embargo, la custodia de la criatura se le adjudicó al padre biológico, también jurídico, y a la madre (subrogada) sólo derecho de visita.

22. Volviendo sobre el contrato de maternidad subrogada,⁴⁰ la legislación nacional deberá decidir su admisión o prohibición.

El CAHBI recomendó que la maternidad subrogada debería "prohibirse en principio; nulidad del contrato; prohibiéndose los interme-

35. Sobre las pruebas de sangre para la exclusión de la paternidad (HLA), como para su inclusión o determinación de la relación padre-hijo (DNA o ADN), véase mi ensayo (Pedro F. Silva-Ruiz), *Derecho Civil (de Familia) Constitucional Español y Puertorriqueño*, 50 Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico 41, 59-64 (1989).

36. Frase utilizada en *Robles López vs. Guévarez Santos*, 109 DPR 563 (1980), donde el propio hijo incoó la acción judicial impugnando su filiación.

37. Véase el artículo 125 del Código Civil, 31 LPRA 504, cuarto párrafo, que en su parte pertinente dice: "La madre estará obligada al reconocimiento del hijo... cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo."

38. *In the Matter of Baby M*, 537 A. 2d 1227 (N. J. 1988) y 542 A. 2d 52 (N. J. Super, Ch. 1988); SILVA-RUIZ, Pedro F. y L. A., John de Passalacqua, *Derecho de Familia*, Tomo 2 del "Derecho de las Personas y de la Familia: Casos y Materiales", Equity Publishing Co./ Butterworth Legal Publishers, 1991, págs. 531-548, para una reproducción literal de las cláusulas contractuales en el caso de *Baby M*.

39. De conformidad con la ley de Nueva Jersey, se permite el "desconocimiento" de la paternidad de la criatura de mujer casada que es inseminada con semen de un hombre que no es su cónyuge. Así, cuando una mujer casada va a ser inseminada con material genético de un hombre que no es su esposo, consintiendo éste, y hasta advirtiéndolo de su abstención de relaciones maritales para evitar la confusión de la prole, se permite que el esposo "desconozca" la paternidad del hijo que procreará su esposa. Véase, N.J.S.A. 9: 17-44.

40. En otro lugar hemos escrito: "el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, en España, denomina 'contrato de maternidad para otra (con prestación de óvulo y vientre) /al/ caso en que el hijo habrá de ser habido en las condiciones siguientes: fecundación artificial con semen del marido en mujer distinta de la esposa, previo convenio de los tres para que el hijo sea del matrimonio.' Lo distingue de lo que llama 'contrato de los servicios de incubación en útero ajeno', que describe como 'el convenio /por el cual/ se estipulan las condiciones por las que debe regirse la gestación en vientre ajeno a la dadera madre biológica.'" Véase, Pedro F. SILVA-RUIZ, *Maternidad Subrogada o de Alquiler*, *supra*, nota 1, p. 831.

diarios y su publicidad propagandística, con la posibilidad, por excepción, oficialmente controlada, de permitirla, sin remuneración, y con el derecho de/la madre gestante de/quedarse con la criatura cuando nazca si así lo desea".⁴¹

España ha prohibido la maternidad subrogada. El artículo 10 (1) de la correspondiente ley,⁴² reza: "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero".

Pero, en Gran Bretaña legislación reciente tan sólo ha prohibido la propaganda comercial que promueva, con fines de lucro, la maternidad subrogada.⁴³

23. Un último planteamiento: la inseminación **post mortem**, de mujer casada con el semen congelado de quien, en vida, fuera su

cónyuge. Conocido es el caso *Parpalaix*,⁴⁴ en Francia, en el cual un tribunal resolvió que una viuda podía ser inseminada con el material genético de su esposo fallecido (conservado en un "banco de semen"), 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 "ontológicamente el hijo ha sido 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."⁴⁵

CUARTA PARTE: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

24. Las técnicas de reproducción humana asistida han de examinarse en su doble aspecto ético y jurídico. Algunos aspectos o supuestos de esas técnicas son éticamente objetables. Esos deben rechazarse y el ordenamiento jurídico debe prohibirlos.

25. Otros aspectos de las técnicas de reproducción humana asistida no son directamente temas de derecho de familia, pero repercuten sobre él.

26. Aunque el derecho civil vigente puede, por analogía, ofrecer solución a algunas de las

cuestiones jurídicas que suscita la reproducción humana asistida, en algunas otras cuestiones no es aconsejable subsumir en la norma existente supuestos tan dispares y disímiles, pues la solución parece desafortunada, cuando menos, no articulada, quizás injusta, en otras instancias.

27. Es recomendable legislar y en la legislación a aprobarse tratar con las varias facetas, áreas, y cuestiones que deben regularse, inclusive prohibirse.

41. CAHBI/INF. (87), 2, pág. 6. CAHBI-Ad Hoc Committee of Experts on Bioethics (Comité Ad Hoc de Expertos en Bioética).

42. Ley 35 del 22 de noviembre de 1988.

43. Surrogacy Arrangements Act. 1985.

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

45. ZANONI, obra citada, en Silva-Ruiz, *El Derecho de Familia y la Inseminación Artificial in vivo e in vitro*, supra nota 1, p. 29.