



HAL
open science

La procreacion artificial: su incidencia en el derecho de familia

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. La procreacion artificial: su incidencia en el derecho de familia. Ideas en Ciencias Sociales, 1988, 1 (10). hal-01240822

HAL Id: hal-01240822

<https://hal.science/hal-01240822>

Submitted on 9 Dec 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Derecho

La procreación artificial: su incidencia en el derecho de familia

Daniel Borrillo

Es argentino, abogado especializado en Sociología del Derecho. Actualmente es integrante del Groupe d'Etude et de Recherche sur la Science en la Université Louis Pasteur, París.

La voluntad individual y las ciencias médicas son suficientes, hoy en día, para crear la vida. A partir de técnicas cada vez más sofisticadas y seguras se hace posible realizar una fecundación artificial humana *in vitro* para luego implantar el embrión en el vientre de una mujer que no tiene por qué ser necesariamente la madre. Nuestra concepción multiseular de la procreación está siendo transformada por la ciencia. Los bebés pueden ser concebidos fuera del cuerpo humano y pueden deber la vida a más de dos progenitores. "Sexo sin procreación", parecía ser el lema de los años 60; "procreación sin sexo" será, quizás, el de los años 90. Esta situación completamente novedosa en la historia de la humanidad hace vacilar nuestro ordenamiento jurídico, y hasta el paradigma occidental de la filiación (que reposa sobre el trinomio madre-padre-hijo o por lo menos sobre el binomio madre-hijo) parece que empezara a cuestionarse.

De manera general, la *procreación artificial* es considerada un progreso toda vez que consigue satisfacer el deseo de paternidad (o maternidad) de una pareja estéril. La cuestión fundamental, que merece un tratamiento especial, es saber si existe un tal "derecho a la paternidad", que merezca ser considerado como un derecho fundamental de la misma manera que existe un "derecho a la educación", "al trabajo" o a la "libertad de expresión", y suponiendo que dicho derecho exista es necesario reservar las técnicas de procreación artificial a quienes la naturaleza privó de la posibilidad de tener un hijo o por el contrario extender las mismas a todas aquellas personas que por una u otra razón (homosexualidad, por ejemplo) no pueden o no quieren recurrir a una procreación natural. Aparentemente, la justificación filosófica (legitimadora) que han encontrado la mayoría de las sociedades europeas es considerar la "procreación" como una libertad fundamental y el supuesto derecho a recurrir a la *procreación artificial* se enmarcaría, ante todo, en la noción amplia de "derecho a la salud", de ahí que estas sociedades asuman la carga de reembolsar al 100%, generalmente, los gastos del tratamiento. De todas maneras, el debate continúa abierto y la cuestión está lejos de ser resuelta.

La procreación artificial

Para una mejor comprensión de los problemas jurídicos que estas técnicas implican, es necesario previamente una sucinta presentación de cada una de sus modalidades.

La inseminación artificial. Es la forma más simple de imitar a la naturaleza: consiste en introducir artificialmente por medio de una especie de pipeta los espermatozoides en el órgano genital femenino. El esperma puede provenir del marido o de un tercero (donante); en el primer caso se recurrirá a la referida técnica ya sea por impotencia del marido, ya sea por deficiencia de cantidad o calidad de esperma, ya sea por esterilidad total del marido o en caso de que el mismo padezca de una irregularidad genética seria cuya transmisión sería conveniente evitar. Al recurrir a la inseminación artificial por donante, una disociación entre la "paternidad biológica" y la "paternidad social" parece vislumbrarse; en efecto, la existencia de un tercero en la concepción del niño hace que el mismo no pertenezca biológicamente al padre.

La gran revolución en el presente caso ha sido la posibilidad de congelar el esperma a -196° , situación que permite conservar el mismo y realizar la

inseminación hasta diez años más tarde (1). El procedimiento se realiza, por lo general, a través de un "banco de espermia" y la donación está subordinada a ciertas condiciones. A saber:

— La debe realizar un hombre casado con por lo menos un hijo.

— Es siempre anónima, a título gratuito y se exige el consentimiento de la mujer del donante.

— Los donantes son sometidos a exámenes clínicos y genéticos para evitar los riesgos de transmisión de enfermedades hereditarias.

— La utilización del espermia de un individuo es limitada a un número reducido de mujeres, a efectos de disminuir los riesgos eventuales de cosanguinidad.

