

Implicaciones jurídicas de la inseminación artificial *post mortem*

Lesy Annette Irizarry Pagán*

Introducción

La familia es, hasta el presente, la institución social básica; de ella ha dependido la existencia de toda sociedad humana. Es la célula original de la vida social¹ y, en el sentido jurídico, es el conjunto de personas vinculadas por el matrimonio o el parentesco.² Sin embargo, la familia tradicional ha evolucionado en respuesta a la revolución en los valores éticos y morales, a los problemas económicos y culturales y a los constantes cambios que afectan a la sociedad. Como señala Fernando Hinestrosa: “La Familia a que se refería el derecho tradicional cambió fundamentalmente, prácticamente dejó de ser y fue reemplazada por la realidad vital universal de hoy.”³ En la actualidad la familia, o el conjunto de personas denominado como tal, puede estar constituido por ambos padres, uno solo de ellos, parejas homosexuales o por personas que no están conectadas biológicamente. En adición a los cambios indicados, la ciencia aumenta las probabilidades de que estos cambios y enfoques sean aun mayores. Cada día surgen y se desarrollan nuevas invenciones y tecnologías que afectan a los individuos y a la institución familiar. Las investigaciones científicas relacionadas con la genética han evolucionado vertiginosamente. Como resultado de los adelantos científicos y tecnológicos, disponemos de varios métodos de fecundación, los cuales en su origen buscaban asistir a aquellas parejas capacitadas para afrontar la responsabilidad de una familia y que, sin embargo, no tenían la capacidad de procrear de forma natural. Algunos de estos

*Estudiante de segundo año y miembro del Cuerpo de Investigadores, Redactores y Correctores de la Revista de Derecho Puertorriqueño de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico.

¹CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA en 486 (Librería Juan Pablo II, Santo Domingo, República Dominicana, 1992).

²Fernando Hinestrosa, *Hacia un Derecho de Familia del Siglo XXI*, 35 REV. D.P. 445 (1996) (citando a LEHMANN, H. DERECHO DE FAMILIA (2da ed. 1947, trad. J. M Navas) (Madrid 1953)).

³*Id.*

métodos de fecundación son: fertilización *in vivo*,⁴ fertilización *in vitro*,⁵ madres sustitutas (alquiler de útero)⁶ y clonación. En Puerto Rico, aunque los adelantos no llegan con la misma rapidez que en Estados Unidos, por la influencia que tiene este último sobre nuestro país, generalmente adoptamos con el mismo auge las nuevas tendencias.

Anteriormente el padre y la madre eran, de manera exclusiva, aquellos que por medio de la unión física íntima fecundaban sus células sexuales y gestaban un niño dentro del seno familiar. Las prácticas científicas y la popularidad alcanzada han propiciado que algunos conceptos como el de madre, padre y fecundación sean redefinidos. Actualmente, es posible la separación del acto sexual (coito) y la reproducción; cabe la posibilidad de manipulación y preservación de embriones, como también es probable el nacimiento de una criatura producto de la extracción del semen de su padre muerto. De cada posible vertiente surgen nuevas interrogantes y conflictos en los ámbitos ético, social y legal.

Estas técnicas son una puerta abierta que da aliento a personas que anhelan ser padres, pero la escasez o falta de regulación de las mismas da lugar a la manipulación y abuso por parte de otras personas con distintos propósitos. Lamentablemente, estos métodos se han desarrollado de forma precipitada y están enmarcados dentro de un vacío regulatorio. En Puerto Rico no se ha legislado para regular la aplicación de las técnicas de fecundación asistida y sus múltiples vertientes. Se debe legislar y abarcar los problemas que emanan o podrían surgir, pues el derecho es complejo, debe variar y ser modificado de acuerdo a las necesidades sociales. Los nuevos conocimientos y prácticas en las técnicas de reproducción plantean múltiples interrogantes que exigen respuestas legales relacionadas con el derecho a la procreación, la licitud del manejo de estas técnicas, la filiación y la nueva estructura familiar, entre otras.

Esta horfandad de legislación, en contraposición al incremento en la utilización de las técnicas, y las interrogantes derivadas de las mismas son

⁴La inseminación artificial consiste en inocular, usando un cateter o jeringuilla, el esperma de un donante en el cuello de la vagina para que sea fecundado en el interior de la hembra.

⁵La fertilización *in vitro* consiste en la remoción de un óvulo de la mujer, fertilizarlo fuera de la hembra con esperma de un donante y su eventual implante en el útero.

⁶La subrogación es cuando una mujer fértil acuerda con una pareja gestar un niño y una vez nacido el niño cede todos los derechos filiales a la pareja, quienes tendrán que adoptar al menor.

las que motivan este estudio. La autora enfocará su análisis en la técnica de fecundación *post mortem* (fertilización del óvulo materno con el semen de un padre muerto); busca anticipar los aspectos jurídico-legales y sociales que puedan surgir como producto de este tipo de práctica. Se intenta abordar un tema inédito y complejo en el que entran en juego elementos de suma importancia en el futuro de la humanidad.

I. Trasfondo Histórico

A. Fecundación

La fecundación es la unión de los elementos reproductores masculino y femenino para dar origen a un nuevo ser.⁷

La concepción natural proviene de la unión sexual de los padres biológicos sin la necesidad de la intervención de terceras personas. La fecundidad es un don, un fin del matrimonio, pues el amor conyugal tiende a ser fecundo,⁸ mas no se limita a los matrimonios. En la sociedad actual es común que parejas que no están legalmente casadas practiquen de manera activa el acto sexual, procreando así hijos fuera del matrimonio.

La reproducción humana se ha tornado en un asunto complejo y controversial desde que la ciencia permite nuevas modalidades de concepción humana. Las técnicas de fecundación asistida permiten que nazca una criatura sin necesidad de amor conyugal. Tampoco es imprescindible la presencia de los padres ni la realización del acto sexual.

B. Diversas técnicas de fecundación asistida

La reproducción artificial es aquella donde no es necesario que se unan los elementos masculinos y femeninos por medios naturales. Son los procedimientos ideados por el hombre los que hacen que se logre la inseminación artificial.⁹ Esta modalidad de reproducción se define como la introducción de semen a la vagina mediante actos diferentes al coito.¹⁰

⁷V ENCICLOPEDIA ILUSTRADA CUMBRE 20 (14th Ed. Revisada 1978).

⁸CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA en 518 (Librería Juan Pablo II, Santo Domingo, República Dominicana, 1992).

⁹ENCICLOPEDIA ILUSTRADA CUMBRE, *supra* nota 7, en 2.

¹⁰STEDMAN'S MEDICAL DICTIONARY 876 (26th ed. 1995).

La práctica de la inseminación artificial se remonta al año 1779, con las experimentaciones del italiano Lazzaro Spallanzani.¹¹ Spallanzani inseminó ranas, peces y perros, pero nunca llegó a inseminar artificialmente a una mujer. En 1790 se realizó la primera inseminación artificial en una mujer; la misma fue practicada por el Dr. John Hunter.¹² Sin embargo, no fue hasta la década de los años '70 que se popularizó la práctica de estas técnicas, en especial la fertilización *in vitro*. Estas, en su origen, consistían en la extracción del semen del marido y la posterior implantación del mismo en el útero de la mujer.

Estas técnicas tenían como primordial propósito ayudar a las parejas estériles. La ley española Núm. 35 de 1988 nos indica, en sus disposiciones de carácter general, los propósitos de las mismas: "Las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces."¹³

La técnica de fertilización *in vitro* y transferencia de embriones (FIVET) fue introducida en la década de los '70 en las explotaciones ganaderas. El 25 de julio de 1978 nació en Inglaterra Louise Brown, la primera niña producto de la técnica de fertilización *in vitro*. Brown es conocida como la bebé del frío o bebé probeta. Los médicos encargados de esa primera fertilización *in vitro* fueron el médico Patrick Steptoe (de la Bourn Hall Clinic Cambridge) y el biólogo Robert Edwards (del Physiological Laboratory de Cambridge).¹⁴ En diciembre de 1981 nació la primera niña producto de esta técnica en Estados Unidos, Elizabeth Jordan Carr. En Puerto Rico, nace el primer niño probeta en mayo de 1986 en el Hospital San Pablo de Bayamón bajo los servicios del Dr. Pedro Beauchamp. En el boletín informativo de su clínica, el Dr. Beauchamp describe el procedimiento de la siguiente manera:

¹¹ Sonia Fader, "Sperm Banking: A Reproductive Resource" (1993) (Visitado en septiembre de 1999) <<http://www.cryobank.com/history.html>> (Spallanzani fue un naturalista, fisiólogo y científico italiano del siglo 18 que realizó interesantes experimentos sobre fecundación artificial.).

¹² *Id.*

¹³ Ley de Reproducción Humana Asistida, Ley 35/1988 de 22 de noviembre, (B.O.E. 1988, 24/11).

¹⁴ STELLA MARIS MARTÍNEZ, MANIPULACIÓN GENÉTICA Y DERECHO PENAL 42 (Ed. Universidad Buenos Aires, Argentina (1994)(citadas omitidas).

La técnica de fertilización *in vitro* básicamente consiste en su[s]tituir la función de la trompa de falopio por el laboratorio de *in vitro*. Los eventos que normalmente ocurren en las trompas de falopio (la fertilización del huevo y el desarrollo embrionario temprano) se efectúan en el laboratorio, ya que éste no puede ocurrir adecuadamente en la trompa. [Se hace] entonces un desvío del proceso natural de la reproducción cosa que en vez del óvulo pasar del ovario a la trompa y de ésta al útero, va del ovario al laboratorio de *in vitro* y luego (dos o tres días después) al útero.¹⁵

Esta práctica es muy común. Existen alrededor de 350 clínicas en Estados Unidos que llevan a cabo estos procedimientos anualmente. Aproximadamente 4,500 niños americanos han sido concebidos por estos medios a partir de 1981, y, con los descubrimientos constantes y los avances científicos, no podemos prever con certeza y exactitud qué podría suceder dentro de varios años.¹⁶

C. Crioconservación o congelación de espermatozoides y bancos de semen

La ciencia de la criogenética trabaja con los efectos de temperaturas extremadamente frías. Éstas permiten que células humanas sean preservadas en condiciones óptimas para su posterior utilización. Este proceso hace posible que el material germinal humano sea congelado, proveyendo la posibilidad de posponer y determinar el momento preciso y deseado para la procreación. De esta manera, los padres pueden escoger cuándo quieren desarrollar su prole.

La congelación de espermatozoides surge en 1776, cuando el científico Spallanzani descubrió que el semen congelado por la nieve no tenía movimiento.¹⁷ En 1886, Paolo Mantegazza propulsó la creación de bancos para la congelación de semen humano.¹⁸ No fue hasta el año 1953 que el Dr. Jerome K. Sherman diseñó un método para preservar el semen humano y demostró que el mismo, luego de ser descongelado, podía seguir funcionando de forma natural y tenía la capacidad de fertilizar un

¹⁵ *Reproductive Endocrinology and Infertility* (Boletín informativo de la clínica del Dr. Beauchamp - Bayamón, Puerto Rico).

¹⁶ Stephen Smith, *Test - tube family*; (visitado en septiembre, 1999) <<http://www.msnbc.com/news/183416.asp>>.

¹⁷ Fader, *supra* 8, en 3.

¹⁸ VIII ENCICLOPEDIA ILUSTRADA CUMBRE PAOLO MANTEGAZZA 65 (14th Ed. Revisada 1978) (Médico, antropólogo y político italiano).

óvulo. Los gametos masculinos pueden permanecer congelados por períodos de tiempo indeterminados, prolongando así el potencial masculino de procreación. Al presente, no hay tiempo límite para el almacenaje del semen en el nitrógeno líquido, pero se reconoce que son viables hasta un máximo de diez años. Los bancos de semen son laboratorios donde los individuos, por lo general donantes, dejan sus muestras de semen y unos profesionales capacitados llevan a cabo los procedimientos médicos para la congelación y almacenaje del mismo, hasta que éste sea necesario para la inseminación artificial.

En sus inicios, la donación de semen tuvo dificultades debido a fundamentos moralistas y teológicos de la sociedad. Era inaceptable la idea de inseminar el óvulo con un espermatozoide de un hombre distinto al marido, pues la práctica original era que sólo se congelaban espermatozoides de donantes desconocidos. Luego, fue extendida la práctica a los esposos. Con los cambios sociales y la disponibilidad de estos mecanismos de alta tecnología, todo hombre tiene la oportunidad de congelar y preservar su semen. Si, luego de varios años, el hombre no puede procrear de forma natural, ya sea por razones biológicas o debido a algún accidente que lo incapacite, podrá utilizar los espermatozoides que preservó en la cámara de criopreservación. Se pueden congelar los espermatozoides obtenidos por eyaculación o los obtenidos a través de extracción del fluido germinal en una intervención quirúrgica. El costo varía de \$100 a \$200 por inseminación del semen congelado. Actualmente, en California hay un banco de semen llamado “Nobel Bank” cuyos donantes son personas con un coeficiente intelectual sobre ciento treinta (130). El precio que debe pagar un recipiente (persona interesada) de una muestra de semen es de tres mil dólares (\$3,000).¹⁹ Estos espermatozoides pueden mantenerse congelados aun después de la muerte del individuo. Esto debe preocuparnos pues no sabemos con certeza qué usos y prácticas se llevarán a cabo con los espermatozoides que permanecen congelados.

Actualmente, no hay leyes federales que regulen las prácticas de los bancos de semen. La falta de un pronunciamiento legal trae consigo muchos problemas. La posibilidad de la prolongación del tejido germinal del hombre a través de su congelación en bancos de criopreservación,

¹⁹*Wanted: Sperm of Nobel Prize Winners* (visitado el 20 de octubre de 1999). <<http://www.Nhk.or.jp/forum/>>.

hace factible una gran diversidad de hechos y presenta grandes dificultades jurídicas, entre ellas: la determinación de la filiación del niño nacido y su padre premuerto, las obligaciones del Estado para con ese menor y la fijación de los derechos sucesorios.

D. Fecundación *post mortem*

“No hay hecho jurídico que rebase en importancia al de la muerte. La muerte, el más conmovedor fenómeno *vitae hominis*, remece con violencia atronadora hasta el último inciso del ordenamiento legal, produciendo una verdadera conmoción en el mundo jurídico.”²⁰ La muerte es “el cese irreversible de las funciones respiratorias y circulatorias o el cese irreversible y total de todas las funciones del cerebro. . . .”²¹

Durante el período posterior a la muerte de uno de los miembros de la familia, ésta se encuentra en una crisis cuya característica principal es una serie de disturbios emocionales. La ansiedad caracteriza al período de adaptación y estabilización a una nueva realidad, un nuevo ambiente en ausencia de uno de los pilares de la familia. La muerte es para todos una transición difícil y el período de adaptación varía de acuerdo a las personas afectadas. La desesperación y el deseo de prolongar la “vida” del fallecido, hace posible que la viuda solicite ser inseminada con el semen previamente congelado. Ante la ausencia de legislación, cabe cuestionarnos si se le debe prohibir a la mujer el derecho a procrear de quien fuera su marido.