— El espermia es entregado exclusivamente al ginecólogo que realizará la inseminación.

— La fecundación *in vitro*. Esta técnica consiste en hacer encontrar en una probeta óvulos y espermatozoides, vale decir realizar la fecundación en un medio artificial, fuera del cuerpo humano. En un principio la fecundación *in vitro* estaba destinada a paliar los casos de esterilidad "mecánica" (obstrucción total de trompas) para luego extenderse a esterilidades producidas por enfermedades de los ovarios o incluso a los casos en que no se pueda determinar con precisión las causas o mecanismos de la esterilidad.

Esta técnica es mucho más compleja que la inseminación artificial y sólo aproximadamente un diez por ciento de las mujeres sometidas al tratamiento darán a luz nueve meses más tarde.

Las madres sustitutas. Como vimos anteriormente, la inseminación artificial por donación sirve para paliar la esterilidad del marido; si por el contrario es la mujer la que padece la esterilidad, el remedio es otro: consiste en hacer inseminar, con el espermia del marido, a una mujer que acepta gestar el bebé para entregarlo a la pareja en el momento del nacimiento. Una especie de "contrato", de dudosa juridicidad (2) se celebra entre la pareja y otra mujer que se obliga a entregar al niño al seno de la familia.

El caso de "locación de vientre" es diferente ya que la mujer sólo presta su útero para recibir al embrión producto de una fecundación *in vitro* efectuada por una pareja cuyo marido es fértil y la mujer es estéril; entonces, en este último caso la madre no proporciona ninguna contribución genética, es decir el niño es genéticamente de la pareja que demanda el "servicio".

Los aspectos jurídicos

No existe en el derecho francés ni en la mayoría de los derechos europeos disposición alguna sobre la procreación artificial. La reforma de 1972 terminó con las diferencias entre hijos legítimos, ilegítimos e incestuosos pero no consideró la cuestión de los que podríamos llamar "hijos artificiales". Diversos proyectos de ley tratan la cuestión pero la necesidad de una reforma de este tipo es aún muy discutida (3).

La inseminación artificial fue considerada durante mucho tiempo en jurisprudencia como una injuria grave, causal de divorcio (Tribunal Civil de Bordeaux de 1883, por ejemplo); un sector de la doctrina considera que la inseminación artificial realizada con esperma de un donante debe ser asimilada al adulterio aunque la misma haya sido realizada con el consentimiento del marido.

Para una mejor delimitación del problema y para comprender el alcance del derecho en la referida cuestión es necesario distinguir tres situaciones:

— El bebé es producto de la fusión de los gametos materno y paterno (concebido por inseminación artificial o por fecundación *in vitro*) y se desarrolla en el vientre de su madre.

— El bebé es concebido a partir de un óvulo donado que fue luego fecundado por el esperma del marido y se desarrolla en el vientre de la mujer de este último.

— Por último, consideraremos la situación del bebé que nace por una fecundación *in vitro* pero de gametos completamente ajenos a la pareja y es luego implantado en el vientre de la mujer receptora.

Genéticamente, en el primer caso el embrión es de la pareja; en el segundo caso pertenece a medias a la pareja y en el tercero no tiene absolutamente nada que ver con la pareja.

La filiación del niño, desde el punto de vista jurídico, no ocasiona ningún problema en el primer caso en cuestión ya que el marido y la mujer aportan el potencial genético del bebé; la misma se establecerá, entonces, en función de las reglas relativas a los hijos legítimos si los padres están casados o a los hijos naturales si no le están (4).

En efecto, los problemas se presentan en los demás casos; vale decir cuando una mujer es inseminada con esperma de un donante; cuando se hace implantar un óvulo de una donante inseminado con esperma de su marido; cuando la mujer se hace implantar un embrión fecundado *in vitro* a partir de gametos ajenos a la pareja o cuando por último la misma celebra un "contrato" de locación o préstamo de vientre.

En el primer caso —inseminación con esperma de un donante—, si la mujer es soltera el niño será inscrito con el apellido de soltera de la madre y su

padre será considerado desconocido ya que como señalamos anteriormente la donación es anónima; si por el contrario la mujer es casada se aplicará la presunción *pater is est* del código civil, que establece que los hijos nacidos durante el matrimonio son considerados, salvo prueba en contrario, hijos legítimos del marido. Aquí justamente se complica la situación ya que en el caso de una inseminación por donación de esperma es extremadamente simple aportar la prueba de que el marido no es el padre del niño y en tal caso la acción de nulidad de paternidad será viable inclusive si el marido había dado su consentimiento para realizar la inseminación (5).