Si la viuda se insemina artificialmente en un período relativamente corto, posterior al deceso del esposo, nacería el niño cobijado bajo la presunción del artículo 113 del Código Civil,²² pues nacerá dentro de los 300 días posteriores a la disolución del matrimonio.²³

En el año 1977 en Gran Bretaña, en el caso *Casalli*, la señora Kim Casalli dio a luz un niño luego de haber transcurrido dieciseis meses de la

²⁰R. Ato del Avellanal, *Proyecciones jurídicas de la muerte en diversas ramas del Derecho*, IX REV. ABOG., LA PLATA 87, 89 (1967).

²¹18 L.P.R.A. §731 (a) j (1989).

²²C. CIV. P.R., art. 113, 31 L.P.R.A. § 461 (1930).

²³C. CIV. P.R., art. 95, 31 L.P.R.A. § 301 (El vínculo del matrimonio se disuelve en los siguientes casos: (1) Por la muerte del marido o la mujer (2) por el divorcio legalmente obtenido (3) si el matrimonio se declarase nulo.).

muerte de su esposo. El Sr. Roberto Casalli estaba condenado a morir de cáncer, éste depositó su espermatozoides en un banco de congelamiento. Siete meses luego de éste morir, su viuda fue fecundada.²⁴

En 1984 en Francia, en el caso *Corinne Parpalaix*, una joven viuda demandó a un banco de espermatozoides pidiendo la devolución del semen congelado de su difunto esposo luego de transcurrido su fallecimiento. La joven ganó el caso y logró un embarazo con las células germinales de su esposo ya muerto. Nació un niño por inseminación artificial unos dos o tres años después de muerto su padre. Este niño no cumplía los supuestos legales; por lo tanto, no podía heredar. El Tribunal de Creteil, Francia, tuvo que admitir que esa criatura era hijo del padre muerto, pues las pruebas eran exhaustivas.²⁵ Luego de este caso, los bancos de semen europeos colocan en sus contratos estipulaciones que indican que el espermatozoides no podrá ser utilizado, sino en presencia y con el consentimiento de la persona de quien proviene.²⁶ Esto es así para evitar la inseminación *post mortem*.

En Estados Unidos, en el caso *Hecht v. The Superior Court of Los Angeles County*,²⁷ las partes involucradas (viuda y los hijos de un matrimonio anterior) se vieron envueltos en un litigio muy largo y doloroso. Primero se disputaron la propiedad del semen del difunto, William Kane, luego las proporciones del mismo a ser distribuidas entre las partes. Posteriormente, se discutía la capacidad del causante al momento de donar sus espermatozoides a la viuda y, finalmente, los derechos que tendría la niña producto de la fertilización de los óvulos maternos con los espermatozoides del padre muerto.

Por otro lado, en el caso *Hall v. Fertility Institute of New Orleans*²⁸ se discutió el derecho de las partes al semen congelado de un difunto. En este caso la señora St. John era la novia de Hall; éste se sometería a quimioterapia y, debido a la gran probabilidad de una esterilidad sobrevenida a causa del tratamiento de quimioterapia, decidió preservar

²⁴MARÍA ELISA ROJAS DE PELAEZ, LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL (FERTILIZACIÓN TERAPÉUTICA) FRENTE AL DERECHO en 70 (Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas (Colombia) (1981).

²⁵AREZO, ENRIQUE, *et. al.*, DERECHO DE FAMILIA Y GENÉTICA (Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo Uruguay) en 116 (1990).

²⁶Aida Kemelmajer de Carlucci, *La fecundación asistida. Reacción Jurisprudencial*, en 25 . IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia (Panamá 1996) (Ponencia).

²⁷*Hecht v. The Superior Court of Los Angeles County*, 16 Cal. App. 4th 836 (1993).

²⁸*Hall v. Fertility Institute of New Orleans*, 647 So. 2d 1348 (La App. 4 Cir. 1994).

su semen para la fecundación e implantación ulterior. Su novia fue quien pagó el congelamiento del semen, pero la inseminación fue pospuesta. El señor Hall hizo un documento de donación del semen ante un notario público, mediante el cual le donaba el mismo a su novia. Según el testimonio del notario, el señor Hall estaba mentalmente capacitado al momento de la donación. Además, sus compañeros de tratamiento contra el cáncer testificaron que él siempre indicó que no se casaba por motivo de su enfermedad, pero que había congelado su semen para que su novia pudiera tener hijos de él.

En este caso de *Hall* la madre del difunto solicitó que el semen fuera entregado al Estado o destruido. Un hijo producto de un matrimonio anterior deseaba que los restos de su padre muerto (incluyendo los espermatozoides congelados) fueran incinerados. Alegaba que, si efectivamente su padre hubiese querido tener hijos con su novia, se hubiese casado y tenido hijos previo al tratamiento de quimioterapia. Por otro lado, la hermana del difunto alegaba que él no era responsable de sus actos, pues estaba bajo los efectos de los medicamentos y la influencia de su novia. Además, alegó su hermana, que él le había expresado su deseo de tener hijos cuando se recuperara de su enfermedad, pero que nunca le señaló que el semen congelado sería inseminado en su actual novia. El tribunal mantuvo el *status quo* del semen hasta que la controversia sobre la capacidad e intención de Hall puedan ser determinadas en el caso en su fondo. Como podemos observar, el tribunal trató de desviar la controversia, tal vez por temor a tomar una decisión errada que sirva de precedente.

Si lo expuesto anteriormente es sorprendente, más impresionante es la posibilidad de que a un individuo, luego de su fallecimiento, se le pueda extraer semen e inseminarlo posteriormente a una mujer. ¿Qué derechos tendría la criatura producto de esa inseminación? Esta situación ocurrió en Estados Unidos, en la ciudad de Los Angeles, en el año 1995. Luego de treinta horas de la muerte del señor Bruce Vernoff, su viuda decidió someter al difunto a una intervención quirúrgica para poder extraer semen de sus testículos e inseminarse posteriormente.²⁹ Aproximadamente quince meses después, la señora Vernoff se inseminó y uno de sus óvulos

²⁹Louinn Lota, *Life After Death* (visitada en agosto de 1999) <http://www.abcnews.go.com/sections/living/DailyNews/birth_990326.html>.

fue fecundado; nació una niña el día 17 de marzo de 1999.³⁰ ¿Qué derechos tiene esa niña? ¿Debe ser esta situación tratada de forma análoga a aquella en la cual el gen reproductor masculino fue extraído y preservado en un banco de semen previo a la muerte?

II. Análisis

A. Consideraciones en cuanto al carácter de bien y propiedad del espermatozoide y la disposición sobre los mismos

Los espermatozoides son las células sexuales del hombre. También son llamadas semen, gameto o célula sexual que contiene la información genética a ser transferida por el hombre.³¹ Los espermatozoides, no tienen capacidad reproductora por sí solos, pues necesitan de un óvulo maduro, el cual tienen que alcanzar y fecundar para poder crear vida.

¿Pueden ser considerados los espermatozoides como propiedad? El Tribunal de California opina que el semen puede ser controlado a voluntad de la persona con autoridad de disposición sobre el mismo.³² Esta persona con autoridad de disposición será la persona que se especifique en el acuerdo o contrato con la compañía que provee el servicio de congelamiento de semen y/o la persona así señalada en el testamento del causante. Esta persona tendrá el control sobre las determinaciones de cómo y cuándo utilizar ese tejido. Examinemos si podemos considerar al semen de forma análoga a cualquier órgano o líquido corporal. Primeramente, según la Iglesia Católica, “[e]l trasplante de órganos no es moralmente aceptable si el donante o sus representantes no han dado su consentimiento consciente.”³³ En el ámbito jurídico, la Ley de Donaciones Anatómicas reafirma que el cuerpo u órganos del finado sólo podrán ser donados para autopsias clínicas o para ser utilizados con el propósito de ayudar al progreso de la ciencia médica, o para el trasplante o rehabilitación de partes o tejidos enfermos,

³⁰ *Dead Man's Sperm Fathers Baby, Urologist Claims Birth Is a First in the United States*, The Associated Press, 25 de marzo. Los Angeles (visitada en agosto 1999) <<http://www.msnbc.com/news/253571.asp?cp1=1>>.

³¹ STEDMAN'S MEDICAL DICTIONARY 1644-45 (26th ed. 1995).

³² *Hecht v. Superior Court*, 50 Cal. App. 4th 1289, 59 Cal. Rptr. 2d 222 (1996).

³³ CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA en 505 (Librería Juan Pablo II, Santo Domingo, República Dominicana, 1992).

lesionados o degenerados del cuerpo humano.³⁴ La Ley nos enuncia que, entre otras personas,³⁵ el cónyuge viudo o supérstite que conviviere con el otro cónyuge fenecido a la hora de su muerte podrá disponer de todo o parte del cuerpo de un finado para propósitos de la ley.

¿Puede una viuda disponer de los espermatozoides del marido? ¿Puede el semen caer dentro del lenguaje abarcador de la ley cuando se refiere a “todo o parte del cuerpo”? Según la sección 731 (a) de la Ley de Donaciones Anatómicas, “parte” significa cualquier órgano o parte del cuerpo humano tales como: un ojo, hueso, arteria, sangre u otros líquidos. ¿Debemos considerar al semen como “otro líquido”? La autora considera que no debe ser considerado el semen de forma análoga a cualquier otro órgano o a cualquier líquido corporal. Esto debido a que estas células sexuales, por su naturaleza, contienen la herencia genética de los individuos; son portadoras del patrimonio genético. La donación de éstas puede afectar a vidas venideras, a terceros, hijos de matrimonios anteriores (con problemas sobre la herencia), acreedores y hasta al Estado (con reclamaciones de Seguro Social, por ejemplo).

¿Pueden ser catalogados como material con potencial de vida? Los espermatozoides por sí solos no pueden ser conceptuados como material con potencial de vida, pero ¿qué sucede si se unen a una célula reproductora femenina? De esto ocurrir, cabe la posibilidad de que se fecunde el óvulo y se forme un embrión, pero éstos tampoco están claramente definidos. En el caso *Davis v. Davis*³⁶ se discutía si unos

³⁴Ley de Donaciones Anatómicas, 18 L.P.R.A. §731(b) (Ed. 1989).

³⁵Ley de Donaciones Anatómicas 18 L.P.R.A. §73 (e) dicta:

(b) Las siguientes personas, en el orden que se indica, con exclusión de cualquier otro familiar, podrán disponer de todo o parte del cuerpo de un finado para los propósitos de este Capítulo:

(1) El cónyuge viudo o supértiste que conviviere con el otro cónyuge fenecido a la hora de su muerte;

(2) el hijo mayor y, en ausencia o incapacidad de éste, el próximo en edad, siempre y cuando fuere mayor de edad;

(3) el padre y, en ausencia o incapacidad de éste, la madre;

(4) el abuelo o abuela con quien viviere;

(5) el mayor de los hermanos de doble vínculo y, a falta de éstos, el mayor de los medio hermanos;

(6) el tutor del finado al momento de la muerte o el familiar o persona particular que se hubiese ocupado del finado durante su vida;

(7) cualquier persona o entidad autorizada u obligada por la ley a disponer del cadáver.

³⁶*Davis v. Davis* No. E-14496, 1989 WL 140495 (Tenn. Cir. Ct., Sept. 21, 1989).

embriones congelados eran personas, propiedad o algo entre personas y propiedad. Se determinó que era algo intermedio.

¿Quién tiene derecho a los espermatozoides congelados luego de la muerte de su productor? A los parientes se le reconoce, por lo general, el derecho a la “propiedad” o “cuasi propiedad” del cuerpo del finado. Si asumimos que el semen es cualquier otro líquido corporal, ¿estaríamos obligados a aceptar su donación si así ha sido estipulado? A tenor con la Ley de Donaciones Anatómicas³⁷ se requiere que se haga constar la voluntad del donante en documento público o documento privado, suscrito ante notario, o por documento privado ante dos o más testigos sin la concurrencia del notario. La donación del semen podría ser válida, pero la Ley nos indica que los órganos o tejidos donados *solamente* podrán ser aceptados para autopsias clínicas o con el propósito de ayudar a la ciencia médica o para el trasplante o rehabilitación de partes o tejidos enfermos, lesionados o degenerados del cuerpo humano.³⁸ La autora entiende que la donación de esperma humana para la posterior fecundación e inseminación no está comprendida bajo las disposiciones de esta Ley, pues una inseminación no es con el propósito de trasplantar ni rehabilitar partes o tejidos dañados del cuerpo. Ahora bien, el semen sí podría ser donado para propósitos de enseñanza o para ayudar al progreso de la ciencia.

La obtención de semen de personas fallecidas se podría convertir en un negocio lucrativo. Recientemente, en octubre de 1999, el señor Ron Harris publicó una página³⁹ en la red cibernética donde se subastan óvulos y semen de modelos vivos, quienes se benefician económicamente de este tipo de subasta. ¿Qué nos garantiza, si esta práctica toma auge, que no habrán personas inescrupulosas que busquen beneficiarse económicamente al obtener material reproductivo masculino? ¿Qué pasaría si aprovecharan la muerte de los individuos para obtener beneficios económicos? Bien podrían los médicos que certifican la muerte, el personal de los hospitales o funerarias, o cualquier otra persona que tenga acceso al cadáver, hacer una incisión en los

³⁷ Ley de Donaciones Anatómicas, 18 L.P.R.A. §731(b) (Ed. 1989).

³⁸ *Id.* (énfasis suplido).

³⁹ *Beauty to the Highest Bidder* (visitada el 20 de octubre de 1999) <<http://www.ronsangels.com>>.

testículos del difunto y extraer semen de los mismos para venderlos luego.

En el Reino Unido se busca obtener semen de personas galardonadas con el Premio Nobel o que tengan un coeficiente intelectual relativamente alto. Hay quien indica que se opone a la práctica de selección de genes y añade que si una mujer quiere obtener un tipo de semen en particular, no hay nada malo en que vaya por él, pues, después de todo, todas las mujeres manipulan el “gene pool” cuando escogen a sus maridos.⁴⁰ La opinión de la autora es contraria a la de éstos, pues se induce o alienta la manipulación genética y una práctica eugenésica al favorecer el uso de las técnicas. Estas técnicas no deben ser utilizadas con el único propósito de seleccionar características específicas. Una persona puede intentar profanar un cadáver con el único interés de obtener material genético que producirá un catálogo de niños con “características idóneas”. Está claro que aún no es posible determinar a ciencia cierta las características de las células reproductoras humanas; no obstante, al establecer un catálogo de especificaciones atentamos contra la raza humana.

En algunos casos en que se ha analizado quién tiene derecho a los embriones congelados después del divorcio, se ha determinado que el derecho del esposo a no tener hijos tiene mayor peso que el de la madre a donar los embriones a una pareja estéril. Se ha dicho que, debido a la problemática resultante del congelamiento de embriones, es indispensable que se decida e informe, antes de proceder con la técnica, qué pasaría con los embriones en casos de esta naturaleza. El problema de la congelación de semen puede ser analizado de forma análoga al de los embriones congelados. De ser permitida la inseminación con posterioridad a la muerte (no hay ley que la prohíba); debe ser practicada sólo en casos en que esto se haya decidido e indicado expresamente.