En la hipótesis del hijo nacido de una fecundación *in vitro* pueden darse dos casos: que la misma se realice con el óvulo de la mujer que luego lo gestará pero fecundado con esperma de un tercero donante y en tal caso volvemos a la hipótesis precedente o que la misma se realice con un óvulo donado. En tal caso, ¿cuál será la filiación del bebé? En el estado actual del derecho francés, se aplicará la presunción *pater is est* y la acción de nulidad no será viable. Ahora bien, ¿podrá la madre, en este caso, negar la maternidad del niño? La "acción de nulidad de maternidad" no será viable toda vez que el derecho no reconoce más que una madre: aquella que alumbró (6).

Ciertamente las soluciones que aporta actualmente el ordenamiento jurídico a las nuevas problemáticas que surgen del desarrollo científico no son las más acabadas y quizás justas, pero es cierto también que el derecho no puede precipitarse en la búsqueda de soluciones rápidas ya que el mismo no es solamente una "herramienta de ingeniería social" al servicio de los cambios de la sociedad y el conservadurismo propio del derecho podría servir, en este caso, extraña paradoja, como reflexión crítica con respecto a una actitud de nuestra época que considera que la ciencia evoluciona indefectiblemente en beneficio de la humanidad.

Notas

- 1) La posibilidad de conservar el esperma por largos períodos suscitó el problema de la inseminación *post-mortem*. En el famoso caso "Parpalaix", el Tribunal de Grande Instance de Créteil (agosto de 1984) hizo lugar a la petición de la viuda de Parpalaix que reclamaba, a un banco de esperma, la devolución del semen congelado de su marido muerto para ser inseminada con el mismo. Ante la negativa del banco, la mujer en cuestión se presentó ante la Justicia y ganó el proceso. La inseminación fue realizada sin éxito.
- 2) El proyecto R (87) del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa recomienda sancionar a los intermediarios y considerar al contrato sin valor jurídico alguno. Sólo se podrá recurrir a la inseminación de una madre de sustitución, establece el referido informe, en caso de que la misma no sea remunerada y que se le otorgue siempre la posibilidad de quedarse con el niño al momento del nacimiento.
- 3) Determinado sector de la doctrina, como el profesor Terré de la Universidad de París, por ejemplo, considera que el ordenamiento jurídico, sin necesidad de reforma o agregado alguno, está en condiciones de resolver los conflictos planteados por el desarrollo científico.

En marzo de este año el Consejo de Estado hizo público en Francia un informe titulado *Ciencias de la vida: de la ética al derecho*, donde propone ciento cincuenta normas de orden legislativo o reglamentario destinadas a "poner al día al derecho francés con el avance de la medicina".

4) Excepto el caso de la inseminación *post mortem*, donde si bien el material genético puede ser aportado por la pareja, al estar uno de los dos muerto y habiendo dejado esperma u óvulo congelado se produce una disociación temporal de la paternidad. En general, esta práctica es condenada por todos los *rapports* y proyectos de ley; ya que teniendo en cuenta los derechos de la persona por nacer, no se la puede privar a la misma de antemano de la existencia de un padre o una madre.

5) En un fallo del Tribunal de Grande Instance de Nice (30 de junio de 1976) se estableció que

"es evidente que en una inseminación por donante no existe vínculo de paternidad entre el niño y el esposo de la mujer inseminada" y que "el consentimiento del marido se considera nulo ya que no puede renunciar de antemano a la acción de nulidad de paternidad".

Contrariamente, la Corte Federal de Alemania, en 1985, precisó que la renuncia explícita a la acción de nulidad de paternidad es posible.

6) La procreación artificial crea lo que la doctora Huet-Weiller, de la Universidad de Strasbourg, dio en llamar "maternidad desdoblada", toda vez que dos mujeres se dividen la tarea de traer un niño al mundo: una provee el patrimonio genético y la otra se encarga del embarazo y del alumbramiento. Obviamente esta hipótesis novedosa no fue contemplada por el derecho, que considera como madre exclusivamente a la mujer que da a luz.