En el caso *Davis v. Davis*,⁴¹ donde una pareja se disputaba la propiedad o potestad sobre unos preembriones congelados, se nos indica que la procreación de un niño, la réplica de los genes de un individuo, debe ocurrir solamente con el consentimiento de ese individuo. Añade

⁴⁰*Mensa Sperm Bank Set Up to Create “Super Humans”*. (visitada el 20 de octubre de 1999)

< <http://www.terminal.cz/~blackice/digissue1/news/mensa.html>. >.

⁴¹*Davis v. Davis* No. E-14496, 1989 WL 140495 (Tenn. Cir. Ct., Sept. 21, 1989).

Davis que, en caso de disputa sobre la disposición de los embriones congelados, luego de la muerte o divorcio, se pesarán los intereses relativos de las partes en usar o no usar los embriones, pero la balanza se inclina a favorecer a la parte que se opone.⁴² La autora entiende que, si es requerido el consentimiento del “padre” y “madre” para inseminar un embrión previamente congelado, de la misma manera debe requerirse el consentimiento de ambos (“padre” y “madre”) para inseminar al cuerpo de la mujer el semen previamente congelado.

B. Congelación antes de la muerte

La posibilidad de la prolongación del tejido germinal masculino presenta dificultades jurídicas en cuanto a la filiación del niño así nacido y su padre pre muerto. El nacimiento, en cierto modo, es un proceso científico a disposición de la voluntad del hombre. En cualquier momento, con sólo someterse a tratamientos y este tipo de técnicas, se pueden fecundar óvulos sin la necesidad de que el marido esté presente. Esto es tomar una decisión con la que hay que vivir por el resto de la vida y la cual ciertamente afectará a terceras personas.

Debemos evaluar los requisitos que deben estar presentes, de ser aceptada la inseminación con posterioridad a la muerte de uno de los padres.

1. Requisito de consentimiento escrito y voluntad del individuo para procrear después de su muerte

Según discutimos anteriormente, en el caso *Hecht*, William Kane dejó por escrito su deseo de que su semen fuera utilizado por su novia para el único propósito de concepción *post mortem*. William firmó un acuerdo con el banco de semen, designando a Deborah Hecht como la receptora de los mismos en el caso de su muerte. Incluso, dispuso lo mismo en su testamento y, además, dejó una carta a sus hijos donde les indicaba su deseo de que la señora Hecht fuera fecundada con su semen, aun con posterioridad a su muerte.

La ABA propone que los padres señalen, con anticipación a someterse al tratamiento, qué harán con los embriones que no utilicen y deberán

⁴²*Id.*

reafirmar su intención en un año o, de lo contrario, los mismos serán destruidos. Por su parte, el Tribunal Supremo de New York⁴³ determinó en 1998 que las partes tenían que hacer lo que se había pactado en el contrato. En este caso se pactó que era necesario el consentimiento de ambos padres. La autora entiende que igual tratamiento se le debe dar al semen y óvulos congelados, se debe exigir que se señale o pacte, con anticipación, toda posible aplicación de la técnica en el gen reproductor a ser congelado. También, deben existir cláusulas que indiquen que, antes que el material sea fecundado e implantado, es necesaria la presencia de ambos cónyuges y la eventual ratificación del consentimiento inicial. Además, se pueden añadir estipulaciones como las utilizadas en los bancos de semen europeos, que indiquen que el semen no podrá ser utilizado si no es en presencia y con el consentimiento de la persona de la cual proviene. Esto para desalentar o evitar el uso de la inseminación *post mortem*.

2. Filiación

La filiación es el vínculo familiar que une a la criatura con el hombre que la engendró y con la madre que la alumbró.⁴⁴ En Puerto Rico no existen categorías de hijos. Para fines legales todos son iguales. El ordenamiento jurídico le atribuye los mismos derechos, obligaciones y deberes.⁴⁵ En Puerto Rico estamos cobijados bajo las presunciones de maternidad, probado el hecho del parto y la identidad del hijo (*mater semper certa est*) y bajo la de la paternidad, pues se presume que el hijo de mujer casada siempre es del marido (*pater is est quem iustae nuptiae demonstrat*). En *Moreno v. Moreno*⁴⁶ el Tribunal Supremo de Puerto Rico resolvió que esta presunción puede ser destruida mediante prueba en contrario. No obstante, como se ha señalado anteriormente, la prolongación del semen del marido puede provocar serios conflictos al momento de querer establecer la filiación del menor así procreado.

Al una madre poder gestar con los espermatozoides del que en vida fuera su marido, cabe preguntarnos si la presunción de paternidad debe

⁴³Kass v. Kass, 696 N.E. 2d 174 (1998).

⁴⁴DRA. RUTH ORTEGA VÉLEZ, 25 LECCIONES DE DERECHO DE FAMILIA (Ediciones Scisco 1997).

⁴⁵Ocasio v. Díaz, 88 DPR 676 (1963).

⁴⁶Moreno v. Moreno, 112 D.P.R. 376 (1983).

extenderse luego de los trescientos días de disuelto el matrimonio (por muerte), o si se debe mantener la presunción del artículo 113 del Código Civil de Puerto Rico.⁴⁷ En el caso de una fecundación *post mortem*, aunque el semen ha sido extraído y preservado con anterioridad a la muerte del causante, la concepción misma tomaría lugar con posterioridad al fallecimiento. El artículo 113 dicta:

Son hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta (180) días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos (300) 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 (300) que hubiese precedido al nacimiento del hijo.⁴⁸

Bajo este artículo no se podría definir la paternidad (filiación) del menor producto de la inseminación con el semen congelado de un padre pre-muerto, pues la presunción de paternidad se extiende sólo hasta los trescientos días de disuelto el matrimonio, violando de esta manera los derechos del menor.

Si el padre depositó su semen en un banco previo a su muerte, debemos entender o asumir que su deseo era inseminar posteriormente a su pareja. Pues, ¿con qué otro propósito, diferente al de fecundar un óvulo, decide un hombre congelar su semen? En el artículo 4 del Proyecto Preliminar del Consejo de Europa se ha preparado una resolución sobre la inseminación artificial que provee que, antes de proceder a la inseminación, se requiera el consentimiento expreso del donante del espermatozoide, de la mujer y, si es casada, del esposo.⁴⁹ Como es imperante buscar siempre el mejor bienestar del menor, que viene a ser una víctima inocente del insaciable deseo de jugar a ser Dios, podríamos recurrir a la presunción de que la concepción ha tenido lugar en el momento que el banco de congelación recibió el semen del marido, asumiendo que la intención del individuo era la de procrear posteriormente un niño, el cual gozaría de forma plena de los derechos derivados del carácter personal entre padre e hijo. Esa “concepción” estaría sometida a la condición de que se realice una fertilización artificial efectiva en un término de tiempo razonablemente preestablecido. ¿Puede

⁴⁷C. CIV. P.R., 31 L.P.R.A. §461 (1930).

⁴⁸C. CIV. P.R., 31 L.P.R.A. §461 (1930).

⁴⁹Proyecto de Ley Sobre Reproducción Humana Asistida de Uruguay (1998).

ese primer acto (la preservación voluntaria de tejido germinal en un banco de semen) ser tomado como un consentimiento para procrear? La autora entiende que ese acto, por sí solo, no debe ser visto como consentimiento indefinido, pues, como varía la vida de los individuos y las circunstancias sociales, así pueden variar los pensamientos y deseos de los mismos.

“Hoy día cabe considerar que las técnicas de la inseminación artificial han puesto fuera de uso algunas normas relativas a la filiación.”⁵⁰ Como bien dice María Elisa Rojas: “un marido ya no puede repudiar al hijo concebido cuando se encuentra lejos de la madre puesto que la inseminación artificial hace posible la paternidad a distancia.”⁵¹ ¿Qué sucede si esa criatura nace con posterioridad a los trescientos días (después de disuelto el matrimonio) enunciados en el articulado del Código Civil de Puerto Rico? Actualmente, la duración de la gestación no es un factor definitivo en la prueba de la filiación. La legitimidad de éste puede ser impugnada o justificada.⁵² El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha señalado que se pueden hacer pruebas genéticas para establecer la filiación. Pero, en estos casos la mejor prueba para confirmar que el niño nacido es hijo del difunto es el contrato de congelación y los expedientes médicos que hagan constar que la fecundación artificial tuvo lugar con el semen del finado. En lugar de hacer pruebas genéticas, se debe analizar si hubo consentimiento válido para fecundar con posterioridad a la muerte.

El consentimiento es un elemento imprescindible que debe estar presente al utilizar las técnicas de reproducción asistida y debe ser prestado de forma expresa, escrita y consciente. El marido que no haya prestado su consentimiento para la fecundación por medios artificiales podrá impugnar la filiación. Por ende, si el padre puede impugnar la filiación por no haber prestado su consentimiento, esto indica que los hijos también pueden impugnarla, cuando el padre ya esté muerto y no haya prestado su consentimiento.

⁵⁰ROJAS DE PELAEZ, MARÍA ELISA, LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL (FERTILIZACIÓN TERAPÉUTICA) FRENTE AL DERECHO en 52 (Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas (Colombia))(1981).

⁵¹*Id.*

⁵²C. CIV. P.R. art. 115, 31 L.P.R.A. §463 (1930). Este artículo dicta así: “Podrá impugnarse la legitimidad de hijo nacido después de los 300 días a la disolución del matrimonio, pero el hijo y su madre tendrán también derecho para justificar la paternidad del marido.”

¿Puede permitirse la determinación de filiación por algún documento presentado por el difunto (reconocimiento voluntario)? ¿Aun sin el hecho de haber ocurrido? Esto sería aceptar la paternidad de forma indefinida. Un padre no puede reconocer como suyo a un hijo que aún no ha nacido y ni siquiera ha sido concebido. Le estaríamos dando a un muerto potestad sobre la vida.

3. Derechos Hereditarios

En Florida un niño concebido con posterioridad a la muerte del testador no tiene derecho a reclamar, a menos que se le instituya expresamente en el testamento.⁵³ ¿Tiene ese menor, nacido de su padre premuerto, derechos sucesorios? La ley nos indica que es necesario existir para tener capacidad hereditaria, pero a los concebidos no nacidos se les presume con existencia y si nacen vivos, entran a heredar. Sus derechos estarían en condición suspensiva. Aun así, en casos de congelación de semen, no estamos ante un concebido, pues todavía no ha sido fertilizado el óvulo y un espermatozoide por sí solo no es capaz de producir vida humana, necesita de un óvulo maduro para poder generar vida.

La sucesión es la transmisión de los derechos y obligaciones del difunto a sus herederos;⁵⁴ son las propiedades, derechos y cargas que una persona deja después de su muerte⁵⁵ y el derecho por el cual el heredero puede tomar posesión de los bienes del difunto conforme a la ley.⁵⁶ ¿Es heredero el niño nacido de un padre pre muerto? El Código Civil de Puerto Rico señala que cuando la viuda crea haber quedado embarazada deberá notificarle a los que puedan ver afectado su derecho a heredar por el nacimiento de la criatura.⁵⁷ El artículo debe ser interpretado de manera que la viuda crea haber quedado embarazada con anticipación a la muerte del causante y no con posterioridad a la misma. Este artículo no debe ser interpretado en favor de la fecundación *post mortem*, pues la inseminación misma da mayor certeza al hecho del embarazo. Una mujer podría inseminarse *post mortem* con el único propósito de

⁵³Fla. Stat. Ann. 742.17 (4) (West).

⁵⁴C. CIV. P.R. art. 599, 31 L.P.R.A. § 2081 (1930).

⁵⁵C. CIV. P.R. art. 600, 31 L.P.R.A. § 2082 (1930).

⁵⁶C. CIV. P.R. art. 602, 31 L.P.R.A. § 2084 (1930).

⁵⁷C. CIV. P.R. art. 914, 31 L.P.R.A. § 2711 (1930).

menoscabar los derechos de otros, obtener derechos de alimentos contra los bienes hereditarios,⁵⁸ suspender la división de la herencia⁵⁹ y adquirir el derecho a la cuota que por legítima corresponda a cada uno de sus hijos (incluyendo al nacido por la técnica de fecundación *post mortem*).

En Puerto Rico se protege la cualidad de heredero forzoso del concebido al establecer que su preterición anula la institución de heredero. Enuncia el artículo 742 del Código Civil que: “La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento o sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución del heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas. . . .”⁶⁰ Esto llevaría a que se anule la institución de herederos, produciendo y abriendo la sucesión intestada en cuanto a todos los herederos forzosos. El semen congelado no puede ser considerado como un concebido, pero si se reconoce la filiación del hijo concebido con el semen del difunto, este niño debe ser considerado como heredero forzoso.

4. Sobre la constitucionalidad y el derecho a la autoprocreación

El derecho de la autonomía reproductiva está reconocido como derecho fundamental tanto en los Estados Unidos como en Puerto Rico.⁶¹

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos reconoce que el derecho a procrear es uno fundamental, cobijado en el derecho a la intimidad.⁶² En 1972 este tribunal amplió la norma enunciando que el derecho a la intimidad es el derecho del individuo casado o soltero a estar libre de intromisión gubernamental injustificada en asuntos que afectan a una persona, como por ejemplo la decisión de engendrar o alumbrar un niño.⁶³ No reconocerle el derecho a un individuo, casado o soltero, a decidir engendrar o dar a luz a un niño, sea por concepción normal o por

⁵⁸C. CIV. P.R. art. 919, 31 L.P.R.A. § 2716 (1930).

⁵⁹C. CIV. P.R. art. 920, 31 L.P.R.A. § 2718 (1930). Este artículo señala que será suspendida la división de la herencia hasta que se verifique el hecho del parto, o el aborto, o que resulte por el transcurso de tiempo que la viuda no estaba encinta. (El transcurso de tiempo debe ser de 300 días con posterioridad a la disolución del matrimonio, entiéndase la muerte).

⁶⁰C. CIV. P.R., art. 742, 31 L.P.R.A. § 2368 (1930).

⁶¹CONST. E.L.A. art. II, §8. (reconoce el derecho a la intimidad).

⁶²Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

⁶³Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972).

técnicas de reproducción asistida, conlleva una violación a su derecho a la intimidad y una intromisión indebida del Estado en su vida privada y familiar.

El derecho de una viuda a inseminarse artificialmente, con el semen de su marido fallecido, está cobijado bajo el derecho a la intimidad protegido por el artículo II de la Constitución de Puerto Rico. Una mujer puede determinar, sin la intromisión del Estado, en qué momento y de qué manera procreará a sus hijos. Si la procreación es parte del derecho a la intimidad, debemos entender que todo individuo goza de esta protección. La intromisión en la vida privada sólo ha de sostenerse cuando así lo requieran intereses públicos apremiantes. Al ser el derecho a procrear uno fundamental, protegido constitucionalmente, sólo se puede justificar la intervención del Estado si se está causando un grave daño a los intereses de terceros y si la regulación por parte del Estado es el medio menos restrictivo de proteger esos intereses.

En el caso de la inseminación *post mortem* cabría preguntarse: ¿Qué daño surge de este tipo de práctica; qué interés apremiante justifica la intervención del Estado y cuál es la solución menos restrictiva que el Estado puede adoptar para aliviar los intereses en pugna? Entre los daños causados por este tipo de técnica están la incertidumbre jurídica y horfandad de derechos del menor nacido bajo estas técnicas, el derecho a la integridad corporal del difunto, los derechos de terceros que podrían ser afectados y las reclamaciones de Seguro Social, entre otras. Entre los intereses apremiantes del Estado se encuentra la protección de los mejores intereses de los menores producto de estas técnicas. La solución menos restrictiva es prohibir la práctica de la inseminación *post mortem*. Con esta solución no se está violando el derecho de un individuo a inseminarse; no se está privando de la oportunidad de tener un hijo, pues podría engendrar por otros medios. Por otro lado, se están adelantando intereses sociales, evitar que nazcan hijos con limitaciones en sus derechos y que se atente contra los derechos de terceros.

La Constitución de Puerto Rico dispone que todos los hombres son iguales ante la ley y que no podrá establecerse discrimen alguno por motivo de nacimiento, origen y condición social.⁶⁴ Todos los hijos respecto de sus padres y respecto del orden jurídico están en igualdad de derechos; éstos deben advenir al mundo libre de descalificaciones o de

⁶⁴CONST. P.R. art. II, §1.

inferioridades jurídicas. La intención legislativa es equiparar a los hijos.⁶⁵ A un niño nacido de padre conocido, bajo esta modalidad de inseminación artificial *post mortem*, se le deben reconocer iguales derechos que a uno nacido de forma natural o alguno nacido por técnicas de fecundación asistida convencionales, pues éstos son el fruto inocente de los avances científicos. Con la otorgación de estos derechos al menor surgen cargas para el país e interrogantes sociales, éticas y legales. Es por esto que la autora recomienda la prohibición de la inseminación con material reproductivo de un padre premuerto.

III. Propuesta de Legislación

Los avances en las técnicas de reproducción asistida hacen apremiante una redefinición legal.⁶⁶ Sobre este tema, el Dr. Elías Neuman nos expresa lo siguiente: “Es preciso tener en claro que la novedad del tema implica la falta de antecedentes directos para fundar una analogía que no vulnere el principio de legalidad.”⁶⁷ Por su parte, el tratadista Thomas Atkinson’s indicaba que la perfección del método de congelamiento de embriones, el que permite que nazcan niños años después de la muerte del padre, podía en teoría tener ramificaciones en el derecho sucesorio, pero que, en la práctica, esta metodología no era apta para popularizarse y, por ende, no se le debía dar mucha importancia.⁶⁸ La autora difiere del señalamiento de Atkinson’s, pues no debemos esperar a que las ideas se materialicen o adquieran popularidad para tomar acción, debemos anticipar las posibles consecuencias de estas técnicas y su utilización. Existen muchas lagunas jurídicas que ameritan una regulación detallada y específica para beneficio de los futuros padres e hijos y la sociedad en general.

⁶⁵Ocasio v. Díaz, 88 DPR 676 (1963).

⁶⁶Véase, e.g., *Hecth v. Superior Court*, 50 Cal. App. 4th 1289, 59 Cal. Rptrt, 2d 222 (1996); *Hall v. Fertility Institute of New Orleans*, 647 So. 2d 1348 (1994); *Hecth v. The Superior Court of Los Angeles County*, 16 Cal. App. 4th 836 (1993); *Generalmente véase*, Dra. Martha Tarasco Michel, *Ponencias: Bioética y fecundación in vitro*, 35 REV. D.P. 569 (1996) (trasfondo histórico de la fertilización *in vitro*).

⁶⁷Dr. Elías Neuman, *Prólogo* a ESTELA MARIS MARTÍNEZ, *MANIPULACIÓN GENÉTICA Y DERECHO PENAL* 14, 11-17 (1994).

⁶⁸Thomas Atkinson’s, *Handbook on the Law of Wills* 20, en 75 n.6 (2d ed. 1953). (Su trabajo se remonta al año 1953, este hecho puede ser lo que motive dicha afirmación).

La autora propone legislación sobre los métodos de reproducción asistida, enfatizando los problemas jurídicos que pueden surgir a causa de la inseminación *post mortem*. Invita al estudio y análisis adecuado, para que se puedan prever posibles consecuencias en el uso de las técnicas. Interesa ilustrar a la Comisión para la Revisión del Código Civil de Puerto Rico, para que amplíe las normas que pretenden establecer. No debemos olvidar que el Derecho de Familia es un conjunto de normas jurídicas de derecho privado y de interés público que regulan la constitución y la organización de las relaciones familiares. Es necesario tomar medidas previas, inteligentes y solidarias. No debemos perder de vista la existencia de límites humanos, los cuales deben ser ubicados en obediencia a la ley. “Argumentar a favor de una ausencia total de normas, tanto éticas como legales, confiando exclusivamente en los límites que los científicos se impongan (autorregulación) es, a la luz de esta realidad isoslayable, pecar de iluso.”⁶⁹

Lamentablemente, los riesgos que emanan de estas técnicas no pueden ser previstos totalmente. Aunque, no es tarde para imponer límites, no debemos olvidar que el tiempo sigue corriendo. Si no regulamos el comercio abierto de materiales reproductores humanos (semen, óvulos y órganos sexuales), dejamos el camino abierto a inevitables situaciones, como las actuaciones del fotógrafo Ron Harris, quien subasta óvulos y semen a través de su página cibernética. Si no limitamos o regulamos la utilización de las metodologías utilizadas para fecundar artificialmente, pronto otros empresarios con más ambiciones y mayor poder de mercadeo que Harris entrarán al mercado cibernético y harán posible cosas hasta el presente inimaginables. Si no regulamos la aplicación de las técnicas, será cada vez mayor el número de familias afectadas con problemas filiatorios y sucesorios y aumentaremos el volumen de trabajo de nuestros tribunales, repercutiendo esto en mayores gastos sociales.

Algunos países, ante los problemas jurídicos que nos traen estas técnicas de fecundación asistida, se han dado a la tarea de crear legislación al respecto. Evidentemente, sería factible hacer un análisis comparando legislación existente y propuestas de legislación para así

⁶⁹ ESTELA MARIS MARTÍNEZ, MANIPULACIÓN GENÉTICA Y DERECHO PENAL en 53 (Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina) (1994).

poder adoptar, modificar y aplicar las leyes creadas en otros países que, por supuesto, se adapten a nuestras necesidades como pueblo.

En 1998 se discutió en Uruguay un proyecto de ley⁷⁰ que pretende regular las técnicas de reproducción humana asistida. Dicho proyecto indica que las técnicas tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana y para facilitar la procreación cuando otros medios hayan sido descartados. Además, establece que pueden ser usuarios de estos procedimientos las parejas heterosexuales y las mujeres solteras. En su sexto artículo prohíbe que se practique la inseminación con el semen del marido o concubino fallecido. Esta disposición se amplía en el artículo octavo, donde se señala que no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas y el marido o concubino fallecido, cuando el material reproductor del hombre no se hallase en el útero de la mujer a la fecha de la muerte del varón o cuando el nacimiento ocurra después de trescientos días del fallecimiento.

En Argentina también se analizó un proyecto de ley sobre fertilización humana asistida, el cual fue presentado ante el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación. Al igual que en Uruguay, este proyecto establece que las técnicas tendrán aplicación en casos de esterilidad o infertilidad. A diferencia del proyecto de Uruguay, no contempla que una mujer soltera se insemine. Establece que los recipientes de estas técnicas serán los mayores de edad o menores emancipados que constituyan pareja matrimonial o conviviente formada por un hombre y una mujer. Notése que tampoco contempla que sea practicada por parejas del mismo sexo. Señala en su séptimo artículo lo siguiente:

Antes de iniciar cada tratamiento, el centro médico requerirá el consentimiento expreso por escrito y previamente informado de las personas a las que se refiere el artículo 5°. Cuando se trate de pareja no unida en matrimonio o se utilice material genético de tercero, dicho consentimiento deberá otorgarse por escritura pública. Quedará atribuida la maternidad o paternidad, conforme lo establece el Código Civil, a quien hubiera prestado conformidad en la forma prescrita en este artículo; el consentimiento quedará legalmente revocado con la muerte del que lo hubiera otorgado, siempre que, a ese momento, no se hubiera producido ya la fecundación.⁷¹

⁷⁰Proyecto de Ley sobre Reproducción Humana Asistida de Uruguay (1998)(visitada en junio de 1999) <<http://espectador.com/text/campbell/cam09022.htm>>.

⁷¹Proyecto de Ley Sobre Fertilización Humana Asistida de Argentina (visitada el 23 de marzo de 1999) <<http://www.seek.com.ar/html/congreso/laffe4.html>>.

Este proyecto no contempla la inseminación *post mortem* y lo reafirma en el artículo noveno, donde dicta que: “En el caso de viuda no se admitirá la inseminación con material genético del marido. Sin embargo, si el hijo naciera dentro de los trescientos días del fallecimiento, quedará atribuida la paternidad al marido de la madre.”

En España, la Ley del 28 de diciembre de 1988⁷² sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos “regula la extracción y trasplante de órganos [...]de personas vivas o muertas [...]establece que la donación sólo es posible si el donante es mayor de edad y si da su consentimiento de forma libre, consciente y responsable con el propósito de mejorar la condición de vida de una persona enferma....”⁷³ La Ley 30 de 1979 regula la donación y utilización de los embriones y los fetos humanos. La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida⁷⁴ regula la donación y utilización de los gametos o de los óvulos fecundados *in vitro* y en desarrollo o embriones preimplantatorios en fines reproductores u otros. La Ley 35 de 22 de noviembre de 1988, al igual que los proyectos de Uruguay y Argentina, indica que las técnicas podrán ser utilizadas con la finalidad de la actuación médica ante la esterilidad humana y para facilitar la procreación cuando otros métodos se hubiesen descartado por inadecuados, pero esta Ley no hace mención de la inseminación *post mortem*.⁷⁵

En la Propuesta Para la Revisión de Código Civil de Puerto Rico se propone un artículo para regular la filiación por métodos de reproducción asistida. El mismo indica:

1. Inseminación artificial *in vivo*
 - a. La inseminación artificial de la esposa con el semen del esposo, o de un tercero con el consentimiento escrito de ambos cónyuges, tendrá como consecuencia la filiación y paternidad del esposo. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación respecto al fruto de la misma.
 - b. Tampoco los adquiere el donante de semen, excepto que éste, cuando la inseminación se efectúe en una mujer soltera, sea conocido por la mujer y exista acuerdo escrito de la filiación.
2. Inseminación artificial *in vitro*

⁷²B.O.E., 1988, 432.

⁷³*Id.*

⁷⁴B.O.E., 1988, 2332.

⁷⁵B.O.E., 1988, 432.

Cuando la inseminación artificial se efectúe *in vitro*, regirán las normas filiatorias del inciso anterior.

3. Maternidad subrogada o sustituta

La filiación materna se determina por la gestación y el parto.⁷⁶

El inciso 1(a) nos indica que la pareja que consienta a la aplicación de las técnicas no podrá impugnar la filiación porque se presume que el consentimiento ha sido prestado en forma voluntaria. La pareja será, para todos los efectos legales, los padres del niño. Este artículo propuesto no contempla la inseminación posterior a la muerte.

No deben ser prohibidas las técnicas de reproducción humana asistida, pero deben ser limitadas a aquellas parejas que, probada su esterilidad o infertilidad, se vean imposibilitadas de procrear. Debe requerirse el consentimiento escrito e informado de las técnicas. En casos de congelación de semen debe requerirse a los bancos de congelamiento que incluyan cláusulas en los contratos de servicios que prohíban la utilización del material genético luego de la muerte de una de las partes que requieran la ratificación del consentimiento previo a la inseminación y estén presentes ambas partes al momento de practicarse la inseminación. Además, se debe estipular que el material genético congelado, luego de la muerte del donante, será utilizado para estudios con propósitos científicos y médicos o, por el contrario, será destruido. Debe ser prohibida la extracción de semen de los difuntos para su ulterior implantación y fecundación.

Conclusión

No podemos pretender eliminar o vetar las técnicas de reproducción asistida, pues aunque son fuente de muchas y variadas interrogantes y controversias también sirven de ayuda y alivio para aquellos que se ven imposibilitados de procrear sin algún tipo de intervención tecnológica. No debemos perder de vista los aspectos positivos de las mismas, pues además de ayudar a parejas no fértiles también pueden posibilitar la procreación de un individuo que, por su condición de salud, en un futuro no tenga el potencial generador de los mismos. Tampoco podemos obviar que si se permite la práctica de la inseminación *post mortem*

⁷⁶III Revista de la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación, San Juan, Puerto Rico (1991).

estaríamos trayendo al mundo un niño huérfano de padre y de derechos. La autora alienta a la experimentación, debido a sus necesidades, pero también comprende que deben alentarse sus límites. El problema no es la existencia de semen congelado, sino el tratamiento o uso que se le dé al mismo, máxime con posteridad a la muerte de su productor.

Ser padre es mucho más que ser pareja, supone asumir la responsabilidad en nombre de quien no tuvo la oportunidad de elegir la vida ni escoger a los padres. Por tanto, es nuestro deber, ante quien aun no existe, esforzarnos para controlar lo que está en nuestras manos, impedir una realidad conflictiva y evitar que surjan elementos que malogren la existencia misma de la unión familiar. Lo más conveniente sería desistir de la idea de tener un hijo mediante inseminación *post mortem*.

Este trabajo se limitó a analizar las consecuencias de la utilización de las técnicas de fecundación luego de la muerte del padre, pero no debe ser la única vertiente a considerar. La congelación de semen, óvulos y embriones no sólo permite que existan padres pre muertos, sino que permite la concepción misma. Sin embargo, “[n]adie puede descartar que, junto a científicos abnegados que trabajan seria y responsablemente para librar a la humanidad de sus padecimientos, coexistan verdaderos ‘aprendices de brujo’ que en un ansia desenfrenada de saber (o de poder) desaten fuerzas o generen procesos que luego nadie pueda controlar....”⁷⁷

Los científicos bien podrían recuperar semen de un difunto, óvulos de alguna mujer fallecida, preservarlos y posteriormente fecundarlos y desarrollar embriones en úteros artificiales o quizás en los úteros de algunos animales.

Todavía quedan muchas interrogantes. Es nuestra labor anticipar los problemas que puedan surgir y tratar de buscar posibles respuestas a estas nuevas controversias. Se tiene que buscar el bienestar de los niños producto de estas técnicas, de los padres y la sociedad en general. La autora espera haber despertado la curiosidad y el interés en el estudio de este tema y sus ramificaciones, que con nuevas invenciones, descubrimientos y técnicas se extienden de manera precipitada. Se invita al estudio de las implicaciones legales que acarrea la utilización de las diferentes modalidades de la fecundación artificial. Además, se pretende

⁷⁷ ESTELA MARIS MARTÍNEZ, MANIPULACIÓN GENÉTICA Y DERECHO PENAL 31 (Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina) (1994).

que el lector analice si estaría dispuesto. En el caso de que sea mujer, a inseminarse con el semen de un difunto y en el caso de que sea hombre, si desearía poder procrear uno o varios hijos después de muerto. Finalmente, reflexione y piense: ¿Cómo se sentiría si hubiese nacido producto de la inseminación artificial, utilizando el semen criopreservado o extraído de “su padre”, quien, previo al momento de su muerte, expresó su deseo de procrearlo